

Hundreår med hodebry

Tilregnelighetskriteriet historisk og komparativt



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 208

Leveringsfrist: 01.06.2012

Til sammen 34.556 ord

01.06.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Aktualisering	3
1.1.1	Unntakstilfellene	5
1.2	Oppgaven videre og noen hypoteser	6
1.2.1	Introduksjon til oppgaven	6
1.3	Metodisk tilnærming	9
<u>2</u>	<u>FORBRYTELSE, STRAFF OG STRAFFRIHET</u>	<u>11</u>
2.1	Straffbarhetsvilkårene	11
2.1.1	Utilregnelighetens beviskrav	12
2.2	Rettsoppnevnte psykiatrisk sakkyndige	14
2.2.1	Rettsmedisinsk debatt	15
2.2.2	Historisk bakgrunn	15
2.2.3	Rettspsykiatrisk praksis i dag	16
2.3	Tilregnelighetsvilkåret	18
2.4	Rasjonale bak straffrihet	19
2.4.1	Individualpreventive hensyn	20
2.4.2	Allmennpreventive hensyn	20
2.4.3	Straff eller behandling?	21
2.4.4	Moral og etikk – straff og utilregnelighet	21
<u>3</u>	<u>JURIDISK KONTINUITET – HISTORISKE SIRKLER</u>	<u>23</u>
3.1	Kriteriene for utilregnelighet	23
3.2	Gjeldende rett i Norge	24
3.3	Det medisinske-, psykologiske- og blandede prinsipp	26
3.3.1	Medisinsk	27
3.3.2	Psykologisk	28
3.3.3	Kombinasjonen	29
3.3.4	Den svenske løsningen	30

3.4	Alderskriteriet, bevisstløshet og IQ	31
3.4.1	Bevisstløshet	31
3.4.2	Psykisk utviklingshemming	31
3.4.3	Alder	32
4	<u>TILREGNELIGHET FRA ANTIKKEN MOT TIDLIG NYTID</u>	35
4.1	Et universelt problem – i tid og rom	35
4.1.1	Fra filosofi til medisin	35
4.1.2	Asylvesenets fremvekst	36
4.1.3	Kodifisering av utilregnelighetskriteriet	38
4.2	Pre-antikk og mytologi	39
4.3	Galskapens etymologi	40
4.4	Kodifisering i Hellas og Romerrike	42
4.5	Middelalder og romerrettens resepsjon	44
4.6	Kontinentale lovrevolusjoner	45
4.6.1	Code Napoléon	45
4.6.2	Feuerbach og Bayern	45
5	<u>NORDISK UTVIKLING – DANMARK (NORGE) OG SVERIGE</u>	47
5.1	Danmark	47
5.1.1	Tidlig middelalder	47
5.1.2	Juss mot medisin – Ørsted og Howitz	48
5.1.3	Nye straffelover	49
5.2	Sveriges fjerde vei	50
5.2.1	Svensk tilregnelighet i middelalderen	51
5.2.2	Mot utilregnelighetens avskaffelse	51
5.2.3	Tilbake til start	54
6	<u>TILREGNELIGHET I NORGE</u>	57
6.1	Landskapslovene og kodifiseringen	57
6.1.1	Frostatingsloven og ”å vera óðr”	59
6.1.2	Tilfellet Tregagås	62
6.2	Danmark-Norge – Norske Lov av 1687	63
6.2.1	”Vildelse og raseri”	64

6.3	”Galne og afsindige” – kriminalloven av 1842	66
6.3.1	Kriminallovens lakuner og forbryteradel	67
6.4	Ny straffelov 1902	68
6.5	Lovrevisjon 1929	71
6.6	Revidering 1957-2002	72
6.6.1	Fakultative forsøk	73
6.7	22. juli 2011	75
7	<u>ANGLOAMERIKANSK TILREGNELIGHET</u>	77
7.1	<i>Common law og the insanity defence</i>	77
7.2	Fra middelalder til kongeattentat	78
7.2.1	”Wild beast test”	79
7.3	Hadfield og McNaughtan	80
7.3.1	Tilfellet James Hadfield	81
7.3.2	McNaughtan-standarden	83
7.4	England frem til i dag	85
7.5	USA – fra Model Penal Code til The Federal Rule – 1962-84	86
7.5.1	Uimotståelige impulser	86
7.5.2	Durham-testen – det kausale prinsipp	86
7.5.3	The Model Penal Code	87
7.5.4	Reagen-attentatet og innstramming	88
7.5.5	Amerikansk praksis i dag	89
8	<u>DET EVIGE DILEMMA: DEN ”SINDSSYGE LOVOVERTRÆDER”</u>	92
8.1	Lovgivning drevet av lovbreakere	92
8.1.1	Fra Hadfield til Breivik	92
8.1.2	Moralsk panikk	94
8.1.3	Utilregnelighet i (retts)praksis	95
8.2	En ny lovkommissjon	96
8.3	Profesjonskampen	97
9	<u>REFERANSER OG LITTERATUR</u>	98
9.1	Bøker og artikler	98

9.2	Avisartikler, innlegg og kronikker	101
9.3	Oppslagsverk	101
9.4	Lovforarbeider	101
9.5	Offentlige rapporter	102
9.6	Nettressurser	102

Tilfellet Ragnhild Tregagås

Rettspraksis fra de første nedskrevne utilregnelighetslovene i Norge er vanskelig å finne. Det som likevel regnes som det første kjente tilfellet der en tiltalt blir frikjent på grunn av galskap og sinnslidelser er saken mot Ragnhild Tregagås fra 1325. Dette var i utgangspunktet en tidlig hekseprosess, hvor Tregagås ble anklaget for å ha inngått en pakt med selveste djevelen. Tiltalen besto i at Tregagås skal ha kastet trolldom over kjønnsorganet til sin tidligere elsker slik at hans kjærlighetsliv ble ødelagt. Mannen det var snakk om het Bård og var tremenning med Ragnhild. Bård giftet seg med en kvinne ved navn Bergljot. Under bryllupsnatten til Bård og Bergljot gjemte Ragnhild fem erter og fem brød i de nygiftes seng. Tregagås satte så et sverd ved sengen, samtidig som hun proklamerte en "avskyelig besvergelse" fra sitt skjulested i soveværelset: "Jeg slenger fra meg Ganduls ånder; én biter deg i ryggen, en annen biter deg i brystet, den tredje påfører deg hat og avind". Utover trolldomsanklagene besto tiltalen fra øvrigheten også av blodskam og ekteskapsbrudd, noe som til sammen tilsa at dette var noe for kirkens jurisdiksjon. Kirken hadde tatt kontroll over moralen innen strafferetten på denne tiden, og spesielt kjønnsliv har jo i alle tider vært noe kirken gjerne har ønsket å kontrollere.

Utfallet av denne saken ble at Tregagås tilsto det meste etter en inkvisitorisk prosess, som sannsynligvis innbefattet både psykisk press og trusler om tortur, noe som ikke var et ukjent etterforskningsmiddel for kirken på denne tiden. Det viktigste var ikke nødvendigvis å finne sannheten, men å sørge for frelse for den frafalne forbryter som erkjente sine synder.

Men det fantes én sikkerhetsventil for Tregagås. Biskopen i Bergen, som førte saken mot henne, fikk nemlig etter hvert troverdige menns vitnemål på at Tregagås hadde vært sinnssyk under utførelsen av sine gjerninger. At Tregagås i tillegg skal ha kommet til fornuft mens hun var fengslet bidro også til at biskopen innstilte på en mildere straff. Hun var jo tross alt "galen" i gjerningsøyeblikket og dermed utilregnelig.

Slik berget Ragnhild Tregagås livet.¹

¹ For mer om Tregagås – se avsnitt 6.1.2.

1 Innledning

Saa langt tilbage i Tiden, som der har været en ordnet Straffeforfølgning har man forstaaet, at ikke enhver, der har været Aarsag i, at en retsstridig Gjærning indtræder, bør straffes, selv om det kan antages, at han havde kunnet handlet saaledes, at Gjærningen ikke var skeet.²

Paul Winge

1.1 Aktualisering

Med terroraksjonen i Norge 22. juli 2011 ble spørsmålet om tilregnelighet i straffesaker med ett ikke bare noe som sysselsatte jurister, rettspsykiatere samt en engere krets av politikere i praktiske og teoretiske diskusjoner. Tilregnelighetsspørsmålet ble noe nær sagt alle i Norge hadde en formening om. Grufullheten og omfanget av terroraksjonene i Oslo og på Utøya kjenner ikke sidestykke i moderne norsk historie. At et ”normalt” menneske kan stå bak slike handlinger kan virke uforståelig, samtidig som gjerningsmannens arbeid og forberedelser frem mot aksjonen for mange fremstår som nøye planlagt og godt gjennomtenkt. Konklusjonen i den første rettspsykiatriske rapporten er likevel at terroristen Anders Behring Breivik var psykotisk forut for og under sine handlinger, og dermed i følge straffelovens (strl.) § 44 mangler strafferettslig skylddevne.

”Det virker uforståelig at ikke Breivik skal holdes ansvarlig” skriver tidligere høyesterettsdommer Ketil Lund.³ Han målbærer dermed et syn som går igjen blant mange i den norske offentligheten, hvor straffelovens utilregnelighetsprinsipper og de norske straffeprosessbestemmelsene plutselig ble noe som har blåst liv i en bred, offentlig debatt i hjemmet, i aviser, på storting og i regjering. Debatten og terroraksjonen vil nok også få konsekvenser. Lovgivningen på dette området er under vurdering. Det ligger i kortene at

² Winge 1894:1.

³ Lund 2012.

det vil komme endringer i hvordan det offentlige fengsels- og helsevesen i fremtiden skal håndtere utilregnelige lovbrøyttere.

At slike endringer skjer i kjølvannet av 22. juliterroren føyer seg i så måte inn i en klar trend innen den internasjonale strafferetten og i spørsmål rundt alvorlige straffesaker hvor tilregnelighet er en problemstilling. Lovgivning, rettsanvendelse og straffereaksjoner på dette området har i løpet av de siste drøye 200 årene i stor grad blitt endret og tilpasset ut fra konkrete enkeltsaker hvor mer eller mindre mentalt syke personer har begått alvorlige lovbrudd, og da gjerne drap eller alvorlige voldshandlinger. I så måte kommer terroristen Anders Behring Breivik, uansett hvilken diagnose og tilregnelighetsstempel han får, til å sette sitt preg på den fremtidige norske tilregnelighetslovgivningen og håndteringen av psykisk syke kriminelle – ikke ulikt slik for eksempel attentatmennene James Hadfield og Daniel McNaughtan gjorde med engelsk strafferett på 1800-tallet, og John Warnock Hinckley Jr. gjorde i USA etter attentatet mot president Ronald Reagan i 1981.

Proessen frem mot en av flere sannsynlige lovendringer, som i media blir kalt ”Lex Breivik”, ble varslet tidlig, men startet offisielt 1. mars 2012.⁴ Da sendte Helse- og omsorgsdepartementet ut et høringsnotat med forslag om endringer i lov om psykisk helsevern, som ifølge kritikere er en oppsiktsvekkende lite gjennomtenkt hastelovgivning som setter til side basale rettssikkerhetshensyn og som også kan være i strid med internasjonale menneskerettigheter.⁵

Det er mange i den offentlige debatt som mener dagens tilregnelighetslovgivning, også ut over de endringene som Helse- og omsorgsdepartementet prøver å få vedtatt, er moden for utskiftning og at en ny lovkommissjon bør nedsettes.⁶ Dette vil da også høyst sannsynlig skje så fort det foreligger en rettskraftig dom mot Anders Behring Breivik.

⁴ For mer om dette – se nedenfor under avsnitt 8.1.1.

⁵ Fra høringsnotatet *Høring - Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå*, datert 1. mars 2012. Hentet fra <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2012/hoering---forslag-om-sarlige-regler-for-g.html?id=673741> (nedlastet 17. april 2012). Høringsfristen er normalt tre måneder i Norge, og ikke mindre enn seks uker, jfr. utredningsinstruksen av 18. februar 2000 punkt 5.2. I denne saken var høringsfristen bare tre uker, og forslaget har møtt sterk kritikk fra mange hold, blant annet fra Advokatforeningen: ”Lovforslaget fremstår lite gjennomarbeidet. Forholdet til menneskerettighetene er i liten grad drøftet” heter det blant annet i høringsuttalelsen (hentet fra samme nettside). 11. mai 2012 ble et revidert lovforslag presentert, der styrking av sikkerheten rundt ”en liten gruppe farlige pasienter” er målet.

⁶ Se for eksempel Rosenqvist 2012. Riktig nok er tittelen på artikkelen utstyrt med et spørsmålstegn – ”Utilregnelighetsregelen – moden for utskiftning?” – men ut fra innholdet i artikkelen velger jeg å se på det som et meget retorisk anlagt spørsmålstegn.

Justisminister Grete Faremo varslet våren 2012 at nettopp et slikt utvalg vil bli satt ned for å se på tilregnelighetsreglene når Breivik-saken er ferdig.⁷

Den forrige utilregnelighetsdebatten i Norge, som også førte med seg noen endringer, startet tidlig på 1970-tallet med NOU 1974:17 via flere strafferettsutvalg og NOU 1990:5 som videre kulminerte med stortingsforhandlingene i 1996 og lovendringens ikrafttreden fra 2002.⁸ Rundt 30 års saktegående debatt har med andre ord ført til dagens lovgivning på området. Skyldes dette tidsaspektet at det å håndtere utilregnelige lovbrøyttere er et komplisert spørsmål som krever tid eller at det er politisk uvilje til å ta tak i et komplisert spørsmål? Eller viser dette at den norske lovgivningen ikke har hatt stort behov for endringer, men bare små korreksjoner? Terrorsaken fra 2011 har uansett løftet debatten frem i lyset.

1.1.1 Unntakstilfellene

Utilregnelighet har som innledningsvis beskrevet, blitt et brennaktuelt tema i Norge. Men statistisk kan man heldigvis fastslå at det er svært sjelden alvorlige voldshandlinger med dødelig utgang blir begått av personer som kan være, eller faktisk er, utilregnelige. Antall etterforskede drap i Norge i 2010 var for eksempel 37,⁹ noe som er godt innenfor normalvariasjon de siste 50 årene.¹⁰ De rettspsykiatriske sakkyndige konkluderte samme år med at ti av 29 observander som var siktet for drap eller drapsforsøk etter strl. § 233 var psykotiske eller psykisk utviklingshemmet i høy grad, jfr. strl. § 44.¹¹ Av de 367 rettspsykiatriske rapporter som Rettsmedisinsk kommisjon (RMK) utarbeidet i 2011 ble det i rundt 20 prosent av disse konkluderte med psykose, jfr. strl. § 44.¹² Denne prosentandelen har, ifølge RMK, vært stabil. I 2010 ble det etterforsket 253.499 forbrytelser i

⁷ Gran 2012.

⁸ Hvorvidt de to NOU'ene fra 1974 og 1990 virkelig skapte debatt rundt utilregnelighetsreglene er noe usikkert. Flere, blant annet advokat Frode Sulland, som har sittet i flere av de aktuelle utvalgene, mener at de to nevnte NOU'ene først og fremst tok for seg særreaksjoner, og at tilregnelighetsspørsmålet ikke ble debattert i særlig stor grad, jfr. Gran 2012, samt samtaler med Sulland.

⁹ SSB og Politiet er ikke helt samstemte i drapsstatistikken pga. noe divergerende metode i datainnhenting. Politiet opererer i 2010 med 31 drap. For mer info, se rapporten "Drapsoversikt 2011", https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/kripos/Vedlegg_1578.pdf.

¹⁰ Kilde: SSB. I årene 1960-2010 har antallet etterforskede drap variert fra fem (i 1965 og 1968) til 62 (i 1989). http://www.ssb.no/emner/03/05/a_krim_tab/tab/tab-2012-03-28-05.html

¹¹ Den rettsmedisinske kommisjon, Årsrapport 2011, side 24. Tallet for 2011 var ni psykotiske ut fra 34 observander.

¹² Ibid:21.

Norge, hvor rundt 18.200 var voldshandlinger.¹³ Ut av denne statistikken utgjør dermed drap eller drapsforsøk begått av psykotiske gjerningspersoner en forsvinnende liten andel. Forskning viser nemlig at det er først og fremst på andre og langt mer prosaiske områder utilregnelighetsinstituttet har sin praktiske betydning. Og da dreier det seg oftest om forseelser som nasking, tyveri og brudd på veitrafikkloven – se videre om dette i avsnitt 8.1.3 nedenfor. Man kan da ut fra datagrunnlaget spørre seg om terrorsaken fra 2011, med sin unike grufullhet, egentlig er særlig egnet som bakteppe for en debatt omkring utilregnelighetslovgivningen i Norge.

1.2 Oppgaven videre og noen hypoteser

Jeg vil i denne oppgaven gå igjennom de lange historiske linjene i tilregnelighetsvurderingene vi har i den vestlige kultursfære, og forsøke å finne noen årsaker til at lovgivningen har gått i forskjellige nyanser i de forskjellige rettssystemene. Hva er det som har styrt utviklingen og lovgivningen på dette området? Minst tre hypoteser, eller tendenser om man vil, kan destilleres ut fra historien.

- Debatten om utilregnelighetslovgivningen går i sirkler. Historien gjentar seg.
- Lovgivningen drives av enkelthendelser. Det er den enkelte lovbrøter og enkeltsakene, da gjerne spektakulære drap eller drapsforsøk, som fører til debatt og påfølgende lovendringer.
- Debatten går ofte mellom teoretisk anlagte strafferettsjurister og/eller medisinere. Dynamikken mellom disse to profesjonene har utad til tider båret preg av uforsonlig strid, men kampen har likevel ført til utvikling av begge fagområder – til tross for at både lovgivning og debatt likevel går i sirkler, jfr. det første punktet.

1.2.1 Introduksjon til oppgaven

Skal man oppsummere historien er det mye som tyder på at de mer eller mindre løselige stammekulturene og samfunnsordningene i det førkristne Nord-Europa på den ene eller andre måten hadde prosedyrer og regler for hvordan man skulle ta hånd om mindreårige og åpenbart mentalt forstyrrede personer som brøt samfunnsnormen. Den kanoniske rett og resepsjonen av romerretten, som spredte seg i Europa fra 1100-tallet og frem mot

¹³ SSB – se note 10.

1800-tallet systematiserte og kodifiserte utilregnelighetsspørsmålet i større grad enn tidligere. Men etter at ideen om nasjonalstaten ble stadig mer formalisert og praktisert i tiden etter 1648 og rettssystemene konsolidert innenfor gitte geografiske grenser, har også disse nasjonale jurisdiksjonene utviklet seg i noe forskjellige retninger med sine forskjellige løsninger på utfordringene.

For å underbygge hypotesene i oppgaven vil jeg gå nærmere inn på noen viktige enkeltsaker som opp gjennom historien har blitt til prejudikater og formet lovgivningen. Jeg vil også se på noen av de viktigste teoretiske premissleverandørene for de straffeteoretiske tilnærminger og som har vært toneangivende i utviklingen av *the insanity defence*¹⁴ rundt om i de forskjellige rettssystemene. Persongalleriet i disse debattene har til tider vært svært farverikt, og jeg vil også omtale flere av de mest sentrale aktørene nærmere.

For å vise diversiteten i lovgivningen vil jeg se nærmere på Norge, Sverige, Danmark og *common law*-tradisjonene i USA og Storbritannia. Norge kan sees på som interessant og unikt studieobjekt for utilregnelighetens juridiske historie. Vårt rettssystem står sannsynligvis alene om å praktisere en rendyrket versjon av det medisinske prinsipp i tilregnelighetsspørsmålet, der resten av verden i som oftest følger blandingsvarianter mot det psykologiske prinsipp. Men til tross for at vi har denne unike tilnærmingen, kan det se ut til at den store, grundige debatten omkring tilregnelighetsspørsmålet ikke har vært ført i Norge på over hundre år.

Paradoksalt nok kan man muligens se at de virkelige problemene med å skille de tilregnelige fra de utilregnelige oppsto først etter at legevitenskapen fra det 19. århundre begynte å definere utilregnelighet med termer som for eksempel ”psykotisk”, som er den gjeldene definisjonen i Norge i dag. Før det, og langt opp i moderne tid, hadde man gjerne et langt mer pragmatisk forhold til tilregnelighet. Det var åpenbart hvem som ikke var ved sine fulle fem i utgangspunktet, som var ”galen” og som led under *furiosi*. Man visste hvem som var ”avsindig”, og behovet for rettsmedisinske undersøkelser var ikke til stede. Ulempen var muligens at tvilen neppe kom tiltalte til gode.

De norske utilregnelighetsreglene er et resultat av minst tusen års kodifisert lovarbeid. Men forut for de skrevne lovbøkene fantes muntlige rettsregler i det førkristne området

¹⁴ Ordet ”defence” er britisk rettskrivning, mens ”defense” er samme ord i USA-engelsk. Begge skrivemåtene blir brukt om hverandre her.

som etter hvert ble til Norge som etter all sannsynlighet har hatt noe i nærheten av utilregnelighetsregler slik vi kjenner i dag. Med dette historiske bakteppet vil jeg forsøke å se på hva som har vært drivkreftene for den norske rettsutviklingen på området, og må da naturlig nok også komme inn på de viktigste ytre påvirkningsfaktorene for norsk strafferett. Da kommer man ikke unna å se nærmere på romerretten og kanonisk rett, som jo har vært svært sentrale inspirasjonskilder for europeisk rettsutvikling. Antikkens termer på galskap har vist seg å være levedyktig langt inn i vår tid, til tross for at dette begrepsapparatet var tilpasset den mytologiserte verden som i den rasjonelle vitenskapens navn er fremmed for oss i dag.

Den langvarige unionen med Danmark har også påvirket norsk rettsutvikling. Og nettopp Danmark kan synes å ha vært sterkt influert av de kontinentale debattene mellom juss og medisin, som startet ved overgangen mellom det 18. og 19. århundret, noe som vil bli gått nærmere inn på. Tysk strafferettsfilosofi har også vært svært viktig for norsk lovutvikling, og oppgaven vil også streife innom de viktigste skolene i så måte.

Jeg vil også se på bakgrunnen for den helt spesielle svenske modellen for håndteringen av utilregnelige lovbrøyttere, og forsøke å vise hvordan europeiske rettsteoretikere påvirket den nordiske debatt og rettsutvikling.

De nordiske rettssystemene har mange fellestrekk, og for å kontrastere dette ser jeg også på hvordan den angloamerikanske rettstradisjon har løst problematikken. Selv om *common law* har en helt annen dynamikk og oppbygging er det likevel mange likheter med mekanismene bak utilregnelighetsinstituttene.

Motivet med å se på *common law*-land som USA og England og de nordiske landene er at disse representerer minst fire forskjellige varianter av hvordan man skal løse problematikken med utilregnelige lovbrøyttere.¹⁵ Samtidig har man i alle disse landene opp gjennom de siste 200 årene forsøkt å finne løsninger som er bedre enn den til enhver tid fungerende praksis. Dette har spesielt gjort seg utslag i USA, hvor man i de forskjellige delstatene ikke har vært nødt til å vente på saktearbeidende lovgivningsprosesser, men hvor dommerne i utstrakt grad relativt fritt har kunne latt kreativiteten og viljen til å prøve ut nye varianter av utilregnelighetskriteriet få løse tøyler. Dette har da ofte endt i en slik før beskrevet sirkel – man havner gjerne tilbake på en løsning man hadde før.

¹⁵ Sannsynligvis flere enn fire varianter, da det innenfor disse områdene er til dels store variasjoner.

1.3 Metodisk tilnærming

Denne oppgaven er ikke en rettsdogmatisk analyse av utilregnelighetskriteriet, men mer et rettshistorisk og komparativt blikk på utilregnelighetsinstituttet gjennom de siste vel 3000 årene, og da med et særlig blikk på de siste drøye 200 årene. Den pågående debatten i Norge kan føre til at det kommer til å komme lovendringer. Da kan det være interessant å kjenne noe til utilregnelighetens lange juridiske historie, og også hvordan debatten og utviklingen har fortonet seg i sammenlignbare rettssystemer som det norske opp gjennom historien.

Med et slikt stort tidsspenn blir det naturlig nok plass bare de store, lange linjene. Likevel velger jeg å se mer detaljert på enkeltpersoner og spesielt viktige enkeltsaker fra historien, det være seg både fra politikk og rettspraksis. Metodisk ligger oppgaven tett opp mot en historisk metode, hvor kildematerialet hovedsakelig er basert på annen forskning og sekundærlitteratur. Kildegrunlaget mitt er utpreget tverrfaglig da problemstillingen ligger i skjæringspunktet mellom blant annet sosiologi, filosofi, historie og psykiatri – og ikke minst juss.

Norsk utilregnelighetslovgivning er behandlet av flere forskere og forfattere, hvor jeg har spesielt brukt artikler fra Aslak Syse (jurist/lege), Svein Atle Skålevåg (historiker) og Randi Rosenqvist (psykiater). For de nordiske utilregnelighetsdebatter baserer jeg meg på Knud Waaben (Danmark) og antologien *Tillräknelighet* for svenske forhold. Generell rettshistorie har jeg hentet fra Erik Anners' standardverk, og for den angloamerikanske rettstradisjonen har jeg i stor grad støttet meg på enkeltartikler fra en rekke internasjonale tidsskrifter samt rettshistorikeren Daniel N. Robinson. Når det gjelder hvordan jeg har gjort mine valg av kildemateriale generelt, så har jeg gått bredt ut og forsøkt å holde meg til anerkjente internasjonale tidsskriftene og bøker fra ditto forfattere. For å hjelpe meg til å komme inn i materien har jeg også hatt kildesamtaler og intervjuer med flere av de norske fagfolkene på området.

Sentralt i den historiske metode¹⁶ står det å innhente, prosessere og sammenstille informasjon, og derfra definere trekk ved utviklingen. Slik kan man finne grunnlinjer og

¹⁶ Når jeg har valgt å legge vekt på å bruke en historisk metode og skrive denne oppgaven i et tverrfaglig lys, skyldes det blant annet mine tidligere studier, blant annet i historie – dog på helt andre fagområde enn dette. Dette har også ført til at jeg delvis har valgt å benytte meg av en mer samfunnsvitenskapelig metode enn hva som er vanlig i juridiske artikler, noe som vises blant annet i referanseføringen.

synliggjøre sammenhenger og synteser, og på den måten søke å finne noe som kanskje kan operasjonaliseres og overføres på hvordan samfunnssituasjonen er i dag og eventuelt hvordan vi vil ha det i fremtiden. Denne fremgangsmåten kan også brukes for å påvise repetisjoner – slik tilfellet er her. Debattene går i sirkler og lovgivningen følger etter. Det er i så måte ikke umulig at også lovgiverne kunne ha godt av å bruke litt mer historisk metode.

2 Forbrytelse, straff og straffrihet

Ordet "utilregnelig" er altså i § 16 indskudt nærmest som en stødpude mellem den medicinsk-biologiske og den juridiske betragtningsmåde.¹⁷

Hjalmar Helweg

Skyld og ansvar i en eller annen form har alltid vært en sentral del av strafferettspleien. Dette kapittelet omtaler nærmere rasjonale bak straffrihet for utilregnelige, og hvordan eventuelt fraværet av den subjektive skyld gjennom rettsoppnevnte psykiatrisk sakkyndige blir kartlagt.

2.1 Straffbarhetsvilkårene

De fleste moderne rettssystemer i demokratiske stater baserer seg på at hvis et lovbrudd skal idømmes straff, så må visse bestemte vilkår ligge til grunn for handlingen. Så også i Norge, der vi gjerne snakker om straffbarhetsvilkår eller straffbarhetsbetingelser. I norsk rett er det fire kumulative vilkår¹⁸ som må til for at man kan bli pålagt straffeansvar:

1. **Krav om lovhjemmel.** For å kunne straffes må man ha brutt et straffebud som *objektivt sett* passer på handlingen, jfr. grl. § 96. Dette er legalitetsprinsippet i strafferetten, og er også nedfelt i EMK art. 7.
2. **Staffrihetsgrunn.** Det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn som for eksempel nødrett (strl. § 47) eller nødverge (§ 48), som begge er generelle straffrihetsgrunner. Strl. § 249 nr. 1 er et eksempel på spesiell straffrihetsgrunn, der ære-

¹⁷ Den danske psykiateren og meget markante professoren Hjalmar Helweg (1886-1960) beskriver her en variant av det blandete prinsipp ved den da (1930) nye straffeloven i Danmark. Han viser samtidig en flik av den lange, og til dels svært opphetede, debatten mellom danske jurister og leger om hvem som skulle ha det siste ordet i utilregnelighetsspørsmålet. Denne dynamikken er slett ikke unik for hverken Danmark eller denne perioden. Helweg 1939:14.

¹⁸ Se for eksempel Andenæs 2010:101.

krenkelser går fri hvis det kan føres bevis for at påstanden er sann. Samtykke og selvtækt er andre straffrihetsgrunner.

3. **Skyld.** Lovbryteren må ha utvist *subjektiv* skyld. Dette kan være forsett jfr. strl. § 40, men også unnløte, for eksempel strl. §§ 242 og 387 (nødhjelpsbestemmelsen), eller uaktsomhet, jfr. strl. § 40 andre ledd.
4. **Tilregnelig.** Gjerningspersonen må være tilregnelig, noe som etter den nåværende lovgivning tilsier at man ikke har vært psykotisk eller bevisstløs på handlingstiden, jfr. strl. § 44. Personer under 15 år, samt de med psykisk utviklingshemming i høy grad regnes heller ikke som tilregnelige.

Her må altså den dømmende instans vurdere både faktum og hvorvidt de juridiske omvilkårene for straff foreligger. Fyller ikke handlingen, eller mangel på handling, vilkårene, *skal* vedkommende frikjennes. Det samme gjelder hvis det er tvil, som skal komme tiltalte til gode – *in dubio pro reo*. For å bli dømt må det være hevet over enhver tvil at tiltalte faktisk står bak lovbruddet.

2.1.1 Utilregnelighetens beviskrav

Hvis det foreligger tvil hvorvidt tiltalte faktisk er tilregnelig, er svaret på om i hvilken retning denne tvilen skal komme tiltalte til gode ikke entydig. I teorien frem til i dag har det tradisjonelt vært slik at spørsmålet om tilregnelighet skal løses i gjerningspersonens favør. I forarbeidene til den siste endringen av § 44 beskriver lovgiver kravet til bevisstyrke i tilregnelighetsspørsmål slik:

Foreligger det rimelig tvil om lovbryterens tilregnelighet, må retten frifinne ham etter strafferettens alminnelige bevisbyrderregel. Det stilles nok i praksis noe lavere krav til bevisets styrke når det gjelder tiltaltes tilregnelighet enn ved de øvrige straffbarhetsvilkårene. Departementet legger etter dette til grunn at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke for tilregnelighet som for den omstendighet at den tiltalte har begått den handlingen tiltalen gjelder. På den andre siden vil det ikke uten videre være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for tilregnelighet.¹⁹

Men her oppstår det flere problemer. For det første er det ikke gitt i hvilken ”favør” forskjellige gjerningsmenn ønsker seg en slik avgjørelse. Noen ønsker å stå til ansvar for sine handlinger, og ønsker å bli dømt tilregnelig, slik tilfellet er med Anders Behring Breivik. Det kan også argumenteres for at det er en menneskerett å få lov til å stå for sine

¹⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) pkt. 14.2 (s. 114-115).

handlinger.²⁰ Andre ser det som en fordel å unngå vanlige straffereaksjoner, og ønsker å bli dømt utilregnelig og heller da eventuelt bli dømt til særreaksjoner som tvungen psykiisk helsevern eller tvungen omsorg.

Det andre spørsmålet er beviskravet og bevisets styrke for å avgjøre tilregnelighets-spørsmålet. Hvor mye må aktoratet sannsynliggjøre at tiltalte er tilregnelig? Er det de samme kravene som for straff eller lavere beviskrav? Det er lite rettspraksis på området. I juridisk teori og i debatten rundt 22. juli-saken har blant annet dommen fra Rt. 1979 s. 143 blitt trukket frem. I denne dommen slår Høyesterett fast at det er et noe lavere beviskrav når det gjelder utilregnelighet enn når det gjelder spørsmålet om en person har begått en straffbar handling.

Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig. Skulle de rettspsykiatriske sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten - det vil si lagretten i saker som behandles ved lagmannsrett - skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden. Men den omstendighet at muligheten av sinnssykdom på gjerningstiden er nevnt i den rettspsykiatriske erklæring, er ikke tilstrekkelig til at tiltalte må anses utilregnelig og derfor frifinnes for straff.²¹

Dette synet på beviskravet for (u)tilregnelighet blir understreket videre i blant annet Rt. 1990 s. 586 og Rt. 2003 s. 23, og som nevnt i forarbeidene til siste lovendring av § 44.²² Men problemstillingen har likevel generert mye debatt både før og under rettssaken mot Anders Behring Breivik våren 2012.²³

Temaet er naturlig nok omhandlet i den juridiske teorien, selv om løsningen likevel kan synes noe uklar. Andenæs oppsummerer, på bakgrunn av Rt. 1979 s. 143, at beviskravet for tilregnelighet er noe lavere enn for hva kravet for den straffbare handlingen er, men det kreves mer enn ren sannsynlighetsovervekt for tilregnelighet.²⁴ Men hvis det er tvil i

²⁰ Rosenqvist 2009:60. Se også Ketil Lunds kronikk i Klassekampen 4. januar 2012 hvor han hevder at den norske særlovgivningen er strafferettslig diskriminering av de utilregnelige. Lund viser til den internasjonale konvensjonen CRPD (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*), hvis innhold går på at mennesker med nedsatt funksjonsevne har samme rettslig handleevne som andre, funksjonsfriske mennesker. Lund mener da at utilregnelige må anerkjennes som strafferettslige ansvarlige, og fremhever det svenske reaksjonssystemet som en bedre løsning enn det norske. I den offentlige debatten her til lands står Lund ganske alene om dette synet, og Norge har da heller ikke ratifisert CRPD.

²¹ Rt. 1979 s. 147.

²² Ot.prp.nr. 87 (1993-1994), s. 114-115 – se sitat jfr. note 19.

²³ På nettstedet Lovdata.no har juristene Anders Bøhn, John Christian Elden og Morten Holmboe vinteren 2012 (startet 6. januar 2012) ført en debatt i merknadsfeltet på strl. § 44.

²⁴ Se for eksempel Andenæs 2010:310.

konklusjonen fra de rettspsykiatriske sakkyndige i spørsmålet om sinnstilstanden, ”må retten derfor frifinne”, skriver Andenæs.²⁵

22. julisaken har likevel kastet dette spørsmålet opp i luften, spesielt etter at statsadvokat Svein Holden gikk ut og konkluderte med at hvis det bare er sådd tvil om tilregnelighet, så skal denne tvilen føre til at tiltalte blir kjent utilregnelig.

Slik vi vurderer situasjonen nå så kan vi vanskelig se for oss at en eventuell ny erklæring vil kunne rokke ved den tvil som allerede er etablert ved erklæringen fra Husby og Sørheim. (...) «Poenget er altså at det er etablert en tvil ved om Breivik er tilregnelig eller ikke. Og da følger det av viktige prinsipper at han skal bedømmes som om han er utilregnelig.»²⁶

Holden støttet seg her på riksadvokat Tor-Aksel Busch. ”Tvilen skal komme ham til gode, og det betyr at han skal regnes som utilregnelig. Dette er ”klar juss””, uttalte Busch tidligere.²⁷ Hvor ”klar” denne jussen egentlig er, vites dog ikke. Rent faktisk er det likevel klart at det er domstolene som skal avgjøre spørsmålet, men at dette skjer på grunnlag av de sakkyndiges anbefaling.

2.2 Rettsoppnevnte psykiatrisk sakkyndige

Straffelovens § 44 forutsetter at psykiatere skal diagnostisere den som har forbrutt seg mot loven. Oppnevningen skjer med grunnlag i strpl. § 165 tredje ledd, og da gjerne etter at påtalemyndigheten mener det hersker tvil om siktedes sinnstilstand på gjerningsøyeblikket. Vilåret er at ”retten finner det nødvendig for avgjørelsen av saken”. Det er likevel ikke et krav at det skal foreligge en begjæring fra noen av partene for å oppnevne rettspsykiatrisk sakkyndige, jfr. en kjennelse i 22. julisaken, Rt. 2012 s. 268. Her dreide det seg om oppnevning av ytterligere to sakkyndige etter at det allerede forelå én rapport, noe strpl. § 139 åpner for.

Generelt oppnevnes sakkyndige etter kapittel 11 i straffeprosessloven, og dette gjelder da følgelig ikke bare for rettspsykiatriske sakkyndige, men sakkyndige som sådan.

²⁵ Ibid.

²⁶ Fra NRK, Dagsnytt 18, 4. januar 2012, gjengitt i Dagsavisen s. 8-9 14. januar 2012.

²⁷ Gjengitt i Klassekampen 14. januar 2012. Se også den tidligere nevnte debatt på Lovdata omkring denne problemstillingen.

2.2.1 Rettsmedisinsk debatt

I tiden etter 22. julisaken har nettopp rettspsykiatrien blitt utsatt for mye kritikk og ordningen har skapt omfattende debatt. Men heller ikke dette er noe nytt. Rettsmedisin generelt og rettspsykiatri spesielt har fått mye kritikk og debatt i nesten alle år sakkyndige har hatt viktige roller i strafferetten. Etter flere profilerte saker på 1980- og -90-tallet hvor rettsmedisin sto sentralt, besluttet Justisdepartementet i 1996 at det burde oppnevnes et utvalg for å se nærmere på visse sider ved den rettsmedisinske sakkyndigvirksomheten, noe som endte opp i NOU 2001:12. Dette utvalget kom med en rekke forslag til endringer og forbedringer av dagens praksis både når det gjelder administrasjon, organisering, kvalitetssikring og utdanning, noe som i liten grad har blitt fulgt opp av myndighetene. Om dette skyldes manglende politisk vilje, dårlige forslag fra utvalget eller andre årsaker vites ikke, men siste setning i sammendraget til NOU 2001:12 kan være en forklaring: ”Forslagene vil på denne bakgrunn få en del økonomiske og administrative konsekvenser.”

2.2.2 Historisk bakgrunn

Allerede i antikken og i romerretten var det et samarbeid mellom jurister og leger i strafferettspleien. Innenfor medisin er nettopp rettsmedisin en av de eldste fagretningene, og man finner spor etter sakkyndiginstituttet både i Moseloven og keiser Justitians *Corpus Juris Civilis*.²⁸ Opp gjennom middelalderen etter at resepsjonen av romerretten fikk fotfeste i europeisk rett fikk legene stadig en viktigere rolle innenfor strafferetten, for eksempel med de tyske lovene *Constitutio Criminalis Bambergensis* fra 1507 og *Constitutio Criminalis Carolina* fra 1532, som i all vesentlighet var basert på førstnevnte.²⁹ Begge lovene var sterkt inspirert av romerretten, og omhandlet også utilregnelighetsproblematikken, riktig nok på en lite systematisk måte.³⁰

Rettspsykiatrien er naturlig nok en vesentlig yngre disiplin enn rettsmedisin som sådan. Rettspsykiatriens fremvekst og utvikling kan sees på i sammenheng med strafferettens utvikling hvor kravet om subjektiv skyld for å ilegge straff fikk gjennomslag. Og for å

²⁸ NOU 2001:12 pkt. 6.2. ff.

²⁹ Se f. eks. Anners 2011:202. For mer om den konkrete lovgivningen i disse tyske lovene, se Gschwend 1996:125 ff.

³⁰ Gschwend 1996:126

kunne fastslå subjektiv skyld, må det da fastlegges hvorvidt vedkommende gjerningsperson faktisk er å bebreide for handlingen.

Den historiske bakgrunnen for den norske praksisen med rettsoppnevnte psykiatrisk sakkyndige vi har i dag kan spores tilbake til straffeprosessloven av 1887. Men sakkyndighetsordningen kan likevel minst dateres tilbake så langt som til 1600-tallet for Danmark-Norge. Den medisinske ekspertisen var da også det første ekspertområdet som ble benyttet i strafferettspleien utover juristene selv.³¹ Det var da først og fremst mer håndfaste faglige retninger som anatomi, patologi og toksikologi som ble benyttet i retten.

Rettspsykiaterne har flere viktige oppgaver i strafferettspleien. For det første utfører denne gruppen vurderingen av tilregnelighetsspørsmålet, som nevnt overfor, jfr. strl. § 44. Men psykiaterne er også med som rådgivere på spørsmålet om særreaksjon og forvaring. Dette var også svært aktuelt før sikringsinstituttet ble opphevet i 2002. Frem til 1979 ble rettspsykiatere også bedt om å vurdere gjentakelsesfaren for straffbare handlinger. Dette var særlig aktuelt i spørsmål om idømmelse av nettopp sikring. Etter mye kritikk mot rettspsykiatrien generelt og fra rettspsykiatere spesielt ble denne ordningen formelt avvirket i 1979, selv om den delvis fortsatte også etter den tid.³²

Også under spørsmålet om straffeutmåling kan rettspsykiatere komme inn med vurderinger av gjerningsmannens sinnstilstand. Under dagens ordning med forvaring av utilregnelige og antatt farlige forbrytere er også sakkyndige inne som rådgivere når forvaringsinstituttet eventuelt skal forlenges, jfr. strl. § 39b.³³

2.2.3 Rettspsykiatrisk praksis i dag

Kjernen i den rettspsykiatriske virksomhet i straffesaker er rettspsykiatriske undersøkelser av personer siktet for straffbare handlinger. Formålet med undersøkelsen er å gi retten et råd om hvorvidt siktede var strafferettslig tilregnelig i gjerningsøyeblikket, jfr. strl. § 44, eventuelt om siktede oppfyller kriteriene for forvaring, jfr. strl. §§ 39 og 39b.³⁴

Det er gjennomgående at domstolene følger konklusjonene fra de psykiatriske sakkyndige i spørsmålet om tilregnelighet. Andenæs slo fast i 1962 at det skal ”overordentlig meget

³¹ Schiøtz 2012: 853.

³² Rosenqvist 2005:241.

³³ Rosenqvist 2009:70.

³⁴ Se NOU 2001:12 pkt. 8.8.1.

til før retten vil underkjenne deres sakkyndighet og sette sin egen i stedet”,³⁵ noe som ifølge samme mann skyldes at”(g)jennomføringen av det medisinske prinsipp fører til at de psykiatriske sakkyndiges uttalelse praktisk talt blir bindene for dommeren (...).”³⁶

Norsk rettspraksis viser også at teorien stemmer med empirien – og at de danske lovgiverne langt på vei hadde rett for seg: Det er ytterst sjelden at domstolene overprøver konklusjonene til de sakkyndige, og noe av kritikken mot dette systemet er nettopp det at dommerne abdiserer til fordel for psykiaterne i tilregnelighetsspørsmålet. Dette var da også noe av argumentasjonen bak at Danmark i sin straffelov fra 1930 ikke valgte et rendyrket medisinsk prinsipp.

Naar man i vor straffelov ikke har villet gøre skridtet fuldt ud og opstille det rent medicinsk-biologiske kriterium for straffrihed, skyldes det simpelthen den juridiske betragtning, at spørgsmaalet om strafskyldighet ikke rent ud kan overlades til lægens afgørelse, hva dette jo vilde være, hvis straffrihed var givet med diagnosen. Denne er jo unddraget rettens kontrol. Afgørelsen ønskes i sidste instans lagt i dommerens haand, og det er kun mulig, hvis han kan forbeholde sig afgørelsen af, om den af lægen konstaterede abnormtilsand nu ogsaa betinger straffrihed. Ordet ”utilregnelig” er altsaa i § 16 indskudt nærmest som en stødpude mellem den medicinsk-biologiske og den juridiske betragtningsmaade.³⁷

Når det først skjer, at retten kommer til annen konklusjon enn hva de oppnevnte rettspsykiaterne gjør, er det gjerne etter dissens der det foreligger flere rapporter fra forskjellige sakkyndige, og domstolen nødvendigvis må gjøre et valg mellom alternativene.

Et eksempel på at domstolen overprøvde de sakkyndige finner vi i den sivile saken ”Huleboerdom 1”, Rt. 1988 s. 634. Her mente Høyesterett at de psykiatriske sakkyndige tok feil og fastslo at den aktuelle personen fortsatt var for utilregnelig å anse. I motsetning til de psykiatriske sakkyndige mente Høyesterett at den alvorlige sinnslidelsen var konstant.

Med hensyn til den tvangslidelse som er konstatert hos Y, er det ikke skjedd noen endringer under det siste opphold på X sykehus, og ut fra det som foreligger om den, må etter min mening A karakteriseres som alvorlig sinnslidende også i dag.³⁸

Også i strafferetten er det mer unntaket enn regelen at domstolene overprøver rettspsykiatrien. Rt. 1965 s. 128 er ett eksempel. Her var det lagretten som overprøvde de rettspsykiatriske sakkyndige i tilregnelighetsspørsmålet etter at en kvinnelig lege hadde

³⁵ Andenæs 1962:97.

³⁶ Andenæs 2010:309.

³⁷ Helweg 1939:14.

³⁸ Rt. 1988 s. 634. Sitat fra s. 641.

begått et giftdrap. Retten fant at tiltalte utvilsomt hadde vært sinnssyk og besluttet i medhold av straffeprosessloven § 358 at dette spørsmålet skulle behandles på nytt på et senere lagmannsting. Høyesterett avviste dette etter at legen anket rettens avgjørelse:

Etter min oppfatning er lagrettens kjennelse om at A ikke var sinnssyk, ubetinget bindende for retten, og denne skulle derfor ha avsagt dom om frifinnelse for påstanden om sikring. Beslutningen om å henvise saken til ny behandling må nå oppheves. Jeg antar at Høyesterett på grunnlag av lagrettens kjennelse og lagmannsrettens dom kan avsi frifinnelsesdom som omfatter hele tiltalen.³⁹

Det er også eksempler på dommer fra lavere instanser der det har vært oppnevnt flere sakkyndige som har dissentert seg imellom, og hvor domstolene dermed mer eller mindre ufrivillig har måtte ta et valg.

2.3 Tilregnelighetsvilkåret

Tilregnelighetsvilkåret er ikke eksplisitt nevnt i den gjeldende straffeloven av 1902, men som Andenæs skriver har dette ”hevd i den juridiske terminologi”.⁴⁰ Denne juridiske hevden er imidlertid blitt kodifisert i den nye straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28, som ennå ikke er trådt i kraft. Paragraf 20 lyder slik:

For å kunne straffes må lovbryteren være tilregnelig på handlingstidspunktet. Lovbryteren 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.*

Hensikten bak bestemmelsene er å identifisere lovbrytere med såpass alvorlig kognitiv svikt at de etter norske regler ikke har tilstrekkelig strafferettslig skyldene for sine handlinger. Har man ikke skyldene, kan man heller ikke straffes med ordinære straffe-reaksjoner.

Som rettspsykiater Randi Rosenqvist presiserer er det viktig å merke seg at tilregnelighetsbegrepene i straffeloven er juridiske begreper og definisjoner, og ikke nødvendigvis klare medisinske termer.⁴¹ De medisinske definisjonene finnes i et eget internasjonalt diagnosekodeverktøy, hvor det gjeldende systemet i Norge og de fleste

³⁹ Rt. 1965 s. 130.

⁴⁰ Andenæs 2010:288.

⁴¹ Rosenqvist 2009:63

europpeiske land i dag heter IDC-10.⁴² I praksis har disse psykiatriske definisjonene og diagnosene, samt rettspsykiaterne som setter disse diagnosene, blitt tillagt et stort ansvar. Rettspraksis viser, som tidligere nevnt, at diagnosene i stor grad blir fulgt opp av domstolene. I norsk rett har likevel dette frem til i dag ikke ført til alt for store problemer, skal vi tro Den rettsmedisinske kommisjons (DRK) psykiatriske gruppe. I en høringsuttalelse til den nye straffeloven av 2005 slår DRK fast at begrepet psykotiske tilstander ikke er klart definert ut fra medisinsk diagnostikk, men at det ”likevel er få problemer som oppstår av den grunn, da de tilfeller som omfattes av straffrihetsbestemmelsen er så klart omtalt i lovens forarbeider.”⁴³

2.4 Rasjonale bak straffrihet

Hvorfor skal ikke utilregnelige lovbrøtere bli utsatt for straffereaksjoner på linje med tilregnelige?

Til tross for en historisk sett rivende utvikling av den naturvitenskapelige medisinen med spesialiteter som nevrologi, biologisk basert psykiatri, psykoanalyse, adferdsvitenskap og en rekke medisinske og psykologiske teorier som skal forklare menneskelig adferd, så ligger det fortsatt i dag retts- og moralfilosofiske spørsmål til grunn for spørsmålet om hvorfor vi har tilregnelighetsregler i strafferetten.⁴⁴ Spørsmålene er som tidligere nevnt ikke vesensforskjellig fra 1800-tallets debatt, men selve grunnspørsmålet om *hvorfor* vi har tilregnelighetsregler er kanskje noe mer uklart.

Hverken i forarbeidene til straffeloven av 1902 eller endringene i 1929 finner vi en prinsipiell drøfting av om hvorfor man behøver utilregnelighetslovgivning.⁴⁵ I forarbeidene til dagens regler ser man på dette faktum som at datidens lovgivere trolig anså det som en selvfølge å ha slike regler. Alle andre rettssystemer man kunne sammenligne seg med hadde jo regler om utilregnelighet.

⁴² Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer, tiende revisjon, Statens helsetilsyn (1996). Utarbeidet av WHO og brukes av de fleste europeiske land. USA bruker et annet system, DSM. For mer info om ICD-10, se <http://finnkode.kith.no>.

⁴³ Ot.prp. nr. 90 (2004-2005), punkt 15.3.

⁴⁴ Se Syse 2006:167 ff.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) pkt. 5.2.1.

2.4.1 Individualpreventive hensyn

I moderne rettssystemer ligger gjerne utilregnelighetsreglene i skjæringspunktet mellom strafferett, psykiatri, moral og medisin, men reglene har også praktiske formålsbetraktninger.⁴⁶ I tidligere tider, som vi skal komme tilbake til, var utilregnelighet gjerne en idé om at galskapen var en reaksjon fra gudene som var straff nok i seg selv. Å pålegge ytterligere straff på toppen av dette var da ikke nødvendig, og også meningsløst.⁴⁷ Opp gjennom historien har dette endret seg noe, og i moderne strafferett anses det gjerne som urettferdig å straffe forbrytere hvis handlinger skjer under sykdom og bevissthetsforstyrrelser. Slike personer kan ikke ansvarliggjøres for sine handlinger, og de kan heller ikke bebreides for å gjøre noe de selv ikke forstår. Sykdommen er noe gjerningsmannen ikke kan noe for selv, og dermed er han da heller ikke moralsk ansvarlig for sine handlinger. Hverken individuelle *avskrekkende* eller *forbedrende* virkninger kan nødvendigvis oppnås ved å straffe utilregnelige, noe som regnes som to av de viktigste momentene for straff som *individualpreventiv* virkning.⁴⁸ Straffetrusselen virker ikke og har ei heller den samme forebyggende virkningen på utilregnelige personer som tilregnelige. Straffens *forbedrende* virkning kan være formålsløs ved utilregnelige lovbrøyttere. Denne virkningen skal i teorien oppstå når gjerningspersonen ”tar innover seg den bebreidelse som ligger i straffen, og ”skjønner” at (og hvorfor) handlingen var gal”.⁴⁹

2.4.2 Allmennpreventive hensyn

Det allmennpreventive aspektet er også et moment som strafferettsteoretikere ofte har brukt som argument mot å straffe utilregnelige. I stor grad er det de samme hensynene som for de individualpreventive virkninger som gjelder her. Den overhengende trusselen om straff skal virke normativ på befolkningen og sørge for at alle holder seg innenfor lovens grenser. En person som på grunn av sykdom ikke er bevisst sine egne handlinger og konsekvensene av dem, og som også bryter loven, utgjør intet godt avskrekkende eksempel for resten av befolkningen hvis denne blir utsatt for tradisjonelle

⁴⁶ Knud Waaben er sitert både av Andenæs 1996:104 og Syse 2006:151.

⁴⁷ Se for eksempel Robinson 1996:9 ff., Walker 1996:25 og Waaben 1997:14.

⁴⁸ Se for eksempel Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), pkt. 6.3.2.

⁴⁹ Ibid.

straffereaksjoner. Man oppnår hverken *vanemessig lovlydighet* eller en *holdnings-skapende virkning* ved å straffe utilregnelige.

2.4.3 Straff eller behandling?

Et annet moment er utsiktene til å behandle utilregnelige lovbytere. Fengsel er ikke nødvendigvis den mest hensiktsmessige behandlingen for en psykisk syk person. Som Rosenqvist påpeker, kan man prinsipielt si at en person som har begått en alvorlig voldshandling i psykotisk tilstand faktisk har *krav* på adekvat behandling, jfr. lov om psykisk helsevern, og at dette i seg selv burde gjøre det unødvendig med en strafferettslig reaksjon.⁵⁰ I ytterste konsekvens trenger man ut fra denne tankegangen kanskje ikke å ha tilregnelighetsbegrepet, da gjerningspersonens mentale tilstand skal avgjøre hvilken reaksjon som skal velges for dennes gjerninger. Dette er for eksempel delvis situasjonen i svensk strafferett, der handlinger begått ”*under påverkan av en allvarlig psykisk störning ska i första hand dömas till en annan påföljd än fängelse*”.⁵¹ Denne bestemmelsen står ikke under straffbarhetsvilkårene i den svenske straffeloven, men under reaksjonskapitlet – *Om val av påföljd*. Helsevesen og sosialomsorg blir ansett som bedre instanser for å ta hånd om slike forbrytere enn fengsler. Den grønlandske kriminallov går enda lengre, og kjenner i prinsippet ikke begrepet straff som reaksjonsform uansett tilregnelighet eller ikke.⁵²

Det er sannsynligvis nok ikke alle utilregnelige lovbytere som kan ha nytte av behandling. For tilfeller av utpregede psykosier er sannsynligvis behandling et godt alternativ og kanskje den beste løsningen, men for andre psykiske abnormiteter er det ikke gitt at dette er noe poeng.⁵³

2.4.4 Moral og etikk – straff og utilregnelighet

Et grunnspørsmål omkring straffrihet og utilregnelighet er det moralske og etiske som ligger til grunn for straffrihet. Er det moralsk riktig å straffe utilregnelige? I NOU 1990:5 er utvalget kategorisk.

⁵⁰ Rosenqvist 2009:69.

⁵¹ Brottsbalken (1962:700), kap. 30, § 6. Fra www.lagen.nu

⁵² Høigård 2007. Se også note nr. 151 her.

⁵³ Se f. eks. Andenæs I 1971:164-165.

Utvalget fastholder at visse lovbrøtere er så psykisk avvikende at de mangler skyldene og ikke bør gjøres strafferettslig ansvarlig for sine handlinger. I første rekke bør disse fritas for straffansvar på etisk grunnlag.⁵⁴

Poenget her er det subjektive skyldprinsippet, som er ett av de fire straffbarhetsvilkårene i norsk rett. I både romerrett og germansk rett var gjerne den objektive skyld det rådende strafferettslige ansvarsgrunnlag. Men etter hvert som tanken om straff gikk fra gjengjeldelsesprinsippet til å bli mer en moralsk gjengjeldelse for den onde handling, så har det objektive skyldansvaret måtte vike.⁵⁵ Her må man altså se på den subjektive skylden som gjerningsmannen utviste da han foretok handlingen som beskrives i straffebudet. Begrepet ”skyldene” blir ofte brukt i en slik sammenheng. Ordlyden i strl. § 44 plasserer de psykotiske lovbrøterne sammen med de bevisstløse og høygradige psykisk utviklingshemmede, som da per se ikke har skyldene. I NOU 1990:5 fastslår utvalget at ”(d)et synes å være alminnelig enighet om at manglende evne til realistisk vurdering av forholdet til omverdenen er det sentrale psykosekriterium”.⁵⁶

I Norge plasseres ikke barn og høygradige psykisk utviklingshemmede i fengsel, da de ikke har skyldene. Det er samme tankegang som ligger bak å ikke fengsle de psykotiske – de som er uten realistisk evne til å vurdere forholdet til omverdenen.

⁵⁴ NOU 1990:5:45-46.

⁵⁵ Andenæs 2011:209.

⁵⁶ NOU 1990:5:51.

3 Juridisk kontinuitet – historiske sirkler

*Sinnssykdom er en sykdom, ikke noen mystisk besettelse, og en sykdom må man prøve å helbrede.*⁵⁷

Herman Wedel Major

Det finnes flere metoder og kriterier for å skille ut de utilregnelige lovbrøtterne fra de som er tilregnelige, og som dermed har skyldene. I dette kapittelet vil de forskjellige utilregnelighetsstandardene bli gått gjennom, og den særnorske modellen vil bli satt opp mot standardene i andre rettssystemer.

3.1 Kriteriene for utilregnelighet

Spørsmålene som blir stilt etter 22. julisaken generelt, og om gjerningsmannens mentale helse spesielt, er mange. Men til tross for denne sakens unike faktum, er spørsmålene ofte de samme som har vært oppe mange ganger tidligere. Debatten vi ser i dag ligner til forveksling svært mye på den som var oppe under utformingen forut for straffeloven av 1902. Politilege Paul Winge⁵⁸ så i 1894 spørsmålet om tilregnelighet slik at det ”naturlig oppløser sig i tre”:

⁵⁷ Sitert fra Norsk biografisk leksikon. Rent referanseteknisk kan det opplyses at jeg gjennomgående i denne oppgaven har valgt å henviser til oppslagsverket generelt, i stedet for å referere til eksakt bind og side i både Store norske leksikon og Norsk biografisk leksikon. I starten av skriveprosessen benyttet jeg meg av papirversjonene inntil jeg konstaterte at begge leksika nå også tilgjengelig i oppdatert fulltekst på nettstedet www.snl.no.

⁵⁸ Paul Emanuel Winge (1857-1920), sønn av overlege Peter Emanuel Winge og Cathrine Elisabeth Welhaven, var fengsels- og politilege, samt psykiater og aktiv samfunnsdebattant. Han var en pionér i norsk rettspsykiatri og skrev også mange bøker om emnet, blant annet trebindsverket *Det norske sindssygeriet, historisk fremstillet* (1913-1917). Gjennom sine slektskapsforbindelser blir Winge ansett for å være medlem i en markant ”darwinistisk klan” i det norske borgerskap ved forrige århundreskifte (jfr. Skålevåg 2012). Winge disputerte til dr.med. på avhandlingen *Den rettsmedicinske undersøgelse av den sindssyge lov-overtræder* i 1896, og han spilte en betydelig rolle for rettspsykiatrien og utilregnelighetslovgivningen opp mot straffeloven av 1902. Winge var blant annet initiativtaker til *Den rettsmedisinske kommisjon*, hvor han

1. Hvorledes skal vi i Straffeloven formulere Betingelserne for, at Utilregnelighet skal antages at være tilstede?
2. Hvilke Myndigheter skal afgjøre, om disse Betingelser i de enkelte Tilfælde er opfyldte?
3. Hvorledes skal vi behandle de Lovoverdrædere, der er erkjendte som utilregnelige?⁵⁹

Med mulig unntak av spørsmål to, er det ikke vanskelig å gjøre samme øvelse ut fra vår tids aktualitet og debatt.⁶⁰ 1890-tallets begrepsapparat er i stor grad det samme som i 2012, og problemene er nær sagt identiske. Dette til tross for at vi i tiden mellom 1902-loven og dagens lovgivning, har hatt flere revisjoner av tilregnelighetsreglene og at problemstillingen har sysselsatt mange høyt skolerte mennesker innenfor både politikk og juss så vel som helsevesen, politi og kriminalomsorg.

3.2 Gjeldende rett i Norge

Hovedregelen for straffeforfølgelsen av utilregnelige personer i Norge finner vi i straffelovens kapittel tre om betingelsene for straffbarhet:

§ 44. Den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs straffes ikke. Det samme gjelder den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i høy grad.

Denne paragrafen er resultat av to revisjoner siden straffeloven av 1902 tredde i kraft. Siste versjon er fra 1997 med ikrafttredelse fra januar 2002. En av de viktigste endringene var at ordet ”sinnsyk” ble endret til ”psykotisk”, uten at det i praksis medførte store faktiske endringer.⁶¹ Begrepet ”psykose” er uansett ikke statisk eller en eksplisitt medisinsk diagnose, men en strafferettslig betegnelse av de tilstander som psykiatrien til enhver tid regner som psykose. Psykosebegrepet i norsk strafferett er altså noe i retning av en juridisk standard. Diagnoser som regnes som psykose kan være for eksempel schizofreni, paranoia og manisk depressiv psykose.⁶² Lovgiver definerte psykosebegrepet nærmere i forarbeidene:

Det er i dag enighet blant psykiatere om at det som først og fremst kjennetegner en psykose, er at forholdet til virkeligheten i vesentlig grad er forstyrret. Evnen til å reagere adekvat på vanlige

også fra starten av var fast medlem. Han var også svært ofte benyttet som rettspsykiatrisk sakkyndig. Kilde: Skålevåg 2012 og Norsk biografisk leksikon.

⁵⁹ Winge 1894:2. Se også Winge 1896:V (Første siden i *Fortale*).

⁶⁰ Det er domstolen som avgjør tilregnelighetsspørsmålet, selv om debatten rundt rettspsykiatrisk sakkyndiges rolle i straffesaker til stadighet er oppe i offentligheten – se avsnitt 2.2.

⁶¹ Se kapitlet om norsk utilregnelighetsutvikling nedenfor for mer om dette.

⁶² Rosenqvist 2009:63 ff, og Ot.prp nr 87 (1993-94):22.

inntrykk og påvirkninger mangler. Den psykotiske mister ofte kontrollen over tanker, følelser og handlinger.⁶³

I forarbeidene deles psykosebegrepet videre inn i fire hovedkategorier:

- **Tenkings og kontaktsforstyrrelser;** for eksempel klare vrangideer og hallusinasjoner, schizofreni, paranoia.
- **Stemmingslidelser;** for eksempel manisk depressiv (vekslende mellom mani og depresjon)
- **Forvirringstilstander, delir;** tilstand av desorientering i både tid, sted og situasjon for eksempel som følge av langvarig rusmisbruk – *delirium tremens*.
- **Sløvhetsstilstander (demens);** alle psykiske funksjoner mer eller mindre sterkt svekket.⁶⁴

Den gjeldende rett i Norge er dermed at hvis domstolen konkluderer med at en lovbrytter er utilregnelig, uavhengig om lovbruddet er en direkte årsak eller ikke av for eksempel en psykose, så skal han eller hun ikke idømmes straff hverken i form av fengsel, forvaring, samfunnsstraff, rettighetstap eller bot, jfr. bestemmelsene i strl. § 15. Men inndragning kan likevel foretas, jfr. strl. § 34.

Tilregnelighetsvurderingen som foretas av retten baseres på sakkyndighetsvurdering foretatt av rettsoppnevnte fagfolk, som gjerne er psykiatere. Dette skjer etter reglene i straffeprosesslovens kapittel 11.

Selv om en utilregnelig lovbrytter ikke kan straffes, finnes det likevel tilfeller der gjerningspersonen blir ansett så farlig og der det er sannsynlig med tilbakefall til nye lovbrudd med tilliggende fare for andres liv, helse og frihet, at hensynet til beskyttelsen av samfunnet krever at det settes i verk tiltak. I stedet for fengselsstraff opererer man da med såkalte særreaksjoner. Dette ut fra tankegangen at det er nødvendig å beskytte samfunnet fra nye handlinger, samt å beskytte denne personen mot seg selv. Psykotiske og bevisstløse lovbryttere kan da bli dømt til overføring til tvungent psykisk helsevern (strl. § 39), eller tvungen omsorg hvis det dreier seg om høygradig psykisk utviklingshemming (§ 39 a). Skyldes utilregneligheten lav alder kan det sanksjoneres mot barnet ut fra bestemmelsene i barnevernsloven § 4-24.

⁶³ Se Ot.prp nr 87 (1993-94):22.

⁶⁴ Ibid: 22-23. De juridiske psykosedefinisjonene er også omhandlet noe grundigere i NOU 1990:5 s. 40-41.

3.3 Det medisinske-, psykologiske- og blandede prinsipp

Det faktum at de aller fleste kulturer har en ordning om straffrihet for utilregnelige i en eller annen form, har naturlig nok ført til forskjellige løsninger på hvordan dette skal praktiseres. Selv nære naboland med relativ lik kulturbakgrunn som Norge og Sverige har i dag store forskjeller i tilregnelighetslovgivningen. Norge følger et rendyrket medisinsk prinsipp,⁶⁵ mens i Sverige er ikke tilregnelighet en del av skyldspørsmålet, men noe man ser på i lys av reaksjonen etter fellende dom.

Felles for de fleste systemer er at strafferettslig tilregnelighet forutsetter sjelelig sunnhet og en viss modenhet. Kvalifiserer man ikke til disse minstemålene, som selvfølgelig varierer fra jurisdiksjon til jurisdiksjon, er man gjerne utilregnelig. I Norge snakker man da om hvorvidt man har strafferettslig skyldevne eller ikke. Hva som er det normale og hvor stort avvik fra dette som må til for å regnes for å være utilregnelig er ingen eksakt vitenskap eller noe som praktiseres likt verden over. Dette til tross for all medisinsk forskning som har blitt lagt ned i dette fagfeltet fra det første professoratet i psykiatri ble opprettet i Berlin i 1864. Forsøk på en allmenngyldig definisjon på hva som er tilregnelig og utilregnelig har vært forsøkt utmeislet flere ganger. Andenæs mener dette fra et juridisk ståsted er en umulig oppgave.⁶⁶ Men i juridisk teori, og for så vidt også i praktisk juss, har det siden 1800-tallet og frem til i dag likevel vokst frem flere systemer som brukes for å fastslå hvorvidt en person er tilregnelig eller ikke.

Det vanligste innenfor norsk juridisk teori, blant annet hos Andenæs, er at det opereres med en tredeling, slik presentert nedenfor, der man skiller mellom det medisinske, det psykologiske og det blandede prinsipp i spørsmålet om tilregnelighet i strafferettspleien.⁶⁷ Aslak Syse argumenterer likevel for to hovedprinsipper for utilregnelighetsstandarden; det medisinske og det blandede prinsipp, hvor det siste har tre undergrupper: 1. det psykologiske, 2. det kausale, og 3. ikke-styrt helhetsvurdering.⁶⁸ Den danske strafferettsnestoren Knud Waaben opererer derimot med fem kategorier i spørsmålet om tilregnelighet.⁶⁹ Man er straffri hvis man er;

1. Sinnssyk på gjerningsøyeblikket.

⁶⁵ Disse begrepene blir forklart nærmere nedenfor, se 3.3.1.

⁶⁶ Andenæs 2010:288.

⁶⁷ Andenæs 2010:288. Se også Ot.prp. nr. 87 (1993-94) pkt. 5.3.

⁶⁸ Syse 2006.

⁶⁹ Waaben 1993:112-113

2. Sinnssyk på gjerningsøyeblikket og av den grunn ikke forstår følgene av sine handlinger.
3. Sinnssyk på gjerningsøyeblikket hvis denne personen er upåvirkelig av straff.
4. Sinnssyk på gjerningsøyeblikket og sinnssykdommen er årsaken til den straffbare handlingen.
5. Sinnssyk på gjerningsøyeblikket er straffri med mindre retten ut fra en skjønnspreget vurdering kommer til motsatt resultat.

Hvilket system man velger å kategorisere forskjellige tilregnelighetsstandarder på har dog ikke nødvendigvis så stor praktisk betydning. Konsekvensene kan i mange tilfeller bli de samme. Forskjellen mellom systemene går vel så mye på hvor trangt nåløyet er for å lykkes med et slikt forsvar. I enkelte vestlige land, som for eksempel England og USA har det i perioder vært veldig få saker som har prøvd og lyktes med *the insanity defense*. Uansett hvilket system man velger, så er det kategori 1, det medisinske prinsipp, som kanskje skiller seg klarest ut i sin kategoriske definisjon.

3.3.1 Medisinsk

Det medisinske prinsipp, også kjent som det biologiske, er det systemet som praktiseres i Norge. Vårt rettssystem er sannsynligvis også det eneste som fullt ut benytter dette prinsippet i sin rendyrkede form.⁷⁰ Etter dette systemet er den medisinske diagnosen og/eller biologiske kjennetegn som avgjør om en person skal anses som psykotisk, og dermed utilregnelig. Er man utilregnelig skal det i prinsippet automatisk føre til straffrihet.⁷¹ Her er det ikke relevant hvorvidt vedkommende forsto konsekvensene av handlingen eller om den var motivert ut fra, og en direkte konsekvens av, mental sykdom eller defekt. Det er med andre ord ikke nødvendig med en kausalitet eller årsakssammenheng mellom handling og sykdom. Er man utilregnelig har man per se ikke straffeskyld. Dette systemet var i prinsippet rendyrket i Norge i den første straffeloven fra 1842,⁷² men ble endret med et slags blandet system (se nedenfor) i 1902. Men som vi skal komme tilbake til, fikk vi etter revisjonen av straffeloven i 1929, igjen et rendyrket

⁷⁰ Syse 2006, note 16.

⁷¹ Se for eksempel Ot.prp.nr. 87 (1993-1994), pkt. 5.3. (s. 27 ff.), eller Andenæs 2010, s. 288 ff.

⁷² Her strides dog teorien om 1842-varianten strengt tatt var et blandet system. Se Syse 2006 eller Skålevåg 2012:19.

medisinsk prinsipp tilbake inn i norsk strafferett. Dette ble igjen stadfestet ved lov-revisjonen fra 1997.

3.3.2 Psykologisk

Det psykologiske prinsippet, som på 1800-tallet gjerne gikk under det metafysiske prinsipp, står i klar motsetning til det medisinske. Spørsmålet her er ikke om en sinnslidelse kan kvalifisere til sinnssykdom. Her må det påvises en årsakssammenheng mellom mental lidelse og/eller defekt og handling. Gjerningspersonens selvinnsett og mulighet til fritt å velge alternative handlinger står i sentrum. Det foreligger årsakssammenheng hvis vedkommende på grunn av mental sykdom ikke forsto konsekvensene av den straffbare handlingen, eller hvis tvangstanker hindret valgfriheten, eller om gjerningen var en konsekvens av sykelige motiver, som for eksempel paranoia eller lignende.

Det klassiske eksemplet på det psykologiske prinsipp er den såkalte *McNaughtan*⁷³ rule, som vi skal komme nærmere tilbake til i avsnitt 7.3.2. Dette prinsippet ble til på 1800-tallet, og selve saken som ga den sitt navn fant sted i 1843 i England. McNaughtan-standarden fikk raskt fotfeste i den anglosaksiske verden i årene etter 1843 og er fortsatt i bruk blant annet i flere stater i USA og i England. I korthet er McNaughtan-standarden en slags test på tilregnelighet:

Every man is to be presumed to be sane, and (...) that to establish a defense on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was laboring under such a defect of reason, from disease of mind, and 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.⁷⁴

Testens mål er å finne ut om den tiltalte kan skille rett fra galt ut fra den ideen at en tiltalt må vite forskjellen på nettopp det for å kunne bli dømt. McNaughtan-standarden var og er kontroversiell, men har vist seg å være relativt levedyktig. Flere andre varianter av testen har blitt utviklet og benyttet, som for eksempel *the irresistible impulse test* og *the*

⁷³ Navnet til Daniel McNaughtan staves på mange forskjellige måter hos forskjellige forfattere. Jeg baserer meg her på Harvard-professoren Richard Moran, som har forsket inngående på McNaughtan-saken spesielt og *the insanity defence* generelt – se for eksempel *Moran 1985*. Han slår fast at *McNaughtan* er den korrekte måten å stave navnet på selv om andre skrivemåter er mer vanlige i den omfattende ”McNaughtan-litteraturen” som finnes.

⁷⁴ Moran 1985:40. Sitatet er dog en ”destillert” versjon hentet fra jussnettstedet www.findlaw.com (18. mars 2012). Se også mer om dette under avsnitt 7.3.2 nedenfor.

Durham test som vi skal komme tilbake til nedenfor. Men kontroversielle avgjørelser i USA har ført til at McNaughtan-standarden har blitt tatt tilbake igjen, noe som gjør at denne fortsatt er den mest vanlige i USA.

3.3.3 Kombinasjonen

Det tredje alternativet er en kombinasjon mellom disse to prinsippene, det såkalte blandede prinsipp. Her må gjerningspersonen *både* kvalifisere til sinnssykdom rent medisinsk og det må også foreligge en årsakssammenheng mellom sykdommen og handlingen. Dette er det systemet som i forskjellige varianter er det mest utbredte i andre jurisdiksjoner, for eksempel i Danmark, Sveits og Tyskland. Men det er en viss forskjell i hvordan dette prinsippet praktiseres. I Tyskland er det blandede prinsipp kodifisert slik:⁷⁵

§ 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Her ser vi at man i tillegg til å klarlegge en sykkelig mental forstyrrelse, dyptgripende bevissthetsforstyrrelse eller generell lav intelligens eller lignende, må påvise at gjerningspersonen ikke er i stand til å se konsekvensene av sine handlinger. Både psykisk lidelse og lovoppstilte tilleggsvilkår må foreligge.

Kritikken mot det tyske, og for så vidt det sveitsiske og andre land som praktiserer dette systemet, er at dette fører til store utfordringer for domstolene, da loven ikke gir noe håndgripelig holdepunkt for å avgjøre når en sinnssyk mangler evnen til å *einzusehen* – innse – at en handling er et lovbrudd. Andenæs mener dette er å ”stille domstolene overfor en uløselig oppgave”.⁷⁶ I slike saker er det jo opplagt at vedkommende objektivt sett har brutt et straffebed, men hvorvidt denne personen da *kunne* ha kontrollert de kriminelle impulsene ligger ifølge Andenæs utenfor menneskelig evne å avgjøre. ”I realiteten må domstolene treffe avgjørelsen på grunnlag av en vurdering av om sykdommen er så inngripende at det vil føles urimelig å straffe gjerningsmannen”.⁷⁷

⁷⁵ Hentet fra det tyske justisdepartementets nettside, *Bundesministerium der Justiz*: www.gesetze-im-internet.de. Dagens ordlyd ble vedtatt i Bundestag i 1975 etter flere revisjoner i tiden 1954-69. Se Schmidt-Recla 2000:88 ff.

⁷⁶ Andenæs 1996:106.

⁷⁷ Ibid:107.

Retten må altså gjøre en skjønnsmessig helhetsvurdering, slik også tilfellet er i den danske straffeloven,⁷⁸ som er en variant av den blandede system:

§ 16. Personer, der på gerningstiden var utilregnelige på grund af sindssygdom eller tilstande, der må ligestilles hermed, straffes ikke. Tilsvarende gælder personer, der var mentalt retarderede i højere grad.

Den danske termen ”sinnssygdом” er synonymt med psykose, jfr. den norske straffelovens § 44.⁷⁹ Her ser man at det ikke er nok å konstatere sinnssykdom (psykose) for å straffrihet. Utilregnelighetsforbeholdet medfører at den aktuelle mentale tilstanden må ha gjort gjerningspersonen utilregnelig.

Enkelte rettssystemer har også det blandede system ikke bare ut fra mentale defekter, men også ut fra alderskriteriet. I situasjoner med kriminalitet begått av barn kan barnets individuelle modenhet være et vurderingskriterium for retten når det skal avgjøres av hvorvidt barnet skal bli dømt etter vanlige straffesanksjoner eller om barnet skal bli fritatt for straff. Dette er situasjonen i blant annet flere stater i USA og i Storbritannia – se avsnitt 3.4.3 nedenfor.

Frem til revisjonen av den norske straffeloven i 1929 var det blandede prinsipp også den opprinnelige tilregnelighetsbestemmelsen i 1902-loven. Lovrevisjonen av 1929 rendyrket derimot det medisinske prinsipp, slik vi har det i dag. En ny revisjon i 1997, som vi skal komme tilbake til, endret i praksis ikke stort på dette.

3.3.4 Den svenske løsningen

I Sverige har det ikke, siden Brottsbalken (BrB) trådte i kraft i 1965, vært utilregnelighetsregler i tradisjonell forstand, selv om det kan sies at strengt tatt følges det psykologiske prinsipp. Svenskenes variant utgjør i seg selv nærmest en ”fjerde vei” i å løse denne juridiske og samfunnsmessige utfordringen. Her blir psykisk syke mennesker dømt på linje med friske. Tilregnelighet er ikke et straffbarhetsvilkår, men en problemstilling som kommer opp først under valg av reaksjon. Dette systemet har i de senere år blitt utsatt for massiv kritikk i Sverige, og er under vurdering for kraftig revisjon – se mer under avsnitt 5.2.3.

⁷⁸ Her hentet fra nettutgaven av den danske borgerlige straffelov, nr. 126 af 15. april 1930: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=113401>. Her gjengitt bare til og med andre punktum.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994), pkt. 3.1.2, eller NOU 1990:5 s. 31.

3.4 Alderskriteriet, bevisstløshet og IQ

Den norske straffelovens § 44 omhandler ikke bare de psykotiske, men også bevisstløse og ”de som på handlingstidspunktet var psykisk utviklingshemmet i høy grad”. De to siste kategoriene vil i liten grad bli behandlet i denne oppgaven, men blir her kort presentert sammen med alderskriteriet.

3.4.1 Bevisstløshet

Er man bevisstløs når en straffbar handling blir begått, skal man ikke straffes, jfr. strl. § 44 første ledd. Det skilles mellom absolutt og relativ bevisstløshet. Er det absolutt bevisstløshet er det tale om koma, noe som i praksis utelukker de fleste straffebud annet enn unnlatesdelikter. Relativ bevisstløshet kan være hypnose, febertilstander, epilepsi, søvngjengeri og søvndrukkenhet. I forarbeidene er dette definert nærmere:

Det som er opphevet eller svekket, er evnen til å motta og bearbeide informasjon og sette dette i en bevisst sammenheng, slik at denne informasjonen senere vil kunne gjenkalles og erindres, og slik at handlinger blir basert på denne mottatte og bearbejdede informasjon.⁸⁰

Et viktig unntak for straffrihet ved bevisstløshet finner vi i strl. § 45, som slår fast at selvforskyldt rus ikke utelukker straff.

3.4.2 Psykisk utviklingshemming

Ved endringen av straffeloven i 1997 ble begrepet sinnssyk tatt ut og erstattet av de to begrepene ”psykose” og ”psykisk utviklingshemmet i høy grad”. Begge tilstander utelukker straff ved lovbrudd. For den siste kategorien, som har hentet sin formulering fra den danske straffelovens § 16, ser man på vedkommendes intelligens for å avgjøre skyldene. Ved en IQ på 55 og nedover vil en person kunne bli regnet som ”psykisk utviklingshemmet i høy grad”, noe som for eksempel var tilfellet i en kjennelse fra Gulating lagmannsrett⁸¹ fra 31. mai 2000:

Det er konkludert med at A ikke var sinnssyk på tidspunktene for de straffbare handlinger, men at hun lider av en så sterk grad av psykisk utviklingshemming (IQ 50) at denne må sidestilles med sinnssykdom og at hun således må anses å være strafferettslig utilregnelig.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), punkt 15.5.

⁸¹ LG-1999-1681.

Denne IQ-grensen er dog ikke absolutt, men snarere veiledende.⁸² For å fastslå diagnosen må det derfor gjøres en vurdering hvor for eksempel funksjonsnivået på andre livsområder skal tillegges vekt.

Bakgrunnen for å sette IQ-grensen til 55 ligger i psykiatriens diagnosesystem. I straffelovsrådets forslag fra 1974 sammenfalt 55 med den daværende diagnosegrensen mellom intelligensbegrepene *debil* og *imbecil*, tilsvarende en intelligensalder på 8 ¾ år.⁸³ Dette siste kan se noe paradoksalt ut med tanke på at den kriminelle lavalder er satt til 15 år i Norge, noe også lovgiver er klar over. Poenget er at flere ”faktorer som modenhet, livserfaring, personlighet” etc. må trekkes inn i en skjønsmessig totalvurdering. ”Det må antas at skadevirkningene ved å fengsle 14-åringer normalt er langt større enn ved eventuelt å fengsle voksne som er lettere psykisk utviklingshemmede.”⁸⁴

3.4.3 Alder

Straffelovens § 46 slår fast at ingen kan straffes for handlinger før fylte 15 år. Siden landskapslovene, og sannsynligvis også før det, har alderskriteriet eksistert i norsk rett. Frostatingsloven opererer for eksempel med 15 vintre som myndighetsalder, uten at det nødvendigvis helt fritok straffeansvar.⁸⁵ Utgangspunktet for kriminalloven av 1842 var at man hadde to aldersgrenser. Var man under ti år, var man automatisk straffri uansett. Alderen mellom 10 og 15 år var straffri for mindre lovbrudd. Var det snakk om mer graverende saker måtte retten vurdere hvorvidt gjerningsbarnet hadde ”indset Handlingens forbryderske beskaffenhet”, jfr. kapittel 7, § 1, og her ser vi altså *det blandete prinsipp* i praksis. Straffen for dette mellomsjiktet var fengsel, ris eller bøter.⁸⁶ I 1900 ble den kriminelle lavalder satt til 14 år, noe som ble stående helt til 1990 da Norge harmoniserte med våre naboland og satte grensen ved 15 år. I Norge er det bred enighet om dette prinsippet. Straffelovkommisjonen har begrunnet dette standpunktet slik:

«Barn har som regel ikke den samme moralske innsikt og modenhet som voksne. De fleste vil derfor føle det urettferdig om samfunnet skulle straffe barn. En straffetrussel har heller ikke den samme forebyggende virkning på barn som på voksne. Dessuten vil barn lettere enn voksne kunne

⁸² Ot.prp. nr. 87 (1993-94):29

⁸³ NOU 1990:5 punkt 3.1.1 ff.

⁸⁴ Ibid punkt 3.1.3 (s. 52).

⁸⁵ Frostatingsloven bolk IV, artikkel 34. Denne bestemmelsen er for drap begått av umyndige. Selv om den umyndige ikke kunne straffes med tradisjonelle reaksjoner som dødsdom eller bøter, så ble de i stedet gitt noen dager eller ukers tidsfrist på å komme seg ut av landet med sine eiendeler.

⁸⁶ Se Andenæs 1996:100.

ta skade av å komme i fengsel. Det vil også lett være forfeilet å ilegge bot. Blant annet vil barnet normalt mangle penger å betale med, og subsidiær fengselsstraff kan det ikke bli tale om.⁸⁷

Rundt i den vestlige verden er det store variasjoner på kriminell lavalder. I England og Wales, Nederland og Canada praktiserer en tiårsgrense, men dette er gjerne ikke absolutte grenser. Flere stater i USA faktisk ikke har en klart definert nedre grense, men snarere en individuell vurdering fra sak til sak, ikke ulik den norske praksisen fra 1842. Den engelske rettspraksisen, med fleksible grenser, er interessant. Som Andenæs skriver er den psykologiske sammenheng mellom forbrytelse og befolkningens krav om straff åpenbart så sterk i enkelte tilfeller at den kan slå igjennom også overfor mindreårige hvis forbrytelsen bare er grov nok.⁸⁸ Man ser med andre ord her en relativisering av de rettslige prinsippene.

⁸⁷ NOU 1992:23, s. 158.

⁸⁸ Andenæs 1996:102.

4 Tilregnelighet fra antikken mot nytid

Forklaringen på menneskelig galskap og unormalt raseri var til langt ut i medisinen og psykiatriens faglige revolusjoner i det 19. århundre basert på overtro, mytologi og religion. Begrepene og definisjonene, og ikke minst jussen, fra antikken og romerretten, har satt sitt preg på prosedyrene for å håndtere de utilregnelige helt frem til vår samtid.

Dette kapittelet trekker linjene tilbake til den vestlige sivilisasjons spede start i antikken og frem mot 1800-tallet. Men først et lite streif innom ”galskapens academia”.

4.1 Et universelt problem – i tid og rom

Debatten omkring tilregnelighet og straff er slett ikke unik for Norge. Disse spørsmålene har vært oppe til debatt og praktisert på forskjellige måter over hele verden gjennom flere tusen år – i fra de primitive stammekulturene i Afrika via sivilisasjonens vugge i Midt-Østen og rundt Middelhavet og til aktualiseringen i Norge etter 22. juli 2011. Ikke minst ble denne problemstillingen sentrum for omfattende debatt i tiden etter at den moderne strafferetten begynte å utvikle seg fra overgangen til det 19. århundre – dog i noe mindre kretser i kontrast til den brede allmenne debatt vi har i det moderne kommunikasjons-samfunnet som Norge er i dag. At denne juridiske strafferettsevolutjonen i tillegg skjedde parallelt med utviklingen av den moderne psykiatriske vitenskapen, tilførte debatten og problematikken ytterligere nyanser utover de rent juridiske.

4.1.1 Fra filosofi til medisin

Tilregnelighet var frem til og med opplysningstiden og langt inn i den moderne tid gjerne et teologisk, filosofisk og/eller metafysisk spørsmål. Filosofen Immanuel Kant (1724-1804) var i så måte en advokat for dette syn, og han nærret da også tvil til at lege-

vitenskapen i det hele tatt hadde forutsetninger for å forstå hvorvidt en gjerningsmann var i besittelse av dømmekraft da forbrytelsen skjedde.⁸⁹

Wenn also jemand vorsetzlich ein Unglück angerichtet hat und nun, ob und welche Schuld deswegen auf ihm hafte, die Frage ist, mithin zuvor ausgemacht werden muß, ob er damals verrückt gewesen sei oder nicht, so kann das Gericht ihn nicht an die medicinische, sondern müßte (der Incompetenz des Gerichtshofes halber) ihn an die philosophische Facultät verweisen.⁹⁰

Kant mener altså at domstolene må henvise gjerningsmannen til rettspsykiatrisk utredning ved filosofisk fakultet fremfor hos medisinerne og psykologene, som, ifølge Kant, faglig kommer til kort – ”überhaupt doch nicht so weit, um das Maschinenwesen im Menschen so tief einzusehen”.⁹¹

Men da Kant skrev dette, var han allerede på vei til å bli fullstendig utdatert. Den nye tid for både legevitenskap og juss i utilregnelighetsspørsmål var allerede langt fremskreden.

4.1.2 Asylvesenets fremvekst

Måten sinnssyke ble behandlet på var frem til langt ut i moderne tid ofte svært lite human, med mindre de ble tatt vare på av familien eller andre nærstående. Det å gjemme bort mentalt syke på asyl, eller sogar omreisende båter,⁹² var ikke uvanlig. Asylinstituttet ble vanligere frem mot tidlig nytid. Noe av bakgrunnen for det var lokaler som etter hvert ble stående ledige. Spedalskhet var et nemlig stort problem i middelalder-Europa. Sykdommen døde imidlertid mer eller mindre ut på 15-1600-tallet, blant annet på grunn av at leprasyke ble isolert fra omverden i egne institusjoner som igjen hindret ytterligere spredning. Disse institusjonene som tidligere huset leprapasienter ble etter at sykdommen og dens ulykkelige bærere forsvant, gjerne konvertert til hospital for sinnssyke,⁹³

⁸⁹ Filosofen Immanuel Kants (1724-1804) arbeid og tanker hadde mye å si for strafferetten. Han var en eksponent blant annet for gjengjeldelsesteorien, og forfektet et relativt tøft kriminalregime.

⁹⁰ Kant 1798:213-214.

⁹¹ Ibid.

⁹² *Ship of fools*, eller narrenes skip. Hvorvidt dette er et faktum, er dog tvilsomt. Sannsynligvis er dette en allegori hyppig brukt i litteratur og kunst for å beskrive menneskeheten som sådan – den karnevalistiske karikatur av samfunnet. Se mer om dette i Foucault 1973.

⁹³ Dette var også tilfellet for en av Norges første mentalanstalter for kriminelle, nemlig sykehuset Reitgjerdet i Strinda (nå Trondheim kommune), som ble åpnet i 1923 da den tidligere pleiestiftelsen for spedalske ble konvertert til spesialasyl for særlig vanskelige og farlige sinnssyke. Reitgjerdet fikk sogar en egen lov fra 7. juli 1922, og ble administrativt knyttet sammen med Kriminalasylet i Trondheim. De to institusjonene ble fusjonert i 1961. Etter omfattende kritikk, blant annet på grunn av bruken av ulovlig tvang, ble en egen granskningskomisjon under ledelse av høyesterettsdommer Knut Blom satt ned. Kommissjonens knusende rapport førte til at Reitgjerdet ble lagt ned i 1987, med påfølgende utbetalinger av store erstatningsbeløp til pasienter som hadde vært innlagt ved institusjonen. Se: *Rapport om forholdene*

demente, fattige, prostituerte, omstreifere og andre som falt utenfor. De ble da stuet sammen i stort antall og nektet adgang til resten av samfunnet.⁹⁴ Men på 1700-tallet kom det endringer. I tiden etter den franske revolusjon tok den franske legen Philippe Pinel⁹⁵ oppgjør med hospitalsystemet og måten man tok hånd om de sinnssyke på. I stedet for å samle fattige, psykisk syke og andre som avvek fra det normale sammen under forferdelige forhold, mente Pinel at det måtte opprettes egne anstalter der sinnssyke kunne behandles på et vitenskapelig grunnlag ut fra et humanistisk verdisyn og under moralske aktverdige prinsipper.⁹⁶ Pinels behandlingsprinsipper – *un traitement moral* – fikk store konsekvenser for sinnslidende helt frem til våre dager. Lignende tanker som Pinel dyrket ble forfektet og utprøvd i England av filantropen William Tuke, og også noe senere i Norge av for eksempel legen Herman Wedel Major.⁹⁷ Flere steder på kontinentet begynte man på denne tiden å utvikle psykiatrien som en medisinsk vitenskap, noe også politilege Winge noen år senere påpekte:

Psykiatrien er bleven Biologi, medens den i sin Barndom var en theologisk eller filosofisk Diciplin, (...). Følglen af denne Forandring er, at den, der i vor Tid kommer under retspsykiatrisk Observation, er et biologisk Undersøkellesobjekt og ingen Gjenstand for theologisk, metafysisk eller juridisk Spekulation.⁹⁸

Årsaken til dette var åpenbar. Psykiatri som vitenskap var på 1800-tallet, som tidligere påpekt, i sin spede barndom. Sett bort fra franske Pinel, var det helst i den tysktalende del av Europa denne vitenskapen ble satt i system. I starten, som gjerne blir karakterisert som ”den romantiske epoken” for institusjonspsykiatri, var det nettopp i oppsamlingsanstaltene for psykisk syke den mer eller mindre systematisk psykiatri startet. Men det var først i løpet av 1800-tallets siste tredjedel at legene begynte å ta kontroll og de medisinske

ved Reitgjerdet sykehus, fra den granskingskommissjon som ble nedsatt ved kongelig resolusjon 29. februar 1980.

⁹⁴ Foucault 1973:3 ff.

⁹⁵ Philippe Pinel (1745-1826) var professor i hygiene og indremedisin ved Universitetet i Paris og direktør for asylet Bicêtre. Han har fått æren for å ha innført psykologiske og psykoedukative prinsipper i behandling av alvorlig psykisk syke mennesker, innføring av psykiatrisk journal og omgjøring av psykiatriske institusjoner fra oppbevaringssteder til aktive behandlingsinstitusjoner. Kilde: Store norske leksikon.

⁹⁶ Se for eksempel Foucault 1973:241 ff.

⁹⁷ Herman Wedel Major (1814-54) var den første utdannede ”sinnssygelege” (psykiater) i Norge, og ble kjent for å kjempe for menneskerettighetene også for de sinnssyke, som det den gang praktisk talt ikke ble gjort noe for. Majors skrev også Udkast til Lov om Sindssyges Behandling og Forpleining, som ble til første ordnede sinnssykelov av 17. august 1848. Med mindre endringer var den gjeldende lov i Norge frem til Lov om psykisk helsevern av 1961. Kilde: Store norske leksikon.

⁹⁸ Winge 1896:7. Merk her det fiffige poenget ved at politilegen slår jussen i hartkorn med de mer tvilsomme, spekulative vitenskaper som teologi og metafysikk.

fakultetene ved universitetene startet prosessen med å opprette egne fagområder spesifikt for psykiatri. Først ut var Berlin i 1864, så kom Göttingen 1866, Zürich 1869, Heidelberg 1871, Wien 1877 og i Leipzig og Bonn i 1882.⁹⁹ Det faglige nivået på psykiatrien i den ”romantiske epoken” var av en heller dubiøs bonitet. Som politilege Winge påpekte var denne akademici, før medisinerne tok hegemoniet over faget, preget av ”psykiatere” som strengt tatt egentlig var teologer, lekfilosofer eller diktere.¹⁰⁰ Dette viser også at tilregnelighetsspørsmålet gikk fra å være et abstrakt spørsmål om sjelens metafysiske eksistens, den frie vilje og gudenes lune til mer å bli en naturvitenskapelig problemstilling der medisinsk empiri stadig var på jakt etter mentalsykdommens episentrum. Den danske legen Franz Howitz var tidlig ute i nordisk sammenheng med å beskrive de europeiske strømningene innenfor legevitenskapens jakt på galskap – da helst i hodeområdet. ”Afsindighet bestaar i en Indskrænkning af Fornuften eller Fornuftens Brug, formedelst en Sygdom i de materielle Organer for Sjælens Virksomhed.”¹⁰¹ Dette ble publisert bare 20 år etter Kants død, og viser helt andre tanker omkring dette spørsmålet enn hva den forrige generasjon filosofer sto for. Det skulle imidlertid ikke gå mange år før det syn som Howitz og hans meningsfeller sto for også var passé. Fra midten av 1800-tallet utviklet psykiatrien seg vekk fra den somatiske medisinen med sin anatomiske lokalisme og over mot en psykologisk medisin.¹⁰²

4.1.3 Kodifisering av utilregnelighetskriteriet

De første skrevne lovene om tilregnelighet har vi sannsynligvis fra de romerske og greske bystatene i hundreårene før vår tidsregning, men prinsippene om utilregnelighet som formildende eller straffrigjørende premiss har sannsynligvis eksistert i århundrer før det også. Da i form av muntlige tradisjoner. Dette ser man både i de før-antikke kulturer, og senere i de førkristne nordeuropeiske stammekulturer.

Tilregnelighetskriteriet ble i moderne norsk strafferett kodifisert først i 1842,¹⁰³ der ”(...) handlinger er straffrie, som forøves af Galne eller Afsindige eller af dem, som

⁹⁹ Schmidt-Recla 2000:95.

¹⁰⁰ Ibid.:96.

¹⁰¹ Sitert fra Skålevåg 2012:7. Opprinnelig publisert i dansk Juridisk tidskrift i 1824.

¹⁰² Skålevåg 2012:13.

¹⁰³ For mer om denne loven – se avsnitt 6.3 nedenfor.

Forstandens brug ved Sygdom eller Alderdoms-Svaghed er berøvet.”¹⁰⁴ I 1848 ble sinnssykeloven innført,¹⁰⁵ og formuleringen ”Galne eller Afsindige” ble erstattet med det mer medisinsk rettede begrepet ”sinnssyk”. Og her ser man nyansene av de to hovedprinsippene for utilregnelighet som rettspsykiatrien har brukt i de forskjellige rettssystemer i den vestlige verden etter den tid. Etymologisk kan man ane at legen Herman Wedel Major muligens har hatt sitt å si for denne språklige endringen. Han slo fast at ”sinnssykdom er en sykdom, ikke noen mystisk besettelse, og en sykdom må man prøve å helbrede”.¹⁰⁶

4.2 Pre-antikk og mytologi

Det første beskrevne tilfellet av noen som hevder å være utilregnelig, finner vi sannsynligvis i Homers *Iliaden*. Handlingen i dette eposet er hentet fra den trojanske krigen, som etter den greske mytologien skal ha funnet sted i det 12. århundret før vår tidsregning. *Iliaden* skal så ha blitt nedskrevet rundt 400 år senere, noe det dog hersker stor tvil rundt. I det 19. kapitlet av denne historien møter vi heltene Akilles og Agamemnon, som igjennom hele denne historien har hatt en opphetet konflikt gående over en slavekvinne. Etter at Akilles erklærer at han har lagt fra seg sitt sinne, forklarer og unnskylder Agamemnon sine handlinger slik:

Det er ikke meg som bærer skylden. Skjebnen har skylden, og Zevs og Erinys, som vandrer i mørket. Disse har lagt meg i sinn hin rasende dårskap (...). Dog hva skulle jeg gjøre? Den mektige dårskaps gudinne evner jo alt (...). Hun vandrer på dunbløte føtter og skrider aldri på jorden, men går på menneskes hoder og skader menneskers ætt, og av to får hun lokket den ene i snaren.¹⁰⁷

At Agamemnon her sier han er utilregnelig rent juridisk er nok å trekke det litt langt, da det på denne tiden i før-antikkens Hellas ikke var snakk om noen kodifisering av de mer eller mindre muntlige lovene. Men som retthistorikeren Daniel N. Robinson skriver er det ingen grunn til å tro at antikkens mennesker ikke kunne godta at mennesker som begikk kriminelle handlinger kunne være styrt av gudene.¹⁰⁸ Mytologien var en svært viktig del av antikkens samfunn. Og en galskap som kom som følge av gudenes vrede,

¹⁰⁴ Kriminalloven av 1842 kap. 7 § 2.

¹⁰⁵ *Lov om Sindssyges Behandling og Forpleining* av 1848. Loven ble til etter forslag fra legen Herman Wedel Major (1814-1854), som sammen med legen Frederik Holst (1791-1871) var sentral i oppbyggingen av psykiatrien i Norge generelt og Gaustad sykehus spesielt.

¹⁰⁶ Store norske leksikon.

¹⁰⁷ Homer 1991:333 (19. sang, vers 64-101).

¹⁰⁸ Robinson 1996:19.

furiosi, kunne derfor være en høyst plausibel og forklarbar årsak til merkelige handlinger som ellers ville ha blitt straffet på en eller annen måte.

4.3 Galskapens etymologi

Rent etymologisk har både de greske og romerske gudene spilt en viktig rolle for defineringen av fremtidig galskap opp gjennom historien – både juridisk og i medisinske termer. Det latinske begrepet *furiosi*,¹⁰⁹ som senere har blitt til engelske ordet *furios*, er både et ord og har et meningsinnhold vi finner igjen i utilregnelighetslovgivningen og den tilsvarende diagnostiseringen i århundrene fra antikken og frem til i dag. Poenget med begrepet *furiosi* er her at det menneskelige sinn blir besatt av hevne og straffende guddommer som på gresk var kjent som *erinyenne*.¹¹⁰ Dette er samme guddom som vi overfor så var den som Homers helt Agamemnon tilskrev som årsak til sin temporære utilregnelighet i striden med Akilles. De tilsvarende guddommene i romersk mytologi var *furiene* – derav ordet *furiosi*.¹¹¹

I norrønt var uttrykkene *galinn*, *óðr*, eller *æði* (se avsnitt 6.1.1), alle begrep som kan tilskrives mennesker som er besatt av en voldsomhet – en *furie* – og et raseri som ikke kunne forklares ut fra den situasjonen disse befant seg i.¹¹² Politilege og rettspsykiatriens nestor i Norge, Paul Winge, var opptatt av denne terminologien og etymologien som hadde sine røtter tilbake til antikken og romerretten.¹¹³ I sin kamp for det medisinske prinsipp forut for straffeloven av 1902 trakk han linjene flere tusen år tilbake for å finne forklaringer som støttet hans syn.¹¹⁴ Disse begrepene var i sine opprinnelige lovbestem-

¹⁰⁹ Her i flertallsform (maskulin). Opprinnelig latin er adjektivet *furiōsus*. Begrepet er sannsynligvis et samlebegrep for det meste av sinnssykdom i romerretten.

¹¹⁰ *Erinyenne* var hevne og straffende guddommer som forfulgte grove forbrytelser; personifikasjoner av gjengjeldelsen som før eller senere rammer synderen. De utfører således Zevs' vilje, men hører hjemme i underverdenen. Fremfor alt straffet de mened og modermord. De forfulgte Orestes da han hadde drept sin mor Klytimestra for å hevne sin far Agamemnons, (den før nevnte helten fra *Illiaden*) død. De greske *erinyer* svarer til den romerske mytologis *furier*. Kilde: Store norske leksikon.

¹¹¹ Etymologisk er det også interessant i denne sammenhengen å se på det greske ordet *mania*, som delvis tilsvarer meningen bak det latinske ordet *furiosi*, og som ganske enkelt betyr galskap. På engelsk har vi ordet med videre i *maniac*, og vi har den sykelige *mani* på norsk og flere andre språk. Generelt kan man merke seg at rent etymologisk har den vestlige språktradisjon tatt med seg store deler av den klassiske begrepsbruk videre for å beskrive galskap.

¹¹² For flere nordiske (svenske) etymologiske definisjoner på galskap – se avsnitt 5.2.1 nedenfor.

¹¹³ Skålevik 2012:3 ff.

¹¹⁴ Ibid.

melser fra romerretten via middelalderlovene og helt ut på 1800-tallet, ifølge Winge, presise forestillinger om bestemte psykologiske tilstander.

Over århundrene ble denne opprinnelige meningen korrumpert, og lovbestemmelsene kommer til å bli forstått mer omtrentlig. Kunnskapen om bestemmelsens opprinnelige mening forsvant, også blant lovkyndige, i løpet av 1700-tallet, slik at de i praksis fikk en mer flytende mening.¹¹⁵

Winges observasjon er interessant, også sett i lys av at det kan hevdes det er fremveksten av hans egen profesjon – legevitenskapen og psykiatrien – som i sin streben og posisjonering inn mot jussen selv bidro til å gjøre galskapsbegrepene enda mer uklare. I tiden før leger kom inn som ekspertvitner og sakkyndige var det gjerne ”folkets fornuft” og domstol som avgjorde om en person var besatt av *óðr* eller led under *furiosi*. Før de første rettspsykiatere ble hentet inn var linjene gjerne helt klare, og det var som regel bare i de helt åpenbare tilfellene at galskapen var unnskyldende faktor.

Winges syn får også støtte av den svenske rettspsykiateren og overlegen Torsten Sondén, som påpeker at overtro (*demontron*) og mytologi henger igjen i de moderne utilregnelighetsteoriene.

Vad speciellt de sinnessjukas straffrättsliga ställning angår, synes mig den romerska rätten vara av ett särskilt intresse, då den enligt min mening innehåller anvisningar som var ursprunget till straffriheten är att söka. Några dylika anvisningar giva knappast de äldsta svenska rättsreglerna, som uteslutande hålla sig till den praktiska sidan av saken. Den romerska rätten torde icke hava utövad något mera direkt inflytande på de svenska bestämmelserna om sinnessjuka, men i den teoretiska diskussionen såväl i vårt land som i utlandet hava allehanda spekulationer om den sinnessjukes vilja eller brist på vilja spelat en framträdande roll. Man möter uttryck sådana som, att den sinnessjuka ”saknar uppsåt”, ”saknar brottslig vilja” och i det senaste svenska strafflagförslaget har till och med i lagtexten upptagits som en förutsättning för straffrihet, att den sinnessjuke ”fullständig saknade - - - förmåga att handla efter sin vilja”. Det kan då hava intresse att erinra sig, at man här står inför kvarlevor av den gamla demontron.¹¹⁶

Mange, både i jussen og psykiatrien, har nok opp gjennom historien streifet innom denne erkjennelsen. Hva er overtro og hva er vitenskap? Og ikke minst hvor sitter viljen, og hva styrer mennesket?

Den danske legen Franz Gotthard Howitz, som i løpet av sin korte karriere fikk fart på den danske utilregnelighetsdebatten tidlig på 1800-tallet, forsøkte også å gjøre et klargjørende definisjonsarbeid ut fra de klassiske termene innenfor galskap.¹¹⁷ Samtidig gjorde han også et forsøk på å lokalisere problemet. Howitz og hans meningsfellers syn

¹¹⁵ Ibid:5.

¹¹⁶ *Tillräknelighet* 2006:58. Siteret fra Sondén, Torsten: *De sinnessjukas straffrättsliga ställning i Sverige. En översikt*. Stockholm 1930, side 17.

¹¹⁷ For mer om Howitz – se avsnitt 5.1.2 nedenfor.

ble stemplet som ”materialisme” på grunn av deres naturvitenskapelige tilnærming, som var del av legevitenenskapens avmytologisering av både begrepene generelt og de mentale sykdommene i seg selv.¹¹⁸ For Howitz defineres ”Afsindighet” som generell sinnsykdome, mens ”Galskab” (mani), ”vanvid” (falske forestillinger), ”Raseri” (liden-skapelige udbrud) og ”Forrykthed” (svarende til vanvid)” har en snevrere betydning.¹¹⁹ I tillegg kategoriserer han i en egen gruppe de med medfødt åndssvakhet, som ”Daarer” og ”Tossed” med videre. For Howitz er ”afsindighet” en innskrenkning av fornuften som følge av sykdom i de fysiske organene for sjelelig virksomhet, som i praksis da var hjernen.¹²⁰

4.4 Kodifisering i Hellas og Romerrike

Senker man blikket ned mot mer sekulær lovgivning og juridisk praksis og går tilbake til romerretten fikk naturlig nok også gudenes tilbøyelighet til å skape mental labilitet sine konsekvenser for det daglige liv i oldtidssamfunnene rundt Middelhavet. Man finner det for eksempel igjen i Aristoteles’ skrifter. Lenge før det subjektive skyldprinsipp og romerrettens *nulla poena sine culpa* slo igjennom i Europa ellers, var det grunnleggende for hans tenkning at et individ er ansvarlig for en handling bare om handlingen springer ut fra ham selv, og om individet dessuten er bevisst handlingens natur og konsekvenser. Ifølge Aristoteles kan derfor en person som savner fornuft og ikke forstår sine handlinger, ikke straffes.¹²¹

Hvordan rettspraksisen i antikken og tidlig romersk rett egentlig var, er ikke godt dokumentert, men lovene er bevart for ettertiden. I tolvtableloven, som regnes å være fra rundt 450 før vår tidsregning, finner vi følgende bestemmelse: “When no guardian has been appointed for an insane person, or a spendthrift, his nearest agnates, or if there are none, his other relatives, must take charge of his property.”¹²² Dette fikk også sitt utslag i at en *furiosi* ikke kunne inngå juridisk bindende avtaler, og dermed var satt under administrasjon omtrent likt med de rettigheter et umyndig barn hadde. Bakgrunnen var den tankegangen at en *furiosi* ikke hadde en egen fri vilje. Når det gjaldt skadeverk, var

¹¹⁸ Skålevåg 2012:10.

¹¹⁹ Waaben 1997:39.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ NOU 2001:12, pkt. 6.2.8

¹²² Fra tavle fem, lov syv. Sitert fra Robinson 1996:29-30

det ifølge den romerske juristen Ulpian slik at hvis det var en *furiosi* som *sto bak* skulle det likestilles med at skaden ble forvoldt av et firebent dyr eller en fallende taksten.¹²³

En annen mye omtalt tekst fra romersk utilregnelighetspraksis er det keiserlige brevet fra keiserne Marcus Aurelius og Commodus (sønnen) til stattholderen Scapula Tertullus hvor de gir juridiske råd om hvordan han skal håndtere en psykisk forstyrret gjerningsmann, Aelius Priscus, som hadde drept sin mor:

Hvis du klart er overbevist om, at Aelius Priscus er så afsindig, at han vedvarende er fra forstandens brug, og der ikke er nogen mistanke om, at han dræbte sin moder i en simuleret afsindighed (1), da skal du ikke tænke på, hvorledes han straffes, idet han er tilstrækkeligt straffet med selve galskaben. Samtidig må han forvares omhyggeligt og endog, hvis du finder det tilrådelig, holdes i lænker, mindre for straffens skyld end for at beskytte ham selv og hans omgivelser (2). Men hvis han, som det forekommer, har lysere øjeblikke, skal du undersøge, om han kan have begået forbrydelsen i et sådant tidsrum (3), idet sygdom da ikke må tale til hans fordel. Finder du en sådan sammenhæng, da må du spørge os, og vi vil overveje, om han bør straffes (4), hvis han begikk sin grove forbrytelse i et øjeblik, hvor han besad fornuftens brug.¹²⁴

Som vi kommer til senere utmeisler her den romerske sentralmakten viktige prinsipper som er lett gjenkjennelige i de norrøne middelalderlovene, men også i de problemstillinger som debatteres blant rettspsykiatere og jurister i dagens domstoler. Det kan oppsummeres med følgende problemstillinger ut fra gjeldene norsk lov, jfr. tallene i sitatet fra det keiserlige brev:

1. Man må utrede mulig simulering av utilregnelighet (jfr. strprl. § 167 – rettspsykiatrisk observasjon).
2. Den utilregnelige kan utsettes for særreaksjon, både for å beskytte ham selv og samfunnet, og hvis nødvendig i lenker (jfr. strl. § 39 – tvungent psykisk helsevern).
3. Det er viktig å fastslå tidspunktet for utilregneligheten, og at den faktisk var til stede *på handlingstidspunktet* (jfr. strl. § 44).
4. Hvis han ikke var psykotisk i gjerningsøyeblikket, da kan vanlig straff overveies (ergo: ingen straffrihetsgrunn, jfr. straffbarhetsvilkårene).

¹²³ Robinson 1996:30, Waaben 1997:14.

¹²⁴ Her sitert fra Waaben 1997:14. Tallene er plassert inn for eksemplene nedenfor.

Det romerske riket gikk som kjent etter hvert i oppløsning. I den østlige del av riket konsoliderte keiser Justinian restene av det fordums store imperium, samtidig som han samlet sin etter hvert berømte lovbok, *Corpus Juris Civilus*.¹²⁵

4.5 Middelalder og romerrettens resepsjon

Studiene av de gamle romerrettslige tekstene fikk sin renessanse på 1100-tallet da man ved universitetet i Bologna og andre norditalienske universiteter fant frem og blåste støvet av de gamle lovbøkene til keiser Justinian. Dette var neppe noen tilfeldighet, men noe som skjedde som et resultat av den allmennvitenskapelige blomstringen i Nord-Italia, som fulgte etter en generell vekst i handel og samfunnsaktivitet gjennom de fremadstormende bystatene i området.¹²⁶ Disse romerrettslige lærde, kalt glossatorer og senere konsilia-torene, fikk stor innflytelse på den videre juridiske utviklingen i Europa.

I bakgrunnen for romerrettens resepsjon i Europa hadde man hele tiden hatt den kanoniske rett til stede. Kirken var en sentraltmakt som med sin rettslige autoritet over hele Europa ble en motvekt til den geografisk differensierte rettsutvikling ellers. Kirken sto da også ofte ansvarlig for strafferetten i tiden før reformasjonen. Moral og strafferett ble gjerne sett på som to sider av same sak. Saken Ragnhild Tregagås i Norge fra 1300-tallet, som vi kommer tilbake til i avsnitt 6.1.2, er et eksempel på kirkens makt og jurisdiksjon. Først etter reformasjonen ble strafferett et tema for de verdslige makter.¹²⁷ Viktig i den kanoniske rett er det subjektive ansvar som da også ble videreført til det rettslige ansvar, der viljen og sinnelag ble betont som essensielle når en vurdering skulle gjøres. Juristen Gratians tekstsamling, *Decretum Gratiani*,¹²⁸ fra 1100-tallet er kanskje den viktigste for kanonisk rett, og er en bearbeidelse av den verdslige romerrett forent med det juridiske budskap som kunne utledes av forskjellige hellige skrifter, som bibelen, og pavebrev. Her fremgår det at en gal gjerningsmanns straffrihet er fastslått ikke bare ut fra de menneskelige lover, for eksempel romerretten, men også ut fra de guddommelige

¹²⁵ Se for eksempel Anners 2011:81 ff.

¹²⁶ Ibid. kap. 7 (side 115 ff.). Det kan føyes til at behovet for et mer finregulert juridisk hjelpeverk meldte seg etter som at handelsaktiviteten igjen nærmet seg romerrikets aktivitetsnivå. Mer handel gir mer komplisert juss, og i romerretten lå det gamle regelverket klart.

¹²⁷ Waaben 1997:16.

¹²⁸ Vanlig betegnelse på den eldste kirkelige lovsamling, Gratians *Concordia discordantium canonum*, foretatt i Bologna ca. 1140. Hele *Decretum Gratiani* gikk inn i *Corpus juris canonici* i 1582, som var den katolske kirkes lovbok frem til 1918. Kilde: Store norske leksikon.

lover.¹²⁹ Med et slikt rettskildegrunnlag og en slik lovgiverkompetanse var det for middelalderens domstoler vanskelig å se helt bort fra prinsippene om straffrihet for de ”afsindige”.

4.6 Kontinentale lovrevolusjoner

Overgangen mellom det 18 og 19. århundre medførte enorme samfunnsomveltninger i hele Europa der industrielle, politiske og lovtekniske revolusjoner endret både på etablerte maktstrukturer, landegrenser og statsdannelser.

4.6.1 Code Napoléon

Det kanskje mest progressive og desidert viktigste nye lovverk fra starten av 1800-tallet var de franske lovene som ble til under Napoleon. Denne lovsamlingen sørget for at Frankrike for første gang siden romertiden ble samlet som ett rettsområde. De fem lovbøkene i *Code Napoléon* baserte seg på romerrett, fransk sedvanerett, kongelige forordninger og kanonisk rett og omfatter den egentlige sivilrett. Dens oppbygging, innhold og ikke minst lovgivningsteknikk fikk enorm betydning for rettsutviklingen i store deler av verden.¹³⁰ Artikkel 64 i *Code Pénal* – straffeloven – fra 1810 kodifiserte den franske utilregnelighetslovgivningen: ”Det foreligger ingen kriminalitet eller forseelse om den pågjeldende var i en tilstand av demens i gjerningsøyeblikket.”¹³¹ *Code Pénal* var den første moderne straffelov som innførte en generell og kategorisk utilregnelighetsbestemmelse. I likhet med lovverket *Code Napoléon* generelt, ble artikkel 64 også modell for lignende paragrafer andre steder i Europa, hvor nye straffelover ble utviklet i raskt tempo utover 1800-tallet.¹³²

4.6.2 Feuerbach og Bayern

Selv om Napoleons lovteknikk fikk store konsekvenser for lovgivningen også i Norge, var det innholdsmessig inspirasjon for den nye norske rettsstaten å hente andre steder på

¹²⁹ Waaben 1997:16.

¹³⁰ Anners 2010:212 ff.

¹³¹ Norsk oversettelse av *Code Civil* artikkel 64: ” *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.* ” Her fra Skålevåg 2012:9. Demensbegrepet må nok forstås noe videre enn den gjengse definisjon i dag.

¹³² Et eksempel på at *Code Pénal* ble kopiert er § 40 i den prussiske straffeloven, som i flere omganger var basert på den franske. Se Smidt-Recla 2000:76.

kontinentet. I Bayern sto nemlig lovreformatoren Anselm von Feuerbach bak en ny og revolusjonerende kriminallov, som ble vedtatt i 1813. Den dannet mønster for lovgivningen i flere av de andre tyske statene, og etter hvert også i det samlede Tyskland. Feuerbachs tanker og strafferettsfilosofi var en av de viktigste inspirasjonskildene for den norske kriminallov av 1842.¹³³ I artikkel 120 i den bayerske *Strafgesetzbuch* introduserte Feuerbach et slags blandet utilregnelighetsprinsipp som både beskrev helt spesifiserte ”diagnoser” og tilstander, men også mer generelle, åpne kategorier.

Art 20. Es sind daher insbesondere egen alle Strafe entschuldiget:

(...)

2) Rasende, Wahnsinnige, und überhaupt solche Personen, welche den Gebrauch ihres Verstandes durch Melancholie oder andere Schwere Gemüthskrankheiten völlig verloren und in diesem Zustande ein Verbrechen begangen haben;

3) solche, die durch Blödsinn völlig aussere Stande waren, die Folgen ihrer Handlungen richtig zu beurteilen oder deren Strafbarkeit einzusehen;

4) Personen, die durch hohen Alters Schwache ihren Verstandesgebrauch verloren habe;

5) Taubstumme (...) ¹³⁴

Som man ser her Feuerbach tidlig ute med lett igjenkjennbare formuleringer som går igjen i dagens debatt, med selvfølgelig unntak for døvstumme (punkt 5). Punkt to kan sees på som den klassiske *furiosi*, med øyeblikksanfall eller partiell galskap. Punkt tre er mer et sekkebegrep for høygradige psykisk utviklingshemmede, mens punkt fire er de demente.

Ser man på den norske utilregnelighetsregelen i kriminalloven av 1842 kan det se ut til at punktene to til fire er kokt ned til én paragraf – se avsnitt 6.3 nedenfor.

¹³³ Paul Johan Anselm von Feuerbach (1775-1833) regnes som grunnleggeren av tysk strafferettsvitenskap. Gjennom sitt arbeid med den bayerske straffelov satte han sitt preg på 1800-tallets strafferettstenking i hele Europa. Kilde: Store norske leksikon.

¹³⁴ Schmidt-Recla 2000:63.

5 Nordisk utvikling – Danmark (Norge) og Sverige

En gall Mand er gemeenligen ikke stedse gall, men haver undertiden sine Intervalla eller gode Tider, hvorudi ikke alleene gode, men ypperlige Ting kand af ham forrettes. En Taadse derimod er stedse en Taadse.

Ludvig Holberg, Holbergs epistler, nr. 463

De to nabolandene Sverige og Danmark har i dag helt forskjellig utilregnelighetslovgivning, noe som i hovedsak skyldes en ”fiks idé” fra noen italienske strafferetts-teoretikere som fant gehør for sine tanker i det høye nord.

5.1 Danmark

Jeg vil her kort ta for meg den danske utviklingen i utilregnelighetslovgivningen frem til da Norge og Danmark fikk felles konge, og den juridiske utviklingen i praksis ble felles mellom de to rikene.¹³⁵ Denne epoken blir behandlet i kapittelet om Norge.

5.1.1 Tidlig middelalder

De danske landskapslovene fra 1200-tallet er ikke ulike de tilsvarende norske, og omtaler sporadisk de ”afsindige” og deres rettstilstand.¹³⁶ I Eriks Sjøllandske Lov, som ble nedskrevet rundt 1250, er ansvaret for den avsindiges skadevoldende handlinger etter behandling på tinget overført til en verge, som gjerne var en slektning. Dette er bestemmelser som går igjen i alle de nordeuropeiske samtidige lovene fra England i vest til Sverige i øst.

Den danske utviklingen i middelalderen videre mot 1800-tallets europeiske lov-revolusjoner er beskrevet nedenfor – se avsnitt 6.2 ff..

¹³⁵ Danmark-Norge var en personalunion fra 1380 til 1660, da eneveldet ble innført og Norge gikk inn i en realunion med Danmark. ss

¹³⁶ Waben 1997:17.

5.1.2 Juss mot medisin – Ørsted og Howitz

Debatten i Danmark på tidlig 1800-tall er et bilde på den norske samtidige juridiske praksis, da det kan argumenteres for at Norge kulturelt, intellektuelt og juridisk fortsatt var tett knyttet til Danmark selv etter unionstiden var over. Norske jurister var gjerne utdannet i København,¹³⁷ og det norske intellektuelle liv var i stor grad basert på den danske virkelighet. Og i utilregnelighetsspørsmålet var den danske virkeligheten hard og frontene steile.

Den danske rettsutviklingen fra 1800-tallet og utover, etter at unionen med Norge opphørte, gir et godt bilde på utviklingen generelt i Europa. Debatten mellom juristen Ørsted og legen Howitz var bare en av mange konflikter mellom de to profesjoner i diskusjonene omkring utilregnelige lovbrøtere i deres samtid – og for de neste to hundre årene.

Juristene rådet grunnen i utilregnelighetsdebatten på starten av 1800-tallet, og i Danmark var det politikeren og høyesterettsdommeren Anders S. Ørsted som var den ledende teoretikeren.¹³⁸ Hans utgangspunkt var at straff ikke virket på de avsindige, men at det ikke var noe i veien med å sperre dem inne – men da som et sikringsmiddel og ikke som straff.¹³⁹ Straffen var forbeholdt de tilregnelige og ment som et korreksjonsredskap. Straffens effekt prelltet av på de utilregnelige.

(D)en utilregnelige forbryteren er det speilvendte bildet av opplysningsfilosofiens rasjonelle menneske. Det normale mennesket lar sine handlinger styres av forestillinger om plikt, rett og straff. Den utilregnelige forbryteren gjør det ikke.¹⁴⁰

Hvorvidt lovbrøteren virkelig var avsindig, var etter Ørsteds syn opp til dommeren å avgjøre, selv om han i noen situasjoner for så vidt kunne spørre om legens skjønn i saken. Problemet, slik Ørsted så det, var imidlertid omtrent det samme som for dagens dommere i Norge: Kunne legene si noe fornuftig om tilstanden til en lovbrøter tilbake i tid?

¹³⁷ Ett eksempel er politikeren, statsråden og juristen Christian Krogh (1777-1828), som var utdannet jurist i København. Blant svært mange offisielle oppgaver for det nye Norge etter 1814 fikk Krogh ansvaret for å utarbeide en ny straffelov. Han mislyktes og ble til slutt fratatt oppgaven, noe som førte til at han begikk selvmord. Kilde: Norsk biografisk leksikon.

¹³⁸ Anders Sandøe Ørsted (1778-1860) regnes som grunnleggeren av den ”virkelige juridiske vitenskap” i Danmark. Han hadde stor innflytelse i både Norge og Danmark på starten av 1800-tallet, og da spesielt på strafferettens side. Han kronet sin politiske karriere med å bli Danmarks tredje statsminister og den første som ble stilt for riksrett. Kilde: Store norske leksikon.

¹³⁹ Waaben 1997 beskriver inngående debatten mellom Ørsted og Howitz over hele kapittel 3 i sin bok.

¹⁴⁰ Skålevåg 2012:9-10. Han omtaler også Ørsted-Howitz-debatten inngående, blant annet med utgangspunkt i Waaben 1997.

Men det kunde jo tænkes at lægen udtalte sig om en person som han nu var, medens vidner kunne have noeget at sige om tilstanden på en handlings tidspunkt. Og hvis lægen da ikke var i stand til at foretage en sikker slutning tilbake til handlingens tid, kunne man i retten være nødt til at tage til takke med det som vitnet oplyste.¹⁴¹

Dette var den rådende holdningen i Danmark lenge. Men mot dette synet opponerte plutselig den unge legen Frantz G. Howitz. I 1824 publiserte han en artikkel i dansk Juridisk Tidsskrift som skapte bruduljer i danske juridiske kretser. Han mente juristene generelt ikke hadde noe forståelse hva et menneske var, og spesielt ikke et sinnssykt menneske. Og på strafferettens område så måtte selvfølgelig juristene spørre legene om råd når det oppsto tvil om tilregneligheten. Howitz hadde flere studiereiser bak seg, blant annet i England, Frankrike og Tyskland, hvor han hadde fått nye impulser fra en av legevitenskapens utskudd – den kontroversielle frenologien. Her dreide det hele seg om et lokaliseringsspørsmål. Galskap var en sykdom som kunne spores til organiske forandringer i hjernen.¹⁴²

Howitz' syn ble tatt dårlig imot hos de ledende juridiske kretser i Danmark, men han fikk gehør for sitt syn i Christiania (Oslo), hvor dette synet ble forelest for de kommende leger og rettsmedisinere i landet.¹⁴³

Legen Howitz gikk ikke seirende ut av denne debatten, og døde kort tid etter han hadde greid å sette de ledende danske strafferettsjuristene i kok. Men debatten viste at legevitenskapen var på vei inn og ville ha en plass inn i strafferettspleien når det kom til spørsmål om utilregnelighet. Og debatter mellom jurister og leger skulle det bli flere av. Litt over 60 år senere kom en lignende skillelinje opp mellom to markante herrer i Norge som representerte sine forskjellige profesjoner.

5.1.3 Nye straffelover

Både i 1866 og i 1930 fikk Danmark nye straffelover. Den siste gjelder fortsatt i dag. 1866-loven videreførte den eksisterende danske utilregnelighetspraksisen, men innførte også noen nye elementer. Utilregnelighet kunne for eksempel være en straffnedsettelsesgrunn, jfr. 1866-lovens § 39.¹⁴⁴ Selve hovedparagrafen for utilregnelighet var § 38, som

¹⁴¹ Waaben 1997:43. Ut fra den lett sarkastiske tonen over referatet fra debatten er det liten tvil om hvor juristen Waaben har sin sympati.

¹⁴² Skålevåg 2012:10-11.

¹⁴³ Ibid:14.

¹⁴⁴ Waaben 1997:63 ff.

utvidet nedslagsfeltet i retning av den praksis som noen år tidligere ble fastsatt i England med de såkalte *McNaughtan Rules*.¹⁴⁵

Utilregnelighetsparagrafen i 1930-loven ble til under en omfattende debatt mellom juristene og legene.¹⁴⁶ Det endte med at den omfattet både sinnssyke og de med høygradig åndssvakhet uten at dette ble forsøkt definert nærmere rent medisinsk. I tillegg omfattet § 16 en mer uspesifisert gruppe hvis tilstand ble likestilt med sinnssykdom, ikke ulik den særnorske regelen fra 1902-loven, som omfattet de som ”på grunn av mangelfull utvikling i sjelsevnen” var utilregnelige.¹⁴⁷ Paragrafen bygde på et ”innholdsløst kriterium” der det var opp til domstolen å bestemme om det skulle ilegges straff.¹⁴⁸ Denne noe uklare siste gruppen ble sett på som en sikkerhetsventil. I og med at de danske juristene anså psykiaternes diagnoser som så vidt usikre var det greit å kunne ha en paragraf med innholdsløse kriterier. Danskene hadde dermed et blandet system mellom det biologiske og psykologiske prinsipp. Dette synet overlevde også en revisjon av § 16 i 1975, og er det gjeldende per 2012.

5.2 Sveriges fjerde vei

På samme måte som Norge har en unik tilregnelighetslovgivning i verden, har også Sverige en modell nesten ingen andre rettssystemer bruker.¹⁴⁹ Sveriges løsning på tilregnelighetsproblematikken i strafferetten har siden 1965 vært å ikke ha straffrihetsparagraf, men snarere knytte det hele opp til straffereaksjonen. På den måten kan en utilregnelig lovbrøyer bli dømt ansvarlig for sine handlinger, men likevel også dømt til behandling i stedet for andre straffereaksjoner. Tilregnelighet er per i dag ikke et straffbarhetsvilkår, slik vi kjenner det for eksempel fra norsk rett. Sverige er sammen med de amerikanske delstatene Idaho, Montana og Utah,¹⁵⁰ samt Grønland¹⁵¹ de eneste som praktiserer noen lunde lignende prinsipper.

¹⁴⁵ Ibid:66-67.

¹⁴⁶ Ibid:128 ff.

¹⁴⁷ Lund 1999:766.

¹⁴⁸ NOU 1974:52.

¹⁴⁹ Se foran, avsnitt 3.3.4.

¹⁵⁰ For disse statene – se mer nedenfor avsnitt 7.5.4.

¹⁵¹ Den grønlandske kriminallov fra 1954 bygger på undersøkelser av tidligere grønlandsk rettspraksis og avviker på vesentlige punkter fra den danske straffelov – og de fleste andre kjente straffelover for den saks skyld. *Den Grønlandske Kriminallov* er i så måte helt unik i verden gjennom at den i prinsippet ikke kjenner straff som sanksjon i tradisjonell forstand. Loven inneholder heller ingen strafferammer. I stedet gir

5.2.1 Svensk tilregnelighet i middelalderen

Likhetene mellom de svenske, danske og norske landskapslovene er flere når det gjelder utilregnelighet. Slik som i Norge så var de gales handlinger og ve og vel et ansvar for familien. Familie og frender måtte sørge for at den som på tinget ble lovlig erklært sinnssyk, ikke var til skade for andre.¹⁵²

Også i Sverige ble ordet ”galen” benyttet, og rent etymologisk har ordet direkte slektskap med romerrettens *furiosi*-begrep. ”Galen” kommer fra ordet ”galdr” og ”gala” som betyr *trollsang* eller ”å synge”.¹⁵³ Her ser man altså at man i middelalderen i Norden i likhet med romere og antikkens grekere mente det var noe overnaturlig ved galskap, og at det kunne være gudene som forårsaket mental uballanse. I tillegg til begrepet *galen* brukes ordet ”avita”, som på norsk betyr noe i nærheten av ”fra vettet”.

Den store svenske lovrevisjonen av 1734 førte med seg én paragraf som omhandlet utilregnelige lovbrøyttere: ”§ 1. Dräper afwita någon; böte the honom eller henne wårda skulle, tiugu daler, målsägandens ensak.”¹⁵⁴ Drap av utilregnelige var en pekuniær sak. Hvorvidt det var straffrihet eller at utilregnelighet var en formildende faktor, er dog noe uklart.¹⁵⁵ Denne paragrafen er alt som finnes i svensk lovgivning om utilregnelige frem til den nye straffeloven kom i 1864.¹⁵⁶ I forarbeidene til 1734-loven lå det imidlertid flere mer vidløftige lovforslag til grunn med utgangspunkt i eldre lover, uten at disse ble realisert.

5.2.2 Mot utilregnelighetens avskaffelse

Den 9. mars 1826 ble det sendt ut et kongelig brev til Sundhets-Collegium som fastslo at alle lovbrøyttere som mistenktes for å være psykisk syke skulle undersøkes av lege.¹⁵⁷

den adgang for at retten kan velge den sanksjon som den finner best egnet til å få den kriminelle til å holde seg vekk fra ny kriminalitet. For mer info – se Høigård 2007.

¹⁵² Tillräknelighet 2009:60. Her tas det utgangspunkt i *Upplandslagen*, som ble kongelig stadfestet av kong Birger Magnusson i 1296. *Upplandslagen* ble til gjennom omfattende forarbeider og kan sees på som en resepsjon av europeisk lovgivningsideologi med både kirken og romerretten sterkt fremtredende. *Upplandslagen* fikk stor betydning for alle senere lovverk ellers i Sverige, og var også lenge gyldig i Finland. Se Anners 2011:163 ff.

¹⁵³ Tillräknelighet 2009:59.

¹⁵⁴ Fra nettstedet www.historiesajten.se. Missgärningabalkens 32 kap. 1 §.

¹⁵⁵ SOU 2012:17:504.

¹⁵⁶ Tillräknelighet 2009:63.

¹⁵⁷ Ibid:64.

Denne dagen regnes som rettspsykiatriens fødselsdag i Sverige. Innholdet i brevet foreskrev videre at legens uttalelse i saken skulle overleveres til et Sundhetskollgium, som igjen skulle gi en uttalelse. Ble den tiltalte kjent utilregnelig, skulle så ikke domstolene gi dom i saken, men den utilregnelige lovbrøyteren skulle overleveres direkte til myndighetene, som i praksis gjerne betydde å bli sluppet fri.¹⁵⁸

Strafflagen av 1864 var ikke ulik sine nabolands straffelover ved å ha absolutt straffrihet for personer som var "avvita" eller som var berøvet forstandens bruk ved sykdom eller alderdomssvakhet. Ordlyden her begrenset straffriheten til mennesker med mangler på det intellektuelle området, noe som førte til at loven ble foreldet etter hvert som begrepsapparatet, det vil si den psykiatriske vitenskapen, utviklet seg.¹⁵⁹ Videre kunne det også innrømmes straffereduksjon for de som delvis manglet "förståndets bruk". Terminologien med tilregnelige og utilregnelige kommer også for første gang inn i loven.

Rundt århundreskiftet var bestemmelsene i utilregnelighetslovgivningen i ferd med å bli utdaterte, mente mange. Den fremste kritikeren var Sveriges første professor i rettspsykiatri, Olof Kinberg (1873-1960). Han kritiserte til og med begrepet tilregnelighet, som ifølge ham inneholdt "en hel del föreställingselement av teologisk-metafysisk natur".¹⁶⁰ Han mente termen tilregnelighet både for teoretisk og praktisk bruk var helt udugelig. Videre mente Kinberg at det ikke finnes psykologiske unntakstilstander som opphever den sosiale ansvarligheten for enkeltpersonenes egne handlinger.¹⁶¹ Medisineren Kinbergs syn var inspirert av tanker fra utlandet, men han skulle snart også få en viktig alliert på hjemmebane, som til alt overmål var en jurist. Sosialdemokraten Karl Schlyter (1879-1959) hadde flere viktige posisjoner, blant annet som justisminister i tiden 1932-36, og han støttet opp under Kinbergs tanker. Schlyter var en progressiv kriminalpolitiker som mente alt for mange satt i fengsel. Han fikk utover 1940- og -50-tallet viktige roller i utformingen av svensk straffelovgivning, og dermed også satt sitt preg på utilregnelighetslovgivningen.¹⁶²

I 1945 var tiden inne for en revidering av straffrihetsreglene. Nå var det ikke straffrihet bare for "sinneslöhet", men også for sinnssykdom og "annan själslig abnormitet av så

¹⁵⁸ Ibid:65.

¹⁵⁹ NOU 1974:17:33.

¹⁶⁰ *Tillräknelighet* 2009:71.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid:76.

djupgående natur att den måste anses jämnställd med sinnessjukdom”, jfr. § 5 i den svenske straffeloven. Samtidig ble det innført et kausalitetskrav der det måtte være sammenheng mellom den avvikende psyke og lovbruddet.¹⁶³

Dette var ikke uvanlige bestemmelser for straffrihet sammenlignet med andre rettsstater som Sverige kunne sammenligne seg med. Men da den nye svenske straffeloven av 1965 trådte i kraft var det med utilregnelighetsregler som nær ingen andre land praktiserte. Man holdt riktig nok på de samme kategoriene for psykiske forstyrrelser som fra reformen av 1945, og man beholdt kravet til kausalsammenheng mellom abnormtilstanden og lovbruddet. Men det nye var at lovbruddene begått av slike personer ikke ble erklært straffrie. Den nye brottsbalken forskrev i stedet hvordan reaksjonen mot den ”sindssyke lovovertræder” skulle være, for eksempel ”överlämnande till särskild vård”. Utilregnelighetsreglene ble avskaffet da svenskene mente de hadde utspilt sin rolle.¹⁶⁴ Dette var tanker som Kinberg og Schlyter hadde fått med videre inn i den nye straffeloven. Kinberg var sterkt inspirert av blant annet teoriene til italienerne Enrico Ferri og Cesare Lombroso.¹⁶⁵ Poenget var blant annet at her skulle man mer se på hva som lå bak lovbruddet enn hva skyldprinsippet skulle tilsi. En forbrytelse var ifølge de italienske teoretikerne som et naturfenomen, og ikke et spørsmål om moral. Tanken var den at mennesket ikke velger, da man ikke har fri vilje, og dermed kan man ikke lastes for sine handlinger.¹⁶⁶ Videre tenkte man da at hvis ingen kunne tilskrives skyld skulle alle dømmes til ansvar – syke som friske. Men mentalt syke lovbrøyttere skal i følge svensk lov altså *ikke* dømmes til fengsel.

Rent praktisk medførte muligens ikke lovendringen stor forskjell for de sinnssyke lovbrøytterne, men den viste en helt annen prinsipiell holdning til problemstillingen enn for eksempel sine naboland.¹⁶⁷ Filosofisk og moralsk er dette likevel noe som det i stadig større grad har blitt reist spørsmål ved. Skal en person som ikke er tilregnelig og for syk til å forstå hva han driver med likevel være strafferettslig ansvarlig?

¹⁶³ SOU 2002:3:166 og SOU 2012:17:504.

¹⁶⁴ SOU 2002:3:166.

¹⁶⁵ For mer om Lombroso og Ferri, se note 220.

¹⁶⁶ Rose 2012:20.

¹⁶⁷ Se for eksempel NOU 1974:17:33.

5.2.3 Tilbake til start

I 1991 kom en ny straffelovsreform som harmoniserte reglene mot lov om tvungen psykisk helsevern (tvångsvårdslagstiftningen).¹⁶⁸ Tilregnelighetsformuleringen i Brottsbalken ”sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annen sjælslig abnormitet av så djupgående natur att den måste anses jämställd med sinnessjukdom” ble til ”allvarlig psykisk störning”, slik ordlyden også i den andre loven ble. I tillegg ble prinsippet om fengselsforbud for lovbrøtere med ”allvarlig psykisk störning” grundig fastslått. Her er kravet en kausalsammenheng mellom sykdom og handling. Bare få år etter 1991 ble likevel denne fengselsforbudsregelen utfordret.

Som vanlig er det den brutale virkeligheten som får debatten om systemet i gang, og også noe som resulterte i lovendringer. Etter en kveld ute på byen gikk den 24 år gamle fenriken Mattias Flink sommeren 1994 amok med et militært skytevåpen i Falun.¹⁶⁹ Han drepte syv personer og skadet ytterligere tre andre. Flink ble bedømt til å være psykotisk under drapene, men under rettssaken et halvt år senere var diagnosen at han var helt frisk. Å plassere Flink under psykiatrisk behandling, slik loven foreskrev, var da meningsløst, samtidig som han etter loven hadde fengselsforbud siden han hadde vært utilregnelig under drapshandlingene. Dette var et paradoks for mange, også for de svenske offentlige utrederne.

Bestämmelsen i 30 kap. 6 § BrB (fängelseförbudet) kan leda till att ingen tillräckligt ingripande påföljd kan dömas ut. Om någon begått ett brott under påverkan av en allvarlig psykisk störning, får påföljden inte bestämmas till fängelse. Men om det vid domstillfället inte längre föreligger någon allvarlig psykisk störning, kan påföljden inte heller bestämmas till rättspsykiatrisk vård. Detta är otillfredsställande och gör att det ibland är svårt att hitta en lämplig och tillräckligt ingripande påföljd, särskilt om brottet är allvarligt. Begås t.ex. flera mord, är det inte rimligt att de enda påföljder som kan komma ifråga är villkorlig dom eller skyddstillsyn.¹⁷⁰

Det hele endte likevel med at Flink fikk livstidsstraff, noe som har ført til en omfattende debatt rundt utilregnelighetslovgivningen og praktiseringen av den. Hvordan domstolene greide å unngå fengselsforbudet, har også vært debattert. Blant annet Flink-saken har

¹⁶⁸ SOU 2002:3:144.

¹⁶⁹ NJA 1995 s. 48. Andre eksempler fra svensk strafferett som har skapt debatt i Sverige er blant andre sakene NJA 2001 s. 899 (problemstillingen rundt fengselsforbud for en mann som hadde begått flere tilfeller av grov vold og voldtekter), og det såkalte Rödbymålet hvor en mann unngikk fengsel etter han i 2007 skjøt og drepte en 15-åring og skadde en annen – se RH 2008:90 (og Blekinge TR, B 2082-07), og ikke minst saken etter drapet på minister Anna Lindh i NJA 2004 s. 702 (Mihailovic).

¹⁷⁰ SOU 2012:17:302-303.

bidratt til at Sverige i ettertid har gjort lovendringer som gjør at selv utilregnelige kan få fengselsstraff i visse tilfeller hvor svært alvorlige forbrytelser har blitt begått.¹⁷¹

En ny SOU ble presentert i 1996, der utvalget bak rapporten foreslo å gjeninnføre tilregnelighet som straffevilkår i svensk rett,¹⁷² og problematikken rundt gjerningsmenn med rusutløste kortvarige psykoser, som Mattias Flink ble antatt til å ha hatt, ble også debattert.

I 1999 ble det nedsatt et nytt lovutvalg som produserte den svært så omfangsrike rapporten SOU 2002:3. Også dette utvalget foreslo å gjeninnføre utilregnelighetsregler i Sverige.

Vi föreslår att tillräknelighet eller ansvarsförmåga åter blir ett krav för straffrättsligt ansvar. Tillräknelighetsregeln utformas restriktivt. Den kommer därför att träffa en mindre grupp än den som i dag omfattas av det s.k. fängelseförbudet i 30 kap. 6 § BrB. Ansvarsfrihet föreligger enligt den föreslagna regeln, om gärningsmannen till följd av en allvarlig psykisk störning, en tillfällig sinnesförvirring, en svår utvecklingsstörning eller ett allvarligt demenstillstånd saknade förmåga att förstå innebörden av sin gärning eller att anpassa sitt handlande i enlighet med en sådan förståelse.¹⁷³

I april 2012 kom en rundt 1200 sider lang SOU med tittelen ”Psykiatrin och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd”. Denne viderefører forslagene fra tidligere svenske utredninger om å gjeninnføre tilregnelighet, men ikke som et rendyrket medisinsk prinsipp.

Detta innebär att en gärning inte ska utgöra brott om den begås av någon som till följd av en allvarlig psykisk störning, en tillfällig sinnesförvirring, en svår utvecklingsstörning eller ett allvarligt demenstillstånd saknade förmåga att förstå gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig. Inte heller ska en gärning utgöra brott om gärningsmannen hade en sådan förmåga men till följd av en allvarlig psykisk störning, en tillfällig sinnesförvirring, en svår utvecklingsstörning eller ett allvarligt demenstillstånd saknade förmåga att anpassa sitt handlande efter den.

(...)

Bedömningen av frågan, om gärningsmannen var tillräknelig, kommer i huvudsak att ske mot bakgrund av ett utlåtande över en rättspsykiatrisk undersökning. Man kan säga att det kommer att råda en presumtion för att gärningsmannen var tillräknelig när han eller hon utförde gärningen.¹⁷⁴

Nå ligger denne tykke rapporten på bordet til svenske politikere, og alt tyder på at Sverige nå snart 50 år etter at tilregnelighetskriteriet forsvant ut faktisk går tilbake til systemet

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² SOU 1996:185:518.

¹⁷³ SOU 2002:3:20

¹⁷⁴ SOU 2012:17:41.

landet hadde tidligere. De italienske strafferettsteoretikerne Ferri og Lombroso, og deres to tilhengere Olof Kindberg og Karl Schlyter, har satt sine juridiske spor i Sverige.

”En svensk ökenvandring är över” fastslår professor i rettspsykiatri, Sten Levander, overfor Svenska Dagbladet i anledning lovforslagene som sannsynligvis vil bringe svensk tilregnelighetslovgivning tilbake til europeisk standard.¹⁷⁵ Levander er ikke nådig mot den svenske varianten, som han stempler som et vanvittig eksperiment, ”utgått fra sosialdemokratiets ideologi, uten respekt for filosofien og psykiatrien”,¹⁷⁶ og hvor Sverige befinner seg på et nivå før Aristoteles.¹⁷⁷

Blir forslagene i SOU 2012:17 vedtatt er det bare ett land igjen i den vestlige verden som har sin egen helt spesielle lovgivning for utilregnelige lovbrøyttere.

¹⁷⁵ Eriksson 2012.

¹⁷⁶ Levanders utsagn er interessant i lys av at de to protagonistene for den svenske modellen. Kinberg var psykiater og Schlyter var sønn av en filosof og hadde selv filosofiutdanning i tillegg til juss.

¹⁷⁷ Skjeldal 2012:17.

6 Tilregnelighet i Norge

*Spørgsmaalet om det rette Forhold mellem Sindssygdøm og strafferetlig Utilregnelighed har saavel i andre Lande som hos os været ivrig drøftet og er i sig selv af en meget vanskelig og indviklet Art.*¹⁷⁸

Forarbeidene til 1902-loven

Det går en ubrutt linje fra de første muntlig overførte utilregnelighetsregler fra det trønderske Frostatings lovområde for minst 1000 år siden til dagens bestemmelser i norsk og til dels dansk rett. Innholdet i reglene har mange likhetstrekk, selv om samfunnsendringene har vært.

Det er først ved innføringen av kriminalloven av 1842 at de første detaljerte reglene for hvilke psykiatriske tilstander som skulle kvalifisere til straffritak ble lovfestet. Det var da det biologiske prinsipp for første gang ble offisielt tatt i bruk gjennom at ”Galne og afsindige” skulle fritas for straff uavhengig om det var en sammenheng mellom det kriminelle lovbrudd og den mentale helsetilstanden. Men lenge før denne kodifiseringen i 1842 hadde man i Norge varianter av et utilregnelighetsinstitutt, som dog delvis gikk ut på å holde utilregnelige *utenfor* det etablerte juridiske system enn å kjøre dem gjennom domstolenes kvern.

6.1 Landskapslovene og kodifiseringen

Tilregnelighetsspørsmålet var del av de gamle norske landskapslovene, som ble formalisert og nedskrevet fra rundt 1050 og i årene fremover. Innholdet i disse lovene/reglene baserer seg delvis på de langt eldre muntlige lovene, som ble overlevert nettopp muntlig fra generasjon til generasjon, og som kan dateres enda flere hundre år tilbake før de eldste

¹⁷⁸ Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbejdet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885, side 65.

norske lovbøkene ble til.¹⁷⁹ De eldste regelsamlingene som for eksempel Frostatingsloven er dog ikke en lovbok i moderne forstand av ordet, men mer en rettsbok. Reglene ble ikke gitt av en lovgiver, men formet gjennom lang tids bruk. Man kan derfor spore rettsregler i de gamle landskapslovene tilbake til flere hundre år før slaget på Stiklestad i 1030.

Disse lovene, som for eksempel Frosta- og Gulatingsloven, ble praktisert på de årlige tingene rundt i Norge, der alle våpenføre menn møttes og avgjorde tvister, diskuterte politikk og sannsynligvis også religion. De norske landskapslovene viser flere lag av rettsutviklingen i Norge på begynnelsen av forrige årtusen. De eldgamle praksisene med selvtelt, hevn og ættestrid viker etter hvert for en mer overordnet rettsutøvelse på årlige ting. Reglene og lovene spaltes mellom en sivilrettslig erstatningsrett med fastlagte bøter til den fornærmedes slekt og til en strafferett som var uttrykk for den gryende statsmakts bestrebelse for å sikre sin egen eksistens og også fred og orden i landet.¹⁸⁰

Etter hvert som kristningen av Norge tok til, med for eksempel kongene Olav Trygvasson¹⁸¹ og Olav Haraldsson¹⁸², kom også kirken med dens kanoniske retts-tradisjonen inn i de gamle norske lovene. I den kanoniske rett forenes bibelens lære med romerrettens høyt utviklede teknikk og begrepsbruk. Med i denne intellektuelle bagasjen hadde også den kirkelige lære innflytelse fra Aristoteles og annen klassisk etikk ideene om den frie vilje og de subjektive elementer i læren om rettslig ansvar.

De to nevnte kongene Olav og Olav var begge døpt og kristnet i Europa, og begge oppholdt seg mange formative år på kontinentet og i England der impulsene fra nettopp den kanoniske og middelhavskulturene hadde fått sterkt fotfeste. Med seg fikk de kristendom og kristenrett både som egen ”software”, men også gjennom medbrakte prester og biskoper, som da noe upresist var datidens skriftlærde og akademikere. Denne kulturelle utvekslingen kom til å sette sitt preg på de norske landskapslovene. Både kongen og kirken visste å utnytte sin kunnskap. Lovbøker ble også brukt for å fundamentere maktbasen til begge i til dels gjensidig forståelse og nytte, men også i en knallhard maktkamp dem imellom. Og som vist overfor var det allerede i den tidlige romerretten

¹⁷⁹ Se for eksempel Anners 2011:154 ff.

¹⁸⁰ Waaben 1997:17.

¹⁸¹ Olav Trygvasson, konge i Norge fra ca. år 995 til 1000.

¹⁸² Olav Haraldsson, aka ”den hellige”, var konge i Norge fra 1015 til 1028. Drept på Stiklestad i 1030, etter det som kan ha vært en lovhjemlet plikt for alle frie bønder til å drepe en konge som har gjort ”valdsverk mot andre”, jfr. bolk IV, artikkel 50 i Frostatingsloven.

tradisjon for å se på åndssvake med et mildere syn innenfor strafferetten, og romerretten fikk utover middelalderen stadig mer å si for rettssystemene spesielt i det kontinentale Europa.

6.1.1 Frostatingsloven og "å vera óðr"

Jeg vil her se nærmere på Frostatingsloven, hvis bestemmelser i tilregnelighetsspørsmålet i det store bildet er sammenfallende med Gulatingsloven. Frostatingsloven slik ettertiden kjenner den ble til rundt 1260¹⁸³, og er dermed eldre¹⁸⁴ enn Magnus Lagabøtes landslov,¹⁸⁵ som all vesentlighet bygger de forutgående landskapslovene i Norge. I begge lovene finner vi en kristendomsbolk og en mannhelgbolk. Sistnevnte tar for seg spørsmål om personlig trygghet. I begge disse bolkene, som er for lovkapittel å regne, finner vi spørsmålet om *óðs mannz*, eller *galen manns* gjerninger, tematisert.

Ett eksempel i Frostatingsloven er i bolk III artikkel 3, som er kristendomsbolken, som omhandler straff for seksuelt samvær mellom personer som er nærmere i slekt enn det loven tillater på dette området. Begge parter ville ifølge Frostatingsloven da være straffskyldige og miste alt de eier, beleilig nok til biskopen. Men her er det et unntak hvis mannen "bryt seg or band eller folk veit for visst at det har vore sett vitløyse på han før og

¹⁸³ Hagland 1994:XXX.

¹⁸⁴ Historikeren Jørn Sandnes og norrønfilologen Jan Ragnar Hagland slår fast at Mannhelg-bolken i Frostatingsloven uten tvil stammer fra de eldste versjoner av de inntrønderske lover, jfr Hagland 1994:IX ff. De nedskrevne lovene kan da være så gamle som fra siste halvdel av 1000-tallet. At det fantes skriftelige lover i tiden før det regnes som tvilsomt, men muntlige lover har med stor sannsynlighet eksistert. Dette er sannsynligvis de eldste norske tilregnelighetsbestemmelsene vi med rimelig sikkerhet kan si har eksistert.

I form har de første lovene dog sannsynligvis vært opptegnelser av mer privatrettslig karakter, noe som også er betegnende for kriminaljustisen på denne tiden. Vi har med en privatisert strafferettspleie å gjøre. En sentralmakt med monopolisert rett til å bruke vold eksisterte ikke, men likevel har man allerede på 1000-1100 tallet relativt intrikat kriminallovgivning på alt fra tyveri via drap, incest til "kjønnsleg omgang med bufe" og voldsmenns plikt til å betale sykepengen frem til det er skorpe på sårene. Vi ser at bestemmelsene i både Frostatings- og Gulatingsloven har vært holdbare og levedyktige. Vi møter igjen storparten av bestemmelsene i den senere middelalderlovgivningen, og man må langt ut på 1800-tallet før de store lovreformene kom på plass både i Norge og Danmark. Men sporene etter de gamle landskapslovene er fortsatt å finne i dagens lovverk.

¹⁸⁵ Magnus VI Lagabøtes landslov var en samling av de fire norske landskapslovene Frostating, Gulating, Borgarting og Eidsivating, samt noen egne bylover. Også denne landsloven inneholder naturlig nok bestemmelser om tilregnelighet. Loven var som navnet sier gyldig for hele Norge, og kongen fikk da også navnet "Lagabøte" ut fra at det betyr den som gir/forbereder (bøter) lover. Magnus var kongen fra 1263 til 1280. Landsloven ble til rundt 1274-76 og var gjeldende rett i rundt 400 år. Loven ble i praksis videreført av den dansk-norske kongen Christian IV, som fikk loven revidert og oversatt til dansk i 1604. Først i 1687 ble loven opphevet og erstattet av Christian Vs Norske lov. Samlingen av loven styrket sentralmakten og var viktig i oppbyggingen av kongemakten i Norge. Se digital utgave av *Norges gamle love indtil 1387* på: <http://da2.uib.no/cgi-win/WebBok.exe?slag=lesbok&bokid=ngl2>

etteråt”. Det å ”bryta seg or band” var det rettslige uttrykke for folk som var satt fast på grunn av galskap.¹⁸⁶ Uttrykket på norrønt er ”*å vera óðr*”,¹⁸⁷ som kan defineres som vill, rasende eller gal, og dermed er ikke ulikt det vi fra romerretten kjenner som *furiosi*. Hvis det var snakk om galskap her, kan man gå ut fra at reaksjonen endte med straffrihet.¹⁸⁸

Men å være *óðr* (gal) hadde også sine strafferettslige implikasjoner i mer alvorlige handlinger. I Frostatingslovens artikkel 31, bolk IV, finner man en tidlig versjon av straffrihet for drap: ”Om ein far vert så galen at han drep son sin, eller sonen far sin, eller bror sin, då skal han fara or landet i utlegd og aldri komma att i landet. (...)”.¹⁸⁹ Her ser man at det nærmest er automatikk i å diagnostisere familiedrap som galskap (*å vera óðr* eller *furiosi*), noe som må sees ut fra familiens posisjon i datidens samfunn. Dette var ættesamfunnets tid hvor familien og ætten sto sentralt i ett og alt. Skjedde det først et familiedrap fikk drapsmannen 14 dager om sommeren, alternativ en måned på vinteren, til å pakke sammen sine eiendeler og å komme seg ut av landet. Dette vel å merke etter at gjerningsmannen i ettertid hadde kommet ”til vitet”. Først da ble han strafferettslig ansvarlig, og måtte da ta straffen i form av tvangsutsendelse med alle sine eiendeler ut fra landet. Skulle galskapen mot formodning vedvare for gjerningspersonen, er det god grunn til å tro at straffen ville være inndragning av alle eiendeler.

Videre i Frostatingslovens artikkel 31 slås det fast at det er familien som må legge gjerningsmannen i band og også sørge for at han forblir der – se sitat nedenfor. Også her ser vi at familien har det fremste ansvaret i strafferettspleien. I artikkel 32 heter det at familien også er økonomisk ansvarlig og måtte dermed ”syta for sårbøter og sjukepengar” til offeret, og at hvem som helst kunne ”arrestere” en ”galen mann” for så å fremsette ham på tinget til hva vi i dag vil karakterisere som tvungen psykisk helsevern der hans egen familie måtte ta vare på ham.

Naturlig nok fantes det ikke på denne tiden medisinsk sakkyndige som kunne diagnostisere den som ble mistenkt for å være gal. Dette spørsmålet kan synes som at ble overlatt til hvem som helst, og at det i de aktuelle tilfellene ble regnet som helt selvinnyttende når dette inntraff. Dette gjenspeiles også i at hvem som helst kunne innbringe den ”galne” og

¹⁸⁶ Se note 17 i Hagland 1994:220

¹⁸⁷ Ordet ”*óðr*” er beslektet med det moderne norske ordet ”ør”.

¹⁸⁸ Hagland 2012

¹⁸⁹ Her fra Hagland 1994:31.

fremstille han for det kompetente organ, nemlig tinget. Dette var datidens *habeas corpus*, og det er da heller ikke usannsynlig at denne praksisen er plukket opp fra romerretten.

Og om nokon ser galskap på ein mann, då kan den som vil, binda han utan straff og taka han til tings og be frendane hans taka han. Han skal løysa han der og seia seg frå sitt ansvar. Og alle galne menn skal menn taka vare på utan straff, og galen mann er arvingens myndling, men han vert ikkje myndling under arvingen sin før denne veit at han er galen, og arvingen kan leggja honom i band om han vil.¹⁹⁰

Ser man for eksempel på Dansk Lov fra 1683 er det en slående likhet med Frostatingsloven på dette området, for eksempel i artikkel 1-19-7.¹⁹¹

Ser man så nærmere på de trønderske tusenårige tilregnelighetsreglene, ser man at det ikke er snakk om utpregede brutale og inhumane bestemmelser, spesielt sammenlignet med strafferettsmetodene som ble innført senere i middelalderen. En populærvitenskapelig myte kan sies å være at Norge i vikingtiden var et brutalt og hardt samfunn. På enkelte områder kan nok det stemme, men studerer man for eksempel Frostatingsloven ser man at det ofte dreier seg om praktiske bestemmelser som i stor grad tar hensyn til fredlig sameksistens. De reglene som omhandler hva vi i dag vil kalle utilregnelighet viser en human måte å behandle de ”galne” lovbrøyttere på, og det hele bunner jo sannsynligvis også opp i rent praktiske hensyn. Man ville jo ikke ha åpenbart mentalt forstyrrede personer, med det skadepotensialet disse utgjorde, i fri flyt rundt omkring. Da var det bedre å eksportere problemet ut av landet.

Galskapen disse lovbrøytterne hadde diskvalifiserte dem til de ordinære straffereaksjonene, som da gjerne var bøter og økonomisk oppreisning til offerets familie, eller i ytterste konsekvens fysisk avstraffelse eller sogar dødsstraff. Men det er viktig å merke seg at helt straffri gikk likevel ikke de ”galne” etter reglene i Frostatingsloven. Landsforvisning var sannsynligvis en hard straff å få for datidens utilregnelige lovbrøyttere.

Magnus Lagabøters Landslov videreførte bestemmelsene i landskapslovene omkring de ”galne” lovbrøytterne. Hvor mye brukt disse reglene faktisk var er vanskelig å vite, men bare det at bestemmelsene ble med videre fra (sannsynligvis) muntlige lovtradisjoner, via de første skrevne utgaver av Frostatingsloven og over i Landsloven, tyder på at det var praktiske bestemmelser som var formålstjenelige og nyttige å ha.

¹⁹⁰ Frostatingsloven bolk IV, art. 32.

¹⁹¹ For sammenligning - se for eksempel Dansk Lov i Waaben 1997:21.

Det er vanskelig å finne dokumentert hvordan disse lovene ble praktisert, og hvilken galskap man måtte ha for å kunne få en slik mildere reaksjon etter for eksempel å ha begått et drap. Høyer definerer ”galen” som en psykotisk tilstand ”svarende til et manisk sykdomsbillede (raseri)”.¹⁹² Filologen Hagland henger seg ikke opp i de medisinsk-juridiske termene, og konstaterer at definisjonene og linjene var klarere i tidlig middelalder:

Mellomalderens rettstenking opererte med klare kategoriar og opna ikkje for tvil om ein drapsmann var óðr eller ei. Var han óðr, eller œði (galskap) kunne fastslåast, var det heller ikkje tale om straffefridom i alle tilfelle.¹⁹³

Datidens rettsmedisinere var gjerne tingmenn eller den generelle fornuften i befolkningen. De klare kategoriene Hagland gjør rede for finner vi også igjen i romerretten, og mye kan tyde på at man faktisk måtte være relativt mye mentalt avvikende for å kunne kvalifisere for den nødvendige galskap som ga straffrihet eller straffreduksjon. Det kan synes som tvilen *ikke* kom tiltalte til gode i tilregnelighets-spørsmålet.

6.1.2 Tilfellet Tregagås

Den første kjente utilregnelighetsdommen i Norge regnes å være saken mot Ragnhild Tregagås, som ble presentert helt i starten av oppgaven.¹⁹⁴ Hun var som nevnt en gjenstand for det man kan betrakte som en tidlig hekseprosess i Norge. I så måte kom Tregagås relativt heldig fra det hele, i og med at hun ble kjent utilregnelig.

I stedet for dødsstraff ble Tregagås dømt til å faste på vann og brød et par ganger i uken, samt visse andre dager i løpet av året. Dessuten fikk hun ultimatum om å dra på en syv år lang pilegrimsferd til hellige steder utenfor Norge. Etterkom hun ikke kirkens dom, ville saken bli overlatt de verdslige myndigheters straffesystem hvor hun ville bli betraktet som skyldig i tilbakefall til kjetteri.

Saken er interessant på flere måter. Landslovens utilregnelighetsbestemmelser dreide seg strengt tatt utelukkende om drap, men i tilfellet Tregagås kan man utlede at særbehandlingen ble oppfattet som et utslag av et alminnelig prinsipp som kunne brukes

¹⁹² Høyer 1985:14.

¹⁹³ Hagland 2012.

¹⁹⁴ Se side 1. Her baseres historien på Store norske leksikon.

analogisk på andre handlinger. Videre blir det antydnet at det ikke bare var diagnosen ”galen” (altså den psykotiske tilstand – mani, raseri eller *furiosi*) som var kriteriet, men at også andre sinnslidelser kunne komme i betraktning.¹⁹⁵

Hvilken mental lidelse hadde så Ragnhild Tregagås? Psykiateren Johan Scharffenberg¹⁹⁶ mente i 1899, ut fra de sparsomme opplysningene man sitter med, at hun led av ”hysteri” og at hun ikke var psykotisk i gjerningstidsøyeblikket.¹⁹⁷ Det stemmer i så fall godt overens med den utvidende tolkningen av landslovens utilregnelighetsparagraf.¹⁹⁸

Den juridiske utviklingen i Norge utover middelalderen ble etter hvert mer og mer dominert av dansk rett etter at kongefellesskapet i Kalmarunionen var et faktum.¹⁹⁹ Andre viktige hendelser for rettsutviklingen var naturligvis også reformasjonen, som førte til at kirken mistet mye av sin juridiske og verdslige makt. Dette førte etter hvert til at monarkiet ble den naturlige lovgivende (og utøvende) myndighet.

6.2 Danmark-Norge – Norske Lov av 1687

Årene rundt og etter svartedauen var bokstavelig talt en dødtid for store deler av Europa, inkludert mye av rettsutviklingen i Danmark-Norge. Det var først med den dansk-norske kongen Christan IVs lov av 1604 at man fikk et nytt lovverk å forholde seg til i kongeriket Norge. Skjønt, spesielt nytt var det ikke. Loven av 1604 baserte seg på de gamle norske landskapslovene og Magnus Lagabøtes landslov, og var dermed en dansk oversettelse av de gamle middelalderlovene fra Norge. Det skulle gå nesten ytterligere 80 år

¹⁹⁵ Høyér 1985:14.

¹⁹⁶ Ragnhild Tregagås var ikke det eneste psykiatriske tilfellet legen, psykiateren, kriminologen og samfunnsdebattanten Johan Scharffenberg (1869-1965) diagnostiserte. I sin svært aktive yrkeskarriere var han en av Norges oftest benyttede rettsoppnevnte psykiatere. Scharffenberg gjorde seg bemerket ved allerede i 1933 å fjerndiagnostisere Adolf Hitler som ”paranoid psykopat, profet på grensen til sinnsykdrom” i sin serie på 16 (sic!) kronikker om den tyske førerens mentale helse i Arbeiderbladet. Se for eksempel Lavik 2001, og Søybe 2010.

Sånn apropos kan det synes som denne virksomheten med fjerndiagnostisering i både tid og rom av mennesker var en trend blant psykiatere i Norden tidlig på 1900-tallet. I Danmark publiserte for eksempel psykiater Hjalmar Helweg på tidlig 1900-tall tre bøker der han dissekerte psyken til tre av de aller største åndshøvdingene i 1800-tallets Danmark, nemlig Søren Kirkegaard, Nicolay F. S. Grundtvik og H. C. Andersen.

¹⁹⁷ Høyér 1985:14.

¹⁹⁸ Det er selvfølgelig også godt mulig at biskopen i Bergen, som sto for prosessen mot Tregagås, slett ikke hadde bruk for sekulær juridisk ryggdekning i landslovens utilregnelighetsparagrafer og at det hele gikk for seg etter mer frirettslige vurderinger.

¹⁹⁹ Kalmarunionen var en unionsavtale mellom Norge, Sverige og Danmark fra 1389 til 1521.

før noe substansielt skjedde, og da etter en omfattende samfunnsomveltning i det dansk-norske statsapparatet.

I 1661 ble det nedsatt en lovkomité i Danmark for å utarbeide en ny lov som følge av det nyetablerte kongelige eneveldet²⁰⁰ medførte at lovgivningen på mange områder ikke harmonerte med endringene som den eneveldige statsskikken medførte. Etter et omfattende arbeid, masse uenighet, flere lovkomisjoner og skifte av konger, fikk Danmark endelig sin nye Danske lov i 1683. I sluttfasen forut av dette lovarbeidet ble det også nedsatt en lovkomité som skulle se på en norsk versjon av samme lov. Det endte med den Norske lov av 1687, som i all vesentlighet er identisk med den Danske lov fra fire år tidligere. En del særnorske bestemmelser ble tatt inn,²⁰¹ men lovparagrafene som er relevante for utilregnelighet var like.

6.2.1 "Vildelse og raseri"

De to dansknorske lovene inneholdt to bestemmelser/paragrafer hvor mentalt avvik står sentralt. De to bestemmelsene kunne gjerne kombineres av dommerne ved behov, og også brukes utvidende på områder som fulgte deres ordlyd.²⁰² Bestemmelsene lyder som følger:

Bestemmelse 1-19-7:

Findes nogen rasende, eller galind, da må, hvem der vil, ham binde, og føre ham til tinge, og tilbyde hans frænder ham, og de er pligtige at forvare ham, såfremt de have middel dertil.

Hvis ikke, da bør øvrigheden at sætte ham i forvaring.

Bestemmelse 6-6-17

²⁰⁰ Eneveldet i Danmark-Norge ble innført under Frederik III i 1660 etter en serie politiske uroligheter i Danmark, blant annet som følge av tapet av Skåne, Halland, Blekinge og Båhuslen til Sverige. Eneveldet besto for Norges vedkommende inntil 1814. I Danmark varte eneveldet inntil det opphørte ved en fredelig revolusjon i 1848 etter Christian VIIIs død. Eneveldet, eller det absolutte monarki, er en politisk doktrine der ubegrenset, sentralisert makt og absolutt suverenitet er gitt til en monark. I dag vil sannsynligvis enevelde bli definert noe i nærheten av diktatur. Kilde: Store norske leksikon og Den Danske Store.

²⁰¹ Den Norske Lov inneholdt en rekke særbestemmelser som atskilte seg fra den tilsvarende Danske Lov, særlig innen stedlige forhold som jordleie, familiens eiendomsrett til jord, arverett, jakt- og fiskerett, handelsregulering og militære forhold, jfr. Anners 2011:239.

²⁰² Waaben 1997:21.

Sker drab af nogen i vildelse og raseri, da bør han ej på livet at straffes, men af sin formue, som han har, eller kan derefter bekomme, give til den dødes arvinger fuld mandebod trende atten lod sølv.²⁰³

Den første bestemmelsen er mer en generalbestemmelse som ikke bare gjelder i straffesaker. Her har man en alminnelig hjemmel for å innbringe den ”afsindige” og ta ham med på tinget for å få hans slektninger til å ta vare på ham. Denne regelen ligner til forveksling svært mye på hva vi har sett i for eksempel Frostatingsloven. I Mannhelg-bolken (bolke IV), artikkel 32 heter det at ”(...) om nokon ser galskap på ein mann, då kan den som vil, binda han utan straff og taka han til tings og be frendane hans taka han.” Her er bestemmelsene fra Frostatingsloven som ble tatt opp i Landsloven og videreført i Christian IVs lov av 1604 tatt med enda ett skritt videre. Det er da interessant å merke seg at disse urgamle lovbestemmelsene som ble kodifisert i Trøndelag rundt år 1050 faktisk fungerte som hjemmel for administrativ frihetsberøvelse i Danmark helt frem til 1938, da en ny sinnssykelov ble innført.

Fantes det ikke slekt for å ta hånd om den avsindige, eller at slekten i ytterste konsekvens ikke greide å ta hånd om denne personen, så hadde man her også en hjemmel for ”øvrigheten” til å sette ham i forvaring. Og dette var en praktisk regel. Denne bestemmelsen til frihetsberøvelse ble nemlig også brukt når lovbrøyteren i straffesaker ble frifunnet på grunn av ”afsindighet”, men fortsatt utgjorde en fare for samfunnet. Bestemmelsen hjemlet med andre ord datidens særreaksjon i Danmark-Norge, og sørget for å verne samfunnet fra den avsindiges destruktivitet.

Konsekvensen av drap i Danmark-Norge var etter Christian Vs lover dødsstraff. Men bestemmelsen 6-6-17 åpnet for en pekuniær straff i stedet når drapet var begått i ”vildelse og raseri”. Dette er igjen begreper man kjenner igjen fra romerretten med dens *furiosi*. Bestemmelsen ble dog av retten tolket relativt snevert. Ifølge Røstad var det bare raseri, som i praksis var tolket som sinnssykdom, i den mest fremskredne form, kombinert med ”vildelse”, som var vrangforestillinger og hallusinasjoner, som kunne fritas for dødsstraff.²⁰⁴ I dag kunne dette muligens bli kategorisert som psykoser.²⁰⁵ Også andre mindre

²⁰³ Her er Danske lov sitert fra nettstedet www.ribeWiki.dk (nedlastet 17. april 2012). Merk at språket er noe modernisert jfr. 1683-standarden.

²⁰⁴ Røstad 1974:187.

²⁰⁵ Hennum 2008:7.

alvorlige former for sinnsykdom omhandles i lovene fra 1680-tallet.²⁰⁶ Vanvittighet var betegnelsen for ”det medfødte svaksinn” som i dag tilsvarer psykisk utviklingshemmet. Termen ”avsindighet” var betegnelsen på det ”erhvervede svaksinn” hvor en person i utgangspunktet hadde vært frisk. I så måte opererte de to 1680-lovene med en tredeling; raseri, vanvittighet og avsindighet, hvor bare den første tilstanden førte til utilregnelighet.²⁰⁷

6.3 ”Galne og afsindige” – kriminalloven av 1842

Den norsk-danske Norske Lov (N-L) fra 1687 var med noen mindre endringer gyldig frem til kriminalloven av 1842 trådte i kraft 1. januar året etter. Denne loven la fundamentet for et sterkere medisinsk nærvær i rettssystemet. Loven er også den første detaljerte regler for hvilke tilstander straffrihet kunne idømmes. Dette defineres i § 2 i kapittel syv: ”De handlinger er straffrie, som forøves af Galne og Afsindige eller af dem, som Forstandens brug ved Sygdom eller Alderdoms-Svaghed er berøvet.”²⁰⁸

Vi ser igjen de samme begrepene ”galne” og ”afsindige” som ble brukt i de norsk-danske lover fra 1600-tallet,²⁰⁹ men den viktigste inspirasjonen bak denne paragrafen er sannsynligvis den bayerske straffeloven fra 1813 og juristen Anselm von Feuerbach – se foran avsnitt 4.6.2.²¹⁰

²⁰⁶ Knud Waaben merker seg hvordan forfatteren og den halvstuderte juristen Ludvig Holberg (1684-1754) beskrev galskap i sitt forfatterskap, hvor han blant annet sonderer mellom partiell galskap (den fikse idé) og den periodiske galskap. Holberg, som var sterkt påvirket av de europeiske naturrettsfilosofene, skiller mellom idiotene og de gale: ”Thi Galenskab rejser sig af Sygdom og Hiernens Forvillelse, som tidt overkommer di sindrigste og fornuftigste Mennesker. Taadsagtighed derimod er et Menneskets Natur, hvorved han ved Fødselen distingveres fra andre”. (...) En gall Mand er gemeenligen ikke stedse gall, men haver undertiden sine Intervalla eller gode Tider, hvorudi ikke alleene gode, men ypperlige Ting kand af ham forrettes. En Taadse derimod er stedse en Taadse.” (Fra Holbergs epistel 436, sitert fra Waaben). Knud Waaben konkluderer at dette er treffende beskrivelser: ”Højesterets dommere kunne med fordel have læst Holbergs Epistler, hvis de havde ønsket at klare begreperne”. Se Waaben 1997:18 ff.

²⁰⁷ Hennem 2008:7. Hennums henvisning til denne tredelingen er sannsynligvis hentet fra Paul Winges beskrivelser i hans trebinds historieverk over det norske ”sindsygeriet”. Knud Waaben mener Winge feilaktig har hengt seg opp i filologiske definisjoner. ”Man må tvivle om rigtigheden af bemærkninger hos Paul Winge, Den norske sindsygeriet historisk fremstillet 1 (1913) s 28 ff, hvor danske ord fra 1600- og 1700-tallet fortolkes som udtrykk for en bevidst tredeling af abnormitetene, endog for ”videnskabelig stringents”. Fra Waaben 1997:152 (note 1).

²⁰⁸ Se digitalisert utgave av Kriminalloven av 1842 på <http://www.hist.uib.no/krim/1874/> (nedlastet 18. april 2012).

²⁰⁹ Begrepet ”afsindig” var brukt i forarbeidene til den Danske lov av 1683, jfr. Waaben 1997:152 (note 2). I utkastet het det ”afsindig eller galind”.

²¹⁰ Skålevåg mener at 1842-lovens utilregnelighetsparagraf bygger på den danske naturrettsjuristen og professoren Laurids Nørregaard (1745-1814). Skålevåg 2012:17.

Det nye i 1842 var det generelle straffefritaket man kunne få hvis man kvalifiserte inn under paragrafens definisjoner. Vi ser her det biologiske, eller medisinske, prinsipp lovfestet for første gang. Men loven åpner også for retten kunne benytte seg av det mer skjønnsmessige psykologiske (eller metafysiske) prinsipp gjennom at de som har vært så uheldige å ha blitt berøvet ”Forstandens brug ved Sygdom eller Alderdoms-Svaghed”. Her ser man at domstolen i visse tilfeller kunne la andre utilregnelighetskategorier av lovbrøtere gå straffri etter en skjønnsmessig vurdering, noe som det ikke hadde vært hjemmel for å gjøre tidligere.

I tillegg til tilregnelighetsreglene inneholdt også loven bestemmelser om straffrihet for personer som uten skyld hadde kommet i bevisstløs tilstand.

6.3.1 Kriminallovens lakuner og forbryteradel

Noe av problemet med 1842-loven var at den gamle paragrafen fra de to norsk-danske 1680-tallslovene som ga mulighet for særreaksjoner mot utilregnelige lovbrøtere, bestemmelsen N. L. 1-19-7, ikke ble videreført i noen som helst form. Dette skapte problemer for hvordan slike forbrytere skulle håndteres,²¹¹ ikke ulikt problematikken vi finner igjen i dagens straffepleie, for eksempel i Rt. 2011 s. 1043.²¹²

Det første kriminalasylet ble ikke åpnet før en avdeling ved Trondhjems straffeanstalt ble omgjort til Kriminalasylet i 1895 som skulle huse ”sindssyke forbrytere” og ”forbryderske sindssyke”.²¹³ Dette problemet ble større etter at sinnsykeloven av 1848 fastslo at ingen kriminelle skulle innlegges ved asylene. Som så mange ganger senere i norsk retts- og helsehistorie ser man altså her at helsevesen står mot kriminalomsorgen og at noen marginale grupper syke lovbrøtere blir skviset mellom to etater som egentlig ikke vil ha noe med dem å gjøre. Paul Winge beskrev disse som en forbryteradel – som ”var gale nok til å unngå fengsel, men forstandige nok til å unngå galehuset”.²¹⁴

²¹¹ Syse 2006:161.

²¹² Saken her dreier seg om psykisk helsevern i lys av EMK. En pasient var dømt til tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 litra f, jfr. lov om psykisk helsevern § 5-6. Pasienten ble friskmeldt og forsøkt overført til kriminalomsorgen, som ikke hadde noe tilbud til ham. Dissens 3-2.

²¹³ Syse 2006: note 33.

²¹⁴ Winge sitert i Høyre 1985:16.

6.4 Ny straffelov 1902

Det er noen enkeltpersoner som har hatt mer å si for norsk tilregnelighetslovgivning enn andre. Selv om det nå har gått snart 130 år siden det formelle initiativet til en ny straffelov ble tatt, kom en helt spesiell begavelse i norsk juridisk historie til å sette sitt preg på strafferetten helt frem til i dag, nemlig lovreformatoren og juristen Bernhard Getz.²¹⁵ Hans rolle i utarbeidelsen av straffeloven av 1902, som fremdeles per 2012 er den gjeldende i Norge, kan ikke overdrives. Med 1902-loven kom også nye tilregnelighetsregler inn, noe som igjen skapte masse debatt.

En annen viktig person for tilregnelighetsdebatten rundt århundreskiftet er den tidligere nevnte psykiater og politilege Paul Winge. En tredje er Getz' bysbarn, venn og nære allierte, professor Francis Hagerup.²¹⁶

Debatten gikk høyt mellom medisinerne og juristene – Paul Winge på den ene siden og Hagerup og Getz på den andre. Winge hadde store ambisjoner på rettspsykiatriens vegne. Han så i straffeprosessloven av 1887 en mulighet til å styre både sin egen subprofesjons faglige kvalifikasjoner og dens status og posisjon.²¹⁷ Men Getz var som Ørsted i Danmark et par generasjoner tidligere, langt fra overbevist om de sakkyndiges kvalifikasjoner. Han mente faget bygget på et vaklende vitenskapelig grunnlag.²¹⁸ Juristene var generelt av den oppfatning at rettspsykiatrien som fagområde var både svakt og spekulativt. Lemfeldig, ukyndig og subjektiv var ord som ble benyttet mot den fremvoksende medisinske

²¹⁵ Trønderen Bernhard Getz (1850-1901) regnes som en av de fremste juristene i norsk historie, spesielt på bakgrunn av sitt arbeid som lovreformator. I en alder av 23 avla han en av de beste juridiske eksamener i Norge noen sinne, og ble ikke bare belønnet med audiens for kongen men også innstilt som professor ved Universitetet i Oslo allerede som 25-åring. I 1885 ble han utnevnt til å lede *både* lovkomiteen for å reformere straffeprosessen og komiteen for en ny straffelov. Allerede i 1887 ble den nye straffeprosessloven vedtatt, en lov som i form og innhold var moderne og progressiv i sin samtid, og som ikke ble erstattet før i 1881. I 1889 ble Getz Norges første riksadvokat, og han formet og bygde opp denne nye etaten før han ga seg i kast med å lage en ny straffelov. Getz skrev personlig mye av den nye straffeloven av 1902, som står ennå i dag, men rakk aldri å oppleve den i bruk før han døde i 1901. Den norske straffeloven ble mønsterdannende i europeisk kriminalrett med en rekke nyvinninger som for eksempel sikringsinstituttet. Før han døde rakk Getz også å utarbeide viktige deler av sivilprosessen gjennom et utkast til ny domstollov og lov om rettergang i tvistemål. Getz var også leder av Nobelkomiteen, professor og politiker – blant annet. Kilde: G. F. Rieber-Mohn i *Norsk biografisk leksikon*.

²¹⁶ Georg Francis Hagerup (1853-1921) vokste som Getz opp i Trondheim. Han var jurist, politiker, statsråd, statsminister, professor og diplomat, og satte et ettertrykkelig preg både på norsk og nordisk rettsvitenskap og politikk rundt århundreskiftet. Hans rolle i norsk strafferett er spesielt viktig, og han loset da også straffeloven av 1902 i havn etter sin venn Getz' død året før. Kilde: Bodil Chr. Erichsen, *Norsk biografisk leksikon*.

²¹⁷ Schiøtz 2012:853.

²¹⁸ Basert på intervju med Aina Schiøtz, jfr. Gran 2012, samt Schiøtz 2012. Se også Andenæs 1971:168, som inngående beskriver debatten mellom Getz og Winge, og da spesielt fra Den Norske Kriminalistforenings 4. møte i 1896, samt Røstad 1967:194.

vitenskap.²¹⁹ Debatten var neppe bare resultat av intellektuell eller politisk kamp enkeltpersoner imellom. Denne type profesjonskamp i tilregnelighetsspørsmålet var som vi så foran ikke unik for Norge – eller for 1800-tallet, for den saks skyld.

Fra 1870-tallet vokste den mer eller mindre vitenskapelige teorien om «det kriminelle menneske» - *l'uomo delinquente*,²²⁰ frem. Dette måtte få konsekvenser for hvordan samfunnet behandlet sinnssyke lovbrøyttere, mente politilege Winge. Han argumenterte med at spesialutdannede rettspsykiatere måtte få si sin mening om slike forbryttere burde fengsles eller behandles. Riksadvokaten var skeptisk, og det bar også lovutkastet fra Getz' straffelovkomité i 1885 preg av. Her var utilregnelighetsreglene utelukkende basert på det psykologiske prinsipp.²²¹ Getz var kategorisk på at det er retten som avgjør. Han ville ha seg frabedt den fagarrogansen man ikke så sjelden opplevde fra de sakkyndiges side, og poengterte at deres oppgave var å gi retten premisser for valg – intet annet. Winge predikerte et rent medisinsk prinsipp, blant annet ut fra individualpreventive hensyn. Han hadde ikke noe tro på at straffetrusselen ville virke overfor den sinnssyke lovbrøytter.

Bernhard Getz og Francis Hagerup var sterkt påvirket av internasjonale juridiske strømninger, spesielt fra Tyskland og det såkalte *Marburger Programm*, men også tidligere nevnte italienske teorier som *l'uomo delinquente*. Drivkraften bak *Marburger Programm* var den tyske strafferettsteoretikeren Franz von Liszt.²²² Hans strafferettslige teorier, som ble betegnet som "den tredje skole", var blant annet at forbrytelse og straff må betraktes like mye fra et sosiologisk utgangspunkt som et juridisk. Konsekvensen av det var at både strafferettsvitenskapen og straffelovgivningen, i en tidstypisk positivistisk ånd, måtte ta hensyn til antropologiske og sosiologiske undersøkelser.²²³ Von Liszt ønsket å fjerne strafferetten fra de rådende prinsippene på 1800-tallet, som var basert på

²¹⁹ Schiøtz 2012:853.

²²⁰ Den italienske forskeren, legen og kriminalantropologen Cesare Lombroso ga i 1876 ut boken *Forbrytermennesket*, der han over fem utgaver typologiserte de typiske kriminelle menneskene gjennom frenologi og annen måling av abnorme trekk. Sentralt i denne læren til Lombroso (og også landsmannen Enrico Ferri (1856-1929)) var også en omstrukturering av straffesystemet med tanke på å innrette straffereaksjonene etter lovovertræderens individuelle forutsetning – kjent som den italienske skole, eller den positivistiske skole innen strafferett. Disse tankene fikk også stor betydning for debatten i Norden. Se for eksempel Waaben 1997:93 ff.

²²¹ Andenæs I 1971:168 ff. Se også Syse 1997:30-31.

²²² Tyskøsterrikske Franz von Liszt (1851-1919) var professor i strafferett og politiker. Han var drivkraften bak det såkalte *Marburger Programm*, som sto for en liberal, positivistisk og moderne retning innenfor strafferetten. I 1889 grunnla von Liszt *Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, som også fikk sine tilhengere og undergruppe i Norge (Kriminalistforeningen). Straffeloven av 1902 var utviklet under sterk inspirasjon fra prinsippene i *Marburger Programm*.

²²³ Røstad 1967:194.

rettsfilosofer som Hegel og Kant. Nå skulle lovbrøtteren vurderes mer individuelt ut fra hva som var den mest hensiktsmessige reaksjonsformen. Lovbrøtterne ble da gjerne delt i tre kategorier;

1. De som kunne behandles, og dermed forbedres.
2. Avskrekke de som ikke hadde behov for behandling.
3. Uskadeliggjøre de uforbederlige.²²⁴

Rundt århundreskiftet nådde Winge og Getz et foreløpig, dog noe uryddig, kompromiss mellom det medisinske og psykologiske prinsipp. Straffeloven fra 1902 fikk sin § 44, som fastslo at både «sinnssyke og bevisstløse» og folk med «mangelfull utvikling av sjelsevnene» kunne bli dømt utilregnelige.

I praksis var det en blandingsmodell, der tolkningen av tilregnelighet ble overlatt til både psykiatrien og jussen. Den rettsmedisinske kommisjon²²⁵ ble også opprettet, dog med et noe mer begrenset mandat enn hva Winge hadde ønsket seg i utgangspunktet.²²⁶

Den norske straffeloven av 1902 ble i sin samtid sett på som en progressiv og moderne straffelov som hadde tatt opp i seg mye av akkurat det von Liszt og hans meningsfeller sto for. Fremtredende europeiske strafferettsteoretikere med nettopp von Liszt i spissen mente dette var ”fremtidens vei”, skryt som jo kom som på bestilling fra ham som jo de facto hadde vært inspirator for den norske lovgivningen. En annen innenfor den såkalte ”tredje skole”, den østerrikske professor Heinrich Lammasch, betegnet den som en «milepæl i strafferettens utvikling».²²⁷

Denne ”milepælen” i strafferetten brakte med seg blant annet lovfestede nyvinninger innenfor kriminalomsorgen som sikring, forvaring og etterforvaring. Sikring var en måte å sørge for frihetsberøvelse av problemklientell, og var ment som en særreaksjon for

²²⁴ Her hentet fra Syse 1997:30.

²²⁵ Den rettsmedisinske kommisjon er en nasjonal kommisjon oppnevnt av Justisdepartementet med hjemmel i straffeprosessloven § 146. Kommisjonen ble opprettet etter Paul Wings forslag i 1900. Den er i dag delt inn i fire grupper, har som hovedoppgave å kontrollere de rettsmedisinske sakkyndiges utførelse av sine verv i straffesaker

²²⁶ Winge foreslo nye regler for den rettsmedisinske sakkyndigheten i 1893, hvor han pekte på behovet for mer enhetlig bedømmelse av rettsmedisinske saker og bedre kvalitetssikring. Psykiatrien skulle skilles ut som egen avdeling og knyttes til en egen observasjonsanstalt. Winge fikk ikke igjennom sitt forslag etter mye kritikk. Se Skålevåg 2012:14.

²²⁷ NOU 2002:4, pkt. 3.1.1.

sinnssyke lovovertrедere enten de var tilregnelige, utilregnelige eller bare hadde nedsatt tilregnelighet. Etterforvaring var for farlige ikke-sinnslidende forbrytere.²²⁸

6.5 Lovrevisjon 1929

Det skulle vise seg at i praksis ble ikke flere av de nye bestemmelsene i straffeloven benyttet i særlig stor utstrekning, og da spesielt sikrings- eller forvaringsinstituttet.²²⁹ En ny lovkomité ble satt ned i 1922, blant annet som følge av en rekke sedelighetsforbrytelser som hadde reist krav om strengere straffer.²³⁰ Videre var det innenfor psykiatrien misnøye ved at mange mente rettsvesenet anvendte sinnssyke-diagnosen for ofte. På den måten kvittet kriminalomsorgen seg med sine brysomme problemklienter, som i stedet ble overført til psykiatriske anstalter der de ble blandet inn med mer ”ordinære” sinnssyke. Direktør Harald Arnesen ved Dikemark asyl var en av de som var misfornøyd med lovgivingen og praksisen.

Et asyls virksomhet skal være indrettet paa at behandle og forpleie syke folk; (...) Men i den sterkeste strid mot denne tendens staar vor juridisk psykiatriske skoles bestræbelse for at gjøre asylerne til interneringslokaler for de abnorme barn og voksne med forbrydertilbøieligheter. Kriminalisterne synes, de gjør godt og vel, naar andre veier uten virkning er prøvet, og de ved en sindykeerklæring opnaar at faa disse antisociale defektmenesker av veien i et asyl. (...) Specielt vore mandsavdelinger lider i høi grad ved at skulle være forvaringsanstalter for de undge abnorme forbrydere, hvorav den største del er forhenværende vergeraadsbarn. Deres hensynsløse raahet i tale og ofte brutale optræden mot de virkelig syke og mot personalet, deres stadige rømningsforsøk, deres ødelæggelseslyst, deres komplotter virker depraverende paa tonen paa avdelingerne.²³¹

Komiteen ble ledet av professor Jon Skeie, og av komiteens ni medlemmer var tre leger. Komiteen tok selv på seg å utrede utilregnelighetsregelen, og føre den mer i retning av hvordan rettspraksis faktisk fungerte. Denne komiteen var på mange måter et barn av sin tid – preget av behandlingspessimisme overfor sinnssyke og åndssvake, og gjennomsyret av en noe brun og en ytterst tvilsom sosialdarwinisme med dertil rasehygienisk tankegodt. Forvaring var løsningen for det meste, homoseksualitet var en hardnakket perversjon, og sterilisering var en måte å unngå at uønskede egenskaper ble videreført.

²²⁸ Høyer 1985:17.

²²⁹ Høyer 1985:17-18.

²³⁰ Skålevåg 2012:16. Hvor reell denne bølgen av sedelighetsforbrytelser egentlig var, er det reist spørsmål ved, jfr. Grøndahl 2000:2159 (artikkelen er fra nettversjonen, og det eksakte sidetallet kommer ikke frem her. Så også med senere henvisninger til denne).

²³¹ Grøndahl 2000:2159. Her er det interessant å lese direktør Arnesens misnøye fra mellomkrigstiden og se hvor mye den sammenfaller med hva dagens psykiatriske behandlingstilstander kan oppleve med ”vanskelige” lovbrøtere under tvungent psykisk helsevern er per i dag, jfr. Rt. 2011 s. 1043.

Komitémedlem, lege Ingeborg Aas, målbar i 1932 synet om at samfunnet har en plikt til å bruke alle midler, dog begrenset av barbariet, for å unngå degenerering:

Flere og flere er det som både blant lærde og lege, som nu til dags tilegner sig den opfatning, at man i et ordnet samfund ikke alene har rett, men også har plikt til å bruke alle midler (som ikke kan sies å være barbariske) til å verne om folkemateriellets kvalitet også beskytte de gode og ønskverdige borgere mot de dårlige og samfundsfjendtlige. Internalisering er et utmerket middel teoretisk sett, men det er dyrt. Vi har dessuten for lite av anstalts og fengselsplasser, og internaliseringen helbreder intet grunnende. Den åndssvake fortsetter å sette barn inn i verden og sedelighetsforbryteren går ikke sjelden hen samme dag som han er løslatt hen og gjør forbrytelsen om igjen - den lange internering har intet forandret i hans natur.²³²

At en steriliseringslov ble vedtatt to år etter,²³³ kommer i retrospektivt lys ikke som noen overraskelse. Men heller ikke steriliseringsprogrammer og -lover var noe unikt for Norge. På 1930-tallet kom lignende lover også i våre naboland som sørget for at ”aandssvage” og ”abnorme” – altså de som i dag regnes som utilregnelige – ble satt ”ud af stand til at faa afkom”.²³⁴

Flere års debatt og komitéarbeid endte opp i nye lovendringer i 1929. ”En handling er ikke straffbar, når gjerningsmannen ved dens foretagelse var sinnssyk eller bevisstløs” het det i strl. § 44 fra da av. Dette førte blant annet til at Winge posthumt kunne notere seg for en seier over Getz i og med at fra nå av praktiserte Norge det medisinske prinsipp i rendyrket form. Og slik er situasjonen også i 2012.

6.6 Revidering 1957-2002

Spesielt sikringsreglene, som kom med lovendringen i 1929, ble gjenstand for mye kritikk i årene etter. Kritikken, fra for eksempel Nils Christie,²³⁵ gikk blant annet ut på at reaksjonen var urettferdig ut fra at tiltalte ikke ble dømt for et lovbrudd han hadde begått, men lovbrudd som retten fryktet han ville begå i fremtiden. Avgjørelsene ble også sett på

²³² Grendahl 2000:2159. Han siterer fra Aas' artikkel *Hvordan kan samfundet beskytte sig mot åndssvake og sedelighetsforbrytere*. I: Social oplysning 1932.

²³³ Steriliseringsloven av 1. juni 1934 nr. 2. Under krigen ble det gitt en ny steriliseringslov, lov nr. 1 Til vern om folkeætten av 23. juli 1942. Den siste ble opphevet etter frigjøringen i 1945, uten at tvangsmessig sterilisering nødvendigvis opphørte av den grunn.

²³⁴ Helweg 1939:76 ff. beskriver inngående den danske kastrerings- og steriliseringsloven fra 1935 og de ”gunstige resultater af denne lov”. Videre skryter Helweg her av den norske steriliseringsloven fra 1934: ”I den norske lov af 1/6 1934 kan tilladelse til saavel sterilisasjon som kastraksion opnaas, når blot der kan anføres ”en agtværdig grund”, og denne rummelige formulering er i virkelighede heldig, idet der i disse sager ofte gør sig saa specielle forhold gældene, at de fastlagte rammer let føles for tvungne.” Helweg beskriver også de diagnoser som kan føre til tvangssterilisering og kastrering; ”schizofreni og maniodepressiv psykose” – diagnoser som med dagens begrepsapparat og diagnoseverktøy ville kunne kvalifisere til juridisk utilregnelighet etter strl. § 44.

²³⁵ Christie 1971:141.

som vilkårlige, og det var heller ingen forholdsmessighet mellom ugjerning og reaksjon.²³⁶ Domstolene, og da også de rettssakkyndige, skulle i tillegg ta stilling til gjentakelsesfaren. Kritikerne mente hele denne praksisen bar preg av ren gjetting, og det ble satt store spørsmålsteget ved rettssikkerheten for disse lovbrøtterne.

Dette var noe av bakgrunnen for at Justisdepartementet i 1957 anmodet Straffelovrådet om å vurdere behovet for revisjon av reglene om sikring og forvaring. Noe senere fikk Straffelovrådet også i oppdrag å ta opp reglene om strafferettslig utilregnelighet. Det skulle imidlertid ta nærmere 50 år fra Justisdepartementets anmodning kom til endringer i tilregnelighetslovgivningen faktisk trådte i kraft. Flere utredninger måtte til før ordlyden til dagens § 44 kom på trykk i Norges lover i 2002.

6.6.1 Fakultative forsøk

Den første NOU'en etter at departementet ønsket en revurdering av særreaksjonene kom først med straffelovrådets innstilling fra 1974.²³⁷ Nils Christie var med i straffelovrådet, og dissenterte over 20 sider i innstillingen. Den sterkt sprikende utredningen førte da også til at intet skjedde på lovfronten.²³⁸

Kritikken mot blant annet sikringsinstituttet vedvarte utover 1970- og -80-tallet. En ny NOU kom i 1990, der det blant annet ble foreslått en ny straffefritaksregel i strl. § 45 – den såkalte fakultative straffefritaksregelen. Dette var ingen ny tankegang, og var også blitt fremmet i 1974-NOU'en.²³⁹

Utilregnelighetskategorien ”bevisstløs” i den da gjeldende § 44 ble tatt ut av den absolutte straffrihetsregel og med en ny formulering ført inn i en ny fakultativ straffrihetsregel, som i forslaget fra komiteen var en ny § 45. Her skulle de med alvorlig psykisk avvikstilstand *uten* å være psykotisk eller høygradig psykisk utviklingshemmet kunne bli fritatt for straff på et skjønnsmessig, fakultativt grunnlag. I dette utkastet foreslo utvalget en regel som åpner for å la tre kategorier lovbrøttere bli fritatt for straff:

1. Den som på handlingstiden ”hadde en alvorlig psykisk lidelse”
2. Den som på handlingstiden var ”psykisk utviklingshemmet i lettere grad”.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ NOU 1974:17.

²³⁸ Syse 1997:38.

²³⁹ NOU 1974:17:149.

3. Den som handlet under ”sterk bevissthetsforstyrrelse”.²⁴⁰

Her ønsket man altså å innføre noe i nærheten av et blandet system mellom det rent medisinske og psykologiske prinsipp.²⁴¹ Årsakssammenheng mellom handling og psykisk tilstand var det sentrale i den foreslåtte § 45.

Sentralt i den skjønsmessige vurdering av spørsmålet om straffrihet, vil være om det kan påvises årsakssammenheng mellom den psykiske avvikstilstand og lovbruddet. Antas det å være slik sammenheng, vil straffansvar ikke fremstå som en rimelig og hensiktsmessig løsning.²⁴²

Utvalget ønsket også å endre på § 44. Ordet ”sinnssyk” ble erstattet med ”psykotisk”, og i tillegg ble et nytt vilkår foreslått; ”uten evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen”.²⁴³

Begrepet ”psykotisk” kom inn i § 44, men Stortingets flertall avviste forslaget om fakultativ straffrihetsregel.²⁴⁴ Heller ikke den presiserende setningen i § 44, ”uten evne til realistisk vurdering”, ble med videre, noe flere av komiteens medlemmer i ettertid mener var en stor feil.²⁴⁵

Utilregnelighetsparagrafen fikk følgende ordlyd fra 1. januar 2002:

§ 44. Den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs straffes ikke. Det samme gjelder den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i høy grad.

Den norske rettstilstanden er dermed tilbake til 1902-standarden når det gjelder tilregnelighet. Lovgiveren har gått i ring, eller ”intet nytt under solen”, som Aslak Syse konkluderer med.²⁴⁶

²⁴⁰ NOU 1990:17, punkt 2.2. Forslaget for § 45 var som følger: ”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 lovbrøtteren bare fritas for straff når helt særlige omstendigheter taler for det.”

²⁴¹ Syse 2006:165-166 kategoriserer den foreslåtte § 45 som en tredje variant av det blandede prinsipp: ”ikke-styrt helhetsvurdering”.

²⁴² NOU 1990:17, punkt 2.2.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Syse 1997:33-34.

²⁴⁵ Se både Frode Sulland og Randi Rosenqvists uttalelser i Gran 2012.

²⁴⁶ Syse 2006:59.

6.7 22. juli 2011

Forhandlingene i Stortinget i 1996 forut for endringene av blant annet strl. § 44 skapte ikke videre offentlig debatt utenfor Løvebakken. Tilregnelighet er et tema verken politikere, psykiatere eller jurister har hatt særlig lyst til å ta tak i, slår historiker Svein Atle Skålevåg fast, med bakgrunn i den spinkle debatten som har vært de siste drøye hundre årene.²⁴⁷ Tilregnelighetsspørsmålet har da heller ikke vært spesifikt gjenstand for lovutredninger de siste hundre årene. Ser man på arbeidet i forkant av lovendringen i 1929, ble tilregnelighetsreglene tatt inn i utredningsarbeidet på eget initiativ av komiteen selv. Utgangspunktet var å se på særreaksjonene, noe som også var mandatet både for straffelovkomisjonens utredning NOU 1974:17 og utvalget bak NOU 1990:5. Uttilregnelighetsreglene var noe som skulle sees på i lys av særreaksjonene. ”Det har egentlig ikke vært noen skikkelig debatt om dette siden 1920-tallet”, konkluderer advokat Frode Sulland.²⁴⁸ Hvor omfattende debatten egentlig var da, er dog noe usikkert. Det er faktisk mulig at den virkelige brede debatten omkring norske tilregnelighetsregler må spores helt tilbake til Getz og Wingses glansdager og de første møtene i Kriminalistforeningen på slutten av 1800-tallet.

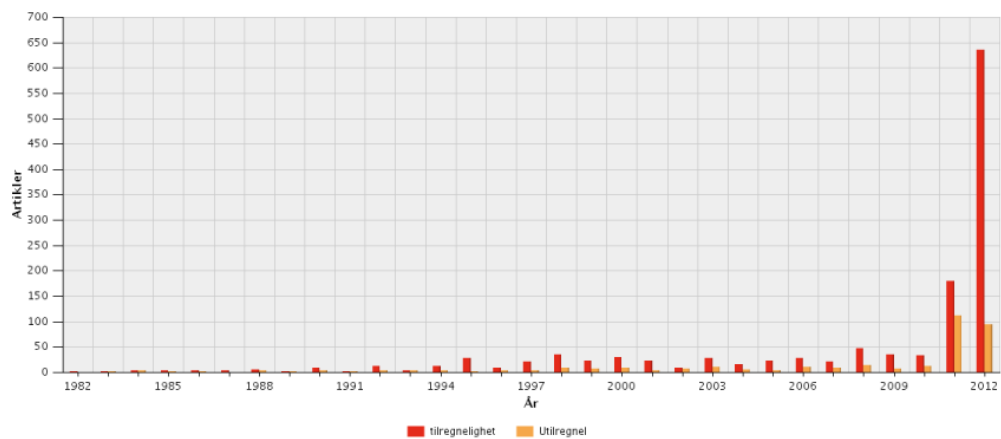
Terroraksjonene 22. juli 2011 blåste definitivt liv i en utilregnelighetsdiskusjon, som også nok er mer omfattende enn den noen gang har vært tidligere i Norge. Uten at det er en vitenskapelig vanntett indikator, kan mediernes bruk av ordet ”tilregnelighet/-utilregnelighet” være et barometer på dette. I årene 1946-1989 er dette ordet nevnt i pressearkivet Retriever²⁴⁹ én til fem ganger per år. I årene etter blir det noen flere treff. Etter høsten 2011 nærmer det seg tusen treff per utgangen av april 2012.

²⁴⁷ Gran 2012.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Medieovervåkningsbyrået Retriever registrerer de aller fleste større papirmedier i Norge.

Dekning over tid



Arkivanalyse utført 29.04.2012



7 Angloamerikansk tilregnelighet

*You really got to be crazy to take an insanity defense.*²⁵⁰

Howard V. Zonana

Middelalderens lover og skikker på de britiske øyer kan sammenlignes med de nordiske. Det var først etter 1800 at grunnlaget for det moderne *insanity defence* ble lagt gjennom to profilerte og viktige rettssaker i England som fortsatt i dag legger grunnlaget for rettspraksisen over store deler av verden.

7.1 *Common law* og *the insanity defence*

Angloamerikansk rettstradisjon er kjent som *common law*,²⁵¹ og dermed er rettsutviklingen i det vesentlige styrt av prejudikater fra domstolene og utfallet av de forskjellige sakene som kommer opp. I *common law* har man med andre ord ikke den samme tradisjon som den romerrettslige med nedskrevne lover gitt av en lovgivende instans. Den ulovfestede tradisjonen gjelder da naturlig nok også for utilregnelighets spørsmålet i angloamerikansk rett.

En viktig faktor å ha in mente er den angloamerikanske bruken av *defenses*, hvor *insanity defense* er et eksempel. Amerikansk strafferett deler inn i *defenses* i to; de rettmessige (*grounds of justification*) og de unnskyldelige (*grounds of excuse*).²⁵² I motsetning til i norsk rett sees ikke tilregnelighet i USA på som et straffbarhetsvilkår, men som en

²⁵⁰ Professor Howard W. Zonana ved Harvard Law School i intervju med Washington Post 27. februar 1998.

²⁵¹ Med *common law* menes engelsk sedvanerett basert på avgjørelser i domstolene. *Common law* ble utviklet i England på 1100-tallet under kong Henry II, og dette rettssystemet har spredt seg til hele verden, og da gjerne i *common wealth*-stater, som er eller har vært under den britiske kronen. Man regner at 1/3 av klodens befolkning lever under *common law* som rettssystem. Kilder: Anners 2011 og Jusleksikon.

²⁵² Andenæs 2011:152.

straffrihetsgrunn. *Insanity defense* regnes i så måte som en unnskyldelig grunn for å bli frikjent for et lovbrudd.

7.2 Fra middelalder til kongeattentat

I likhet med de nordiske og germanske førkristne kulturene hadde også de britiske øyer tradisjoner for å skåne utilregnelige fra de mer ordinære avstraffelsesmetodene som hersket i tiden før de britiske øyer ble kristnet. Kristen- og romerretten hadde, som vist i tidligere kapittel, relativt klare tradisjoner og prosedyrer for hvordan utilregnelige lov- brytere skulle behandles, og den kom også til England. Etter at Vilhelm Bastarden (aka. Erobreren) gjennomførte den normanniske erobringen av England i 1066, godt hjulpet av det faktum at den norske Harald Hardråde hadde myket opp den engelske hæren til Harold Goodwinson én uke tidligere, ble romerrettens prinsipper enda mer fremtredene. Normannerne var etterkommere fra norrøne vikinger som fra 800-tallet koloniserte Normandie i Frankrike. Selv om de norrøne kolonistene var hedninger tok de raskt etter den lokale skikken og gikk over til kristendommen, som på denne tiden var blitt rådende på kontinentet. Med i denne totalpakken var da også kristenretten og deler av romerretten.

De britiske tradisjonene for behandling av utilregnelige på i årene før tusenårsskiftet var ikke ulik den norrøne på andre siden av Nordsjøen. Om dette skyldes kulturell og intellektuell utveksling nordsjøstatene i mellom, den kanoniske rett eller gamle germanske rettstradisjoner, skal her stå usagt. Men kirken kom tidligere til de britiske øyer enn til Norden, og et manuskript fra erkebiskopen i York, Egbert, på 900-tallet viser hvordan de lokale prosedyrene var i bestemte tilfeller.

(...) if a man fall out of his senses and kill someone, let his kinsmen pay for the victim and preserve the slayer against aught else of that kind. If anyone kills him before it is made known whether his friends are willing to intercede for him, those who kill him must pay for him to his kin.²⁵³

Vi ser her at i likhet med i Norge så er det ættesamfunnet og familien som må ta ansvar for handlingene gjort av de utilregnelige. Selv etter den normanniske invasjonen av England ble ikke denne ordningen særlig endret, til tross for at maktskiftet førte til en massiv endring i samfunnet ellers på de britiske øyer.

²⁵³ Walker 1985:27.

Ranulph de Glanville²⁵⁴ var sjefsjurist for den engelske kongen Henry II på 1100-tallet. Glanville står i ettertiden som en svært viktig mann for utviklingen av britisk rettsvitenskap i middelalderen, og dermed også utviklingen av *common law*. I sin oppteigning av britisk lov på 1100-tallet har de Glanville ikke nevnt utilregnelighet med et eneste ord. Rettshistoriker Nigel Walker mener dette skyldes at åpenbart gale lovbytere ikke ble stilt for retten, men at de rent summarisk ble holdt straffri på linje med umyndige lovbytere.²⁵⁵ Walker skriver at den lokale kunnskapen prester og annen øvrighet gjerne hadde førte til at "they knew – or thought the knew – who was born when and who was a lunatic or an idiot". Dermed kunne man ut fra "stamtavleprinsippet" si ut hvem som var gal og hvem som var umyndig. Man slapp dermed problemene som rettspsykiatrisk sakkyndige møter i dag. En idiot var en idiot hvis han åpenbart var det og hadde vært det bestandig, og dukket det opp noen som var mentalt syke, så var de så syke at det ikke var noen tvil. Grensetilfellene fantes knapt.

7.2.1 "Wild beast test"

Selv om Glanvilles tekster ikke omhandlet utilregnelige, er det all grunn til å tro at det britiske rettssystemet tok høyde for en form for straffrihet for slike på 1100-tallet. Både før og etter Glanville er det dokumentert at slike regler eksisterte i praksis. Og dette ble grundig fastslått bare få år etter Glanvilles juridiske karriere var gått i graven. En ny innflytelsesrik britisk jurist kom nemlig inn i historien, og hans "diagnostiske" metode ble stående lenge.

På 1200-tallet mente Henry de Bracton²⁵⁶ å ha funnet en god metode på å skille de med vilje til å begå for eksempel et mord fra de som var for gale til å forstå konsekvensene av sine egne handlinger. Den gale mann manglet fullstendig, ifølge Bracton, dømmekraft på linje med "wild beasts", som totalt mangler fornuft.²⁵⁷ Så ved å sammenligne den tiltalte

²⁵⁴ Ranulph de Glanville (1112-1190) var en viktig mann for utviklingen av britisk rett, og da også *common law*, gjennom sitt juridiske arbeid for Henry II. Hans viktigste verk er boken *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* fra 1188. Se Anners 2011:147 ff.

²⁵⁵ Walker 1985:27.

²⁵⁶ Henry de Bracton (ca. 1210-1268) var en kjent engelsk jurist som blant annet skrev verket *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. Dette omfattende verket sammenfattet rundt 2000 prejudikater fra britiske domstoler, og Bractons arbeid fikk dermed autoritet hos domstolene. Bracton systematiserte og inkorporerte også mye kanonisk rett og romerrett inn i *common law*-systemet. Se Anners 2011:147 ff. og Robinson 1996:70 ff.

²⁵⁷ Walker 1985:28.

med et vilt dyr, kunne man altså skille de mentalt syke kriminelle fra de friske og straffbare kriminelle. Denne testen sto seg lenge og ble brukt til langt ut på det 18. århundre i England.²⁵⁸ Saken her var at en viss Edward Arnold, hvis mentale kapasitet hadde vært tvilsom i hele hans liv, forsøkte å drepe Lord Onslow etter at offeret skal ha kastet trolldom over Arnold. Under rettsbelæringen overfor juryen kom aktor med det som ble kjent som ”wild beast test”.

If a man be deprived of his reason, and consequently of his intention, he cannot be guilty; and if that be the case though he had actually killed my lord Onslow, he is exempted from punishment; punishment is intended for example, and to detere other persons from wicked designs; but the punishment of a madman, a person that hath no design, can have no example. This is one side. Ont the other side, we must be very cautious; it is not every frantic and idle humour of a man, that will exempt him from justice, and the punishment of law When a man is guilty of a great offence, it must be very plain and clear, before a man is allowed such an exemption; therefore it is not every kind of frantic humour or something unaccountable in a man's actions, that points him out to be such a madman as is to be exempted from punishment: it must be a man that is totally deprived of his understanding and memory, and doth not know what he is doing, no more than an infant, than brute, or a wild beast; such a one ins never the object of punishment.²⁵⁹

Uten å gå for mye inn i den britiske praksisen i middelalderen er det liten tvil om at åpenbart utilregnelige ikke ble utsatt for den samme rettsprosessen eller fikk den samme dommen som de med normal psyke. Hvor omfattende *the insanity defence* virkelig var i Storbritannia i århundrene frem mot 1800-tallet er likevel noe usikkert, men retts-historikeren Nigel Walker har dokumentert at på midten av 1700-tallet var det en kraftig vekst i slike saker.²⁶⁰ For ettertiden har imidlertid alle disse havnet i skyggen av en mer spektakulær hendelse. Som så ofte ellers i historien til utilregnelighetsinstituttet er det nettopp de spektakulære historiene som både definerer jussen og skaper prejudikatene.

7.3 Hadfield og McNaughtan

Det er to engelske rettssaker fra 1800-tallet som regnes som starten på, og som definerer innholdet i, de moderne lovreglene for *the insanity defence*. Den ene var et drapsforsøk på en statsminister som endte med at feil mann ble drept. Det andre var forsøk på et kongemord som mislyktes totalt. Problemstillingene i disse sakene er fremdeles opp til i dag beskrivende og dekkende for de spørsmål som kommer opp i utilregnelighetspraksisen i den angloamerikanske verden.

²⁵⁸ Se Robinson 1996:134 ff. for en gjennomgang av Arnold-saken (dog i stor grad basert på en artikkel av Nigel Walker) fra 1724.

²⁵⁹ Her sitert fra Robinson 1996:133-134.

²⁶⁰ Ibid:29-30.

Spørsmålene som oppsto etter Hadfield og McNaughtan er flere. Hva skal man for eksempel gjøre med en person som blir frikjent på grunn av utilregnelighet? Skal slike kases kunne settes i forvaring på ubestemt tid eller nyte godt av de samme juridiske rettighetene som en lovlydig og frisk borger? Mothensynet for datidens politikere var naturlig nok samfunnets behov for å bli beskyttet mot farlige mennesker. Ved å bare frikjenne utilregnelige, vil *the madman* i følge mange bli gitt *a licence to murder*.²⁶¹

7.3.1 Tilfellet James Hadfield

På kvelden den 15. mai 1800 siktet den tidligere soldaten James Hadfield sin pistol mot kong George III²⁶² under et besøk i Royal Theater, Drury Lane.²⁶³ Akkurat i det Hadfield trakk av skal George III ha bukket for applausen han fikk fra publikum, med det lykkelige resultat for regenten at kulen gikk over hodet på ham. For Hadfield ble fremtiden noe mindre lykkelig. Men om ikke annet skulle det vise seg at han ble historisk for utviklingen av utilregnelighetslovgivningen i det angloamerikanske rettssystemet, noe som dog nok var en fattig trøst for ham.

Hadfield hadde en noe ulykkelig forhistorie. Han hadde vært med i slaget ved den nordfranske byen Tourcoing 18. mai 1794 hvor en koalisjon mellom Østerrike og Storbritannia tapte mot den franske hæren. Soldaten Hadfield ble tatt til fange av franskmennene, og under slaget hadde han fått intet mindre enn åtte slag i hodet fra en fransk sabel. Det skal ha satt sitt varige preg på Hadfield – både visuelt og mentalt.

Hadde Hadfield skutt mot en vanlig borger hadde han sannsynligvis vært enda mer ille ute og ville nok ha stiftet bekjentskap med det offentlige skafott etter bare få dager. Men det faktum at han forsøkte å drepe kongen førte til at han havnet under en annen

²⁶¹ Moran 1985:33.

²⁶² Et noe snedig apropos er at George III (1738-1820) av Storbritannia selv ble fullstendig og absolutt utilregnelig - nettopp på grunn av sinnssykdom. Han ble i praksis fratatt makten, hvorpå hans sønn George IV ble satt inn som regent. George III ble på grunn av sin permanente galskap holdt innesperret i Windsor Castle i nær ti år frem til han døde.

Det kan for øvrig se ut til at George III var en magnet på mentalt syke som var ute etter å få tatt livet av ham. I 1786 forsøkte 36 år gamle Margaret Nicolson å drepe kongen med en dessertkniv. Hun var ikke i nærheten av å lykkes, og var åpenbart mentalt forstyrret. Nicolson ble sperret inne i kriminalasylet Bethlem, hvor hun døde 42 år senere. Den tidligere offiseren John Firth kastet fire år senere sten på George IIIs kortesje, og ble umiddelbart arrestert uten at han greide å utføre nevneverdige skader. Firth trodde for øvrig han var apostelen Paulus, og endte i likhet med Hadfield og Nicolson sine dager i Bethlem. Også McNaughtan hadde mange år i Bethlems, men døde et annet sted. Kilde: Store norske leksikon m.v.

²⁶³ Hadfield-saken er her i stor grad referert fra Moran 1985:31 ff. og Robinson 1996.

kriminallovgivning, nemlig seksjon for høyforræderi. Dette gav ham flere rettigheter, blant annet retten til å få betalt for både en *counsel* og to advokater. Som hovedforsvarer fikk attentatmannen en av datidens absolutte advokatkjendiser, nemlig juristen og politikeren Thomas Erskine²⁶⁴. Hadfields forsvar gikk straks i gang med oppgaven, og la raskt ned påstand om frifinnelse på grunn av utilregnelighet. Påtalemyndigheten kontret med sin *wild beast test*. For å bli frikjent måtte Hadfield ikke være ”capable of distinguishing between good and evil”, og han kunne ikke vite hva han gjorde, ikke mer enn hva et barn, ”a brute, or a wild beast”.²⁶⁵ Erskine mente at denne testen ikke sto seg, og en slik total tilstand som aktoratet krevde ikke var nødvendig for at det kunne foreligge galskap. Han argumenterte videre for at selv om Hadfield kunne fremstå som rasjonell, så led han av vrangforestillinger og var ute av stand til å kontrollere seg selv.

Støttet av en rekke sakkyndige leger som påviste at de store hodeskadene Hadfield hadde fått i sin kamp for den britiske kronen, greide Erskine å overbevise både jury og dommeren om at Hadfield hadde vært utilregnelig i gjerningsøyeblikket: ”I must convince you, not only that the unhappy prisoner was a lunatic, within my own definition of lunacy, but that the act in question was the immediate unqualified offspring of the disease.”²⁶⁶

Hadfield ble frikjent, men likevel satt i forvaring.

Den umiddelbare konsekvensen av denne saken var at bare fire dager etter dommen fikk parlamentet forelagt et hastelovgivningsforslag for å kunne holde mentalt syke lovbrøyttere som Hadfield innesperret på ubestemt tid – den såkalte *Criminal Lunatics Act* av 1800. Ikke nok med at loven ble til i ekspressfart. Den var også snedig nok tilbakevirkende, slik at den praktisk nok fikk med seg den mislykkede attentatmannen Hadfield. Han ble etter dette sperret inne i fengselsasyl, hvor han 41 år senere døde av tuberkulose. Den nye loven og Hadfields frikjennelse endret *the insanity defence* på flere måter, men førte først og fremst til at de som ble frikjent på grunn av galskap likevel ble satt fri. I så måte er denne lovgivningsiveren i kjølvannet av Hadfields frikjenning interessant å se på ut fra

²⁶⁴ Baron Thomas Erskine (1750-1823) var rikskansler i Storbritannia 1806-07 og en anerkjent politiker og jurist med mange profilerte rettsaker.

²⁶⁵ Moran 1985:34.

²⁶⁶ Ibid.

hva den norske regjeringen forsøkte vinteren 2012 med endringen av lov om psykisk helsevern.

Hadfield-saken førte til nye lover og strafferettslige reaksjoner,²⁶⁷ men skapte likevel ikke viktig presedens for senere rettssaker. Den store saken for dette fant sted først to år etter Hadfields død.

7.3.2 McNaughtan-standarden

På vei inn i No. 10 Downing Street i London ble statsminister Sir Robert Peels privatsekretær, Edward Drummond, 20. januar 1843 truffet av en kule i ryggen. Drummond døde senere av skadene. Før han rakk å trekke opp en pistol nummer to ble gjerningsmannen, skotten Daniel McNaughtan, overmannet av en politikonstabel og arrestert. McNaughtan hadde ikke gjort forarbeidet og researchen godt nok. Drapet på Drummond var en feil. Det var statsministeren McNaughtan hadde intensjon om å skyte, da han var sikker på at Peels parti, Toryene, var ute etter ham.²⁶⁸ Forsettet var det intet i veien med, men feil person fikk unngjelde – et klassisk *abberatio ictus* med andre ord. Spørsmålet videre ble da om det kunne finnes en straffrihetsgrunn.

I likhet med Hadfield, så greide McNaughtan å stable et meget solid forsvar på bena. Av ukjente årsaker hadde McNaughtan hele 750 pund på seg da han ble arrestert, penger som senere ble brukt til å leie inn det fremste av juridisk kompetanse på de britiske øyer. Fire forsvarere og hele ni medisinsk sakkyndige, samt et stort antall lekfolk ble hentet inn for å tale McNaughtans sak. Også her ble det lagt ned påstand om frifinnelse på grunn av galskap, som i dag kanskje kunne blitt diagnostisert til paranoid schizofreni. Om han virkelig var syk, er dog høyst usikkert.²⁶⁹

Begge parter var enige om McNaughtans mentale tilstand. Han var fullstendig tilregnelig i alle spørsmål – unntatt politikk. Spørsmålet for begge sider var da hvordan man skulle tolke kravene for *the insanity defence*. Aktoratet mente at mentalt syke måtte være

²⁶⁷ Selv om Hadfield og hans like ble frifunnet, og dermed per definisjon ikke straffet, kan man jo lure på om disse hospitalene var noe vesentlig annet enn hva fengslene var.

²⁶⁸ Også denne saken blir i stor grad referert fra Moran 1985. Se også Syse 2006 og ikke minst Andenæs (I) 1971, som riktig nok blander sammen McNaughtan og Hadfield på enkelte irrelevante faktum.

²⁶⁹ Moran 1985:39. Han mener det bare var tilfeldigheter at McNaughtan ble frikjent. Senere forskning viser ifølge Moran at McNaughtan var i nær kontakt med en rekke politiske bevegelser både i Skottland og Irland, og enkelte hevder også at McNaughtan var betalt for å ta livet av Robert Peel.

juridisk ansvarlig for sine handlinger så lenge de greide å skille rett fra galt. Forsvaret mente på sin side at var det påvist partiell galskap, så måtte man bli kjent utilregnelig. Forsvaret svarte ved å prosedere med at McNaughtans angrep ikke var politisk motivert, men bare en totalt meningsløs handling ut fra vrangforestillinger. Ifølge Richard Moran forhindret diverse partipolitiske intriger aktoratet fra å prosedere saken som et politisk attentat, til tross for at det skal ha foreligget betydelig bevis i den retning. Resultatet ble at at McNaughtan ble frikjent – *not guilty on the ground of insanity*.

Frifinnelsen vakte stor oppsikt og ble gjenstand for offentlig debatt både i Overhuset og ved hoffet, og ikke minst i pressen og allmennheten generelt. Dronning Victoria skrev sogar brev til statsminister Peel og krevde at det måtte bli klarhet i rettstilstanden. Dette førte til at Overhuset besluttet å forelegge alle de britiske common law-dommerne en serie spørsmål nettopp for å klarlegge rettstilstanden, som både politikere og dronning bekymret seg over. Svarene på disse spørsmålene ble da til det som senere ble kjent som *the McNaughtan rules*.²⁷⁰ I korthet disse reglene slik:

(...) the jurors ought to be told in all cases that every man is presumed to be sane, and to possess a sufficient degree of reason to be responsible for his crimes, until the contrary be proved to their satisfaction; and that to 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.²⁷¹

Det er flere viktige poenger å merke seg her. For det første kommer det klart frem at bevisbyrden for sinnssykdom ligger på den tiltalte – ”presumed to be sane”. Hvor strenge beviskrav som behøves er noe uklart, men det er tilstrekkelig at det foreligger overveiende sannsynlighet for sinnssykdom.²⁷² Videre ser man at det må være helt klart at gjerningsmannen på tiden ugjerningen ble gjort led av sinnssykdom. Han må også passere den såkalte ”right from wrong”-testen: Vet tiltalte hva han gjorde, og hvis så; vet han at det var feil? McNaughtan-standarden er for alle praktiske nyttemål en test av intellektuell art fremfor rent praktisk. Kritikken har kommet fra mange hold, ikke minst fra psykiatrien, men også fra jussen.

²⁷⁰ Flere begrep brukes om hverandre – både McNaughtan-standarden og ”McNaughtan rules”, eller bare McNaughtan – og sikkert også andre – som i praksis betyr prinsippene som var svar på spørsmålene som det britiske Overhuset fikk svar på i 1843.

²⁷¹ Sitatet er her hentet fra Ewing 2008:XVIII.

²⁷² Andenæs 1971:172.

For Daniel McNaughtan var frikjennelsen langt fra noen frikjennelse i praksis. Takket være lovene fra 1800, som hans ”forgjenger” Hadfield hadde vært den direkte årsaken til, ble han overført til State Criminal Lunatic Asylum, også kjent som Bethlem Hospital.²⁷³ Senere ble McNaughtan overført til kriminalasylet Broadmoor, hvor han døde i 1865.

I likhet med sin forfar kong George III ble også dronning Victoria offer for et ikke ubetydelig antall attentatforsøk utført av mer eller mindre forstyrrede mennesker. Dette ønsket dronningen naturlig å hindre, og da gjerne gjennom streng lovgivning og tøffe avstraffelser. Da passet det Victoria dårlig med dommer som *not guilty* som følge av utilregnelighet. Dronningen mente faktisk det var direkte krenkende, og hun ba derfor politikerne om å komme med endringer. Det endte opp med *Trial of Lunatics Act* fra 1883 der loven ble endret slik at utilregnelige lovbrøyttere fra da av ble dømt *guilty, but insane*.²⁷⁴ Denne lovgivningen ble stående frem til en ny lovrevisjon i 1964.

7.4 England frem til i dag

I 1972 ble den såkalte Butler-komiteen nedsatt for å se nærmere på utilregnelighetspraksisen i England. Tre år senere kom en rapport som foreslo en total reform av måten retts- og helsevesen håndterte problematikken på. *The Butler Committee* konkluderte blant annet med at engelske domstoler burde innføre dommen *not guilty by reason of mental disorder*. Rapporten resulterte i ingenting.

I tiden før 1991 var engelske advokater svært sjelden ute og la ned påstand om *insanity defense*. Lyktes dette forsvaret førte det gjerne til at gjerningsmannen ufrivillig ble underlagt tvungent psykisk helsevern i kriminalasyl på ubestemt tid.²⁷⁵

(kort en setning eller to om rettstilstanden per 2012)

²⁷³ Bethlem Royal Hospital ble opprettet allerede i 1247, og var fra 1300-tallet et sykehus for mentalpasienter. Opp igjennom århundrene har Bethlem tatt imot de farligste og tyngste sinnssyke forbryterne i Storbritannia. For myndighetene var ikke Bethlem bare en utgift. Hver søndag var det nemlig mulig å se pasientene/fangene mot å betale en sum penger (én penny i 1815), jfr Foucault 1973:68. Beskrivelsene om de forferdelige forholdene i dette kriminalasylet er mange både i litteraturen og i kunsten ellers. For mer info – se <http://www.bethlemheritage.org.uk/aboutus.asp>

²⁷⁴ Se bl. a. Syse 2006:143.

²⁷⁵ Se for eksempel Andenæs 1971:171.

7.5 USA – fra Model Penal Code til The Federal Rule – 1962-84

McNaughtan-standarden har vært under sterk og systematisk kritikk nå snart i 170 år. Kritikken til tross – den utgjør grunnelementet i storparten av *the insanity defense* i hele det angloamerikanske rettsområdet. Flere moderniserings- og forbedringsforsøk på McNaughtan-standarden har blitt gjennomført og praktisert, og da spesielt i USA.

7.5.1 Uimotståelige impulser

Noe av hovedkritikken mot McNaughtan-standarden er at den fokuserer på den kognitive evnen til å skille rett fra galt, og at den ikke tar hensyn til om en person kan kontrollere seg selv eller ikke. Fra psykiatrisk hold blir det fremholdt at det er fullt mulig for en person å forstå at en handling er feil, men at mange likevel ikke har mulighet til å kontrollere sine egne handlinger for eksempel på grunn av imperative hallusinasjoner eller uimotståelige impulser (*irresistible impuls*).²⁷⁶ For å møte denne kritikken forsøkte flere stater i USA å modifiser McNaughtan-standarden med en såkalt ”irresistible impulse test”. Denne testen reiste rent hypotetisk følgende spørsmål: Ville handlingen ha blitt gjennomført selv om det sto en politimann ved siden?²⁷⁷ Denne kritikken mot McNaughtan kom på den juridiske og medisinske banen kort tid etter 1843, og spesielt i amerikansk rettspraksis forsøkte domstolene å tilpasse McNaughtan-standarden, og *irresistible impulse test* kom derfor inn som et supplement.²⁷⁸ Denne testen benyttes fortsatt i flere stater i USA.²⁷⁹

7.5.2 Durham-testen – det kausale prinsipp

McNaughtan ble likevel stående relativt stødig helt til 1950-tallet da den såkalte Durham-saken²⁸⁰ slo igjennom i USA. Her slo den føderale appellretten i District of Columbia fast at en tiltalt skal frikjennes hvis den kriminelle handlingen var et produkt av den mentale

²⁷⁶ Se for eksempel Ewing 2008:XVIII.

²⁷⁷ *Policeman at the elbow: Would the defendant have committed the crime even if there were a policeman standing at his elbow?*

²⁷⁸ Robinson 1996:183-184.

²⁷⁹ En av de mer kuriøse sakene som skapte masse medieoppmærksomhet nå i senere tid var saken mot Lorena Bobbitt. Hun ble i 1994 frikjent for å ha kuttet av og avhendet sin mann John Wayne Bobbitts penis. Frikjennelsen ble begrunnet i at hun fikk en *irresistible impulse* der hun bare måtte bruke kniven på sin mann.

²⁸⁰ Monte Durham var en innbruddstyv som hadde brukt det meste av sitt voksne liv mellom mental-institusjoner og fengsler. Den aktuelle saken han var i retten for var også et innbrudd.

sykdommen, derav navnet ”*product test*”²⁸¹, som denne standarden også gikk under. Hadde det ikke vært for sykdom – ingen kriminell handling, ergo kausalitet.²⁸² Kritikken mot McNaughtan var tydelig fra dommerne i saken, som mente at systemet ikke svarte til datidens moderne syn om at mennesket er en integrert personlighet hvor kontroll over egen forstand bare er ett element av det hele. Heller ikke ”irresistible impulse test” var bra nok for å møte moderne psykologi.²⁸³ Ett år før Durham-saken forelå det også en utredning i Storbritannia som slo fast at McNaughtan-reglene ikke sto i stil med den moderne medisinske forskningen.²⁸⁴ Durham-testen åpnet mer opp for psykiatrien og var ikke så strikt som McNaughtan. Men kritikken mot denne testen lot ikke vente på seg, til tross for at Durham-testen spredte seg rundt til flere av USAs stater. Mange mente at som en følge av Durham ble all makt plassert over i hendene på psykiatrien, og at dommerne abdiserte i skyldspørsmålet. Den snudde spørsmål som tidligere var av moralsk og juridisk karakter over til et medisinsk spørsmål. I praksis viste da også Durham-testen at antallet som ble frikjent på grunn av ”insanity” økte dramatisk. I 1954 da Durham-dommen kom var det i District of Columbia bare avsagt utilregnelighetsdommer i 0,4 prosent av sakene. I 1958 var dette økt til 3,3 prosent, noe som gikk videre til 6,1 i 1960 og til oppsiktsvekkende 14,4 prosent i 1961.²⁸⁵ Det sa seg selv at denne praksisen ikke fikk fortsette. Det ble etter hvert for offentligheten *for mange* som ble frikjent for sine handlinger på grunn av Durham-testen.

7.5.3 The Model Penal Code

I 1962 publiserte The American Law Institute (ALI)²⁸⁶ et lovforslag som skulle nyansere og presisere alle tidligere utilregnelighetstester og standarder. *The model penal code* var i praksis bygd på McNaughtan- og ”irresistible impuls-” prinsippene, men var enda mer motivert ut fra allmennpreventive tanker. Formålet var først og fremst å skille ut de som ikke lot seg påvirke under trusselen av straff. Dette ble manifestert i to punkter:

²⁸¹ *The product test* var egentlig et prinsipp som ble fremmet allerede i 1871 av en domstol i New Hampshire som en variant av McNaughtan, og som altså ble blåst liv i igjen i 1954 i District of Columbia.

²⁸² Det kausale prinsipp, jfr Syse 2006:166.

²⁸³ Se for eksempel Andenæs 1971:179-181, Robinson 1996: 201-206 eller Friedman 1993:403 ff.

²⁸⁴ Robinson 1996:201.

²⁸⁵ Friedman 1993:403.

²⁸⁶ ALI er en frittstående sammenslutning av rundt 4000 (i 2012) advokater, dommere og jussprofessorer i USA som ifølge dem selv, på en akademisk måte, jobber for å forenkle, klargjøre og forbedre ”the law”, som i praksis gjerne da betyr den amerikanske *common law*. Kilde: www.ali.org

1. A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct, as a result of mental illness or retardation, he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law.

2. As used in this Article the terms “mental disease or defect” do not include an abnormality manifested only by repeated criminal or otherwise anti-social conduct.²⁸⁷

Ser man på første ledd her er innholdet nesten helt likt med hva man praktiserer i Tyskland eller Sveits, jfr. § 20 i den tyske straffeloven.²⁸⁸ Det er altså en variant av det blandede prinsipp, bortsett fra at her kan man bli dømt utilregnelig *enten* ut fra sin kognitive eller sin viljestyrte mentale kapasitet. Man har altså her en mer fleksibel løsning enn McNaughtan og *irresistible impulse*-test.²⁸⁹ Ved å bruke ordet *appreciate* i stedet for *know* (i McNaughtan) utvides nåløyet for å bli kjent utilregnelighet ytterligere. Det samme gjelder de relativt absolutte kravene i McNaughtan hvor man må mangle *absolutt* alle begreper om hva som er rett og galt, mens her er det nok å mangle ”substantial capacity”.

ALI-prinsippet fikk bredt gjennomslag i USA, og tidlig på 1980-tallet ble denne standarden akseptert i alle de føderale domstolene i USA. Frem til i dag praktiseres ALI-prinsippet fortsatt i flere stater i USA. Men en hendelse på starten av 1980-tallet førte til at mange gikk vekk fra det, og store endringer i måten dette prinsippet blir håndhevet på.

7.5.4 Reagen-attentatet og innstramming

30. mars 1981. Fra fortauet vinket USAs ferske president Ronald Reagan til folkemengden utenfor Washington Hilton Hotel. Sikkerhetsvaktene overså den bevæpnede mannen som plutselig avfyrte seks skudd mot presidenten og hans stab. Attentatmannen John W. Hinckley Jr. hadde sett filmen «Taxi Driver» en rekke ganger, der en mann planlegger å drepe presidenten for å imponere en kvinne. Selv fortalte Hinckley Jr. at han ville komme i kontakt med skuespiller Jodie Foster, som spilte i «Taxi Driver». Ved å drepe Reagan mente Hinckley Jr. at Foster ville få øynene opp for ham og hans kvaliteter.

Reagen overlevde både attentatet og valget i 1984, men presidenten ble hardt skadd, i likhet med en secret service-agent, en politimann og Reagens pressesekretær James Brady. Reagen ble historisk ved å være den første amerikanske presidenten som

²⁸⁷ Her hentet fra Andenæs 1971:181.

²⁸⁸ Se her punkt 2.3.3 i denne oppgaven.

²⁸⁹ Ewing 2008:XIX.

overlevde et slikt attentat. Hinckley Jr. ble historisk ved å forårsake dramatiske endringer i tilregnelighetslovgivningen i USA.

Etter en syv ukers rettssak, med ekspertvitnemål fra seks psykologer og psykiatere som til sammen hadde brukt 450.000 dollar og hundrevis av timer på å undersøke Hinckley Jr., fant juryen ved domstolen i District of Columbia ham *not guilty by reason of insanity*.²⁹⁰ Dommen ble avsagt under ALI-prinsippene. En voldsom debatt oppstod, med den konsekvens at amerikanerne snevret inn *the insanity defense*. Tre stater fjernet umiddelbart mulighetene for å bruke dette forsvaret, og flere fulgte etter.²⁹¹ Andre stater reformerte sin utilregnelighetslovgivning ved å gå tilbake til den strengere McNaughtan-standarden i stedet for ALI-prinsippene, noe som blant annet førte til at bevisbyrden ble flyttet over fra påtalemyndigheten til den tiltalte gjennom at kongressen endret på føderale lover gjennom *The Insanity Defense Reform Act (IDRA)* fra 1984.²⁹² Videre ble muligheten til å føre ekspertvitner for retten, for eksempel psykiatere, strammet kraftig inn på. Det var jo nettopp ekspertvitnene som hadde spilt en viktig rolle i å overbevise domstolene i Hinckley-saken, og noe som sterkt var med å bidra til hans frifinnelse.

No expert witness testifying with respect to the mental state or condition of a defendant in a criminal case may state an opinion or inference as to whether the defendant did or did not have the mental state or condition constituting an element of the crime charged or a defense thereto. Such ultimate issues are for the trier of fact alone.²⁹³

12 stater gikk bort fra å frikjenne mentalt forstyrrede, og heller dømme dem *guilty but mentally ill (GBMI)*. I alt 38 stater endret på lovgivningen og praksisen etter Reagan-attentatet.

7.5.5 Amerikansk praksis i dag

Skrankene for å få dommen *not guilty only by reason of insanity* ble hevet betraktelig i 1984, noe som førte til at svært få rettssaker ender med denne dommen. En undersøkelse gjennomført 1994 som gjennomgikk én million kriminalsaker i 49 counties fordelt på åtte stater i USA viste at i bare 0,9 prosent av sakene la forsvaret inn påstand om frifinnelse på

²⁹⁰ Ewing 2008:XIX.

²⁹¹ Utah, Montana og Idaho, samt Kansas i 1995. De tre førstnevnte praktiserer en tilnærmet svensk modell, der alle blir dømt tilregnelige og eventuelt overført til psykiatrien under soningen hvis nødvendig.

²⁹² Robinson: 1996:189.

²⁹³ Fra Criminal Resource Manual 639:

http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00639.htm (Sisert 15. april 2012)

grunn av utilregnelighet. Ut av disse sakene lyktes forsvaret bare i 26 prosent av sakene.²⁹⁴ Samtidige undersøkelser i USA viste at i opinionen var store deler av befolkningen overbevist om at en suksessfull bruk av *the insanity defense* var langt mer utbredt enn hva empirien faktisk viste. Attentatet mot Ronald Reagan gjorde sitt til å fyre opp ytterligere under denne myten.

Flere undersøkelser i USA viser også at de som lykkes med sitt *insanity defense* i praksis havner i offentlig forvaring vesentlig lengre enn de som mottar ordinære fengselsstraffer. Faktisk viser forskning at utilregnelige lovbrystere i gjennomsnitt er innesperret i institusjoner dobbelt så lenge som vanlige fanger. For utilregnelige kriminelle som har begått ikkevoldlige handlinger er de i gjennomsnitt innesperret *ni ganger* så lenge som tilregnelige. Denne praksisen førte til at motivasjonen for å forsøke seg på utilregnelighetsforsvar falt dramatisk, oppsummerte Yale-professor Howard Zonna i 1998.

Some also adopted a tougher release system. Such changes in Connecticut doubled the average term acquitted defendants spend committed in institutions and apparently caused the number of insanity pleas to drop. (...) So you really got to be crazy to take an insanity defense.²⁹⁵

Videre viser undersøkelser at tiltalte som faktisk forsøker seg på *insanity plea*, og som mislykkes, gjerne ender opp med vesentlig lengre fengselsstraffer enn de som ikke forsøker på å bli kjent utilregnelig.²⁹⁶

For mange som faktisk blir kjent utilregnelige kan en slik dom bety livsvarig forvaring i USA. En frikjennelse på grunn av galskap ender som oftest opp i en psykiatrisk anstalt, og lovgivningen er slik at man gjerne blir der på ubestemt tid.

Although the detention of defendants acquitted by reason of insanity is said to be for the purpose of treatment rather than punishment, these individuals (all of whom have been found "Not guilty of the crime charged) are generally confined against their will in locked, highly secure forensic facilities where they have little freedom.²⁹⁷

Noe av årsaken til dette kan selvfølgelig skyldes at de få sakene som lykkes med sitt *insanity defense* de facto er veldig syke. Etter at nåløyet for å vinne frem med et slikt forsvar har blitt enda mindre, er det jo nærliggende å tro at det faktisk er de som virkelig behøver hjelp, og som eventuelt samfunnet virkelig bør skjermes for, som blir bedømt utilregnelige.

²⁹⁴ Daftary-Kapur 2010:41 ff. Se også Ewing 2008:XXII.

²⁹⁵ Intervju Washington Post 27. februar 1998.

²⁹⁶ Ibid:44

²⁹⁷ Ewing 2008:XXIII.

Men det er også juridiske utfordringer for de som først har havnet innenfor psykiatriens strikte omsorg. Løslatelse avhenger som oftest av at pasienten kan bevise at han ikke lengre er farlig for samfunnet, noe som slett ikke er enkelt for mange å bevise. Mannen som fikk strammet inn på utilregnelighetspraksisen i USA, John W. Hinckley Jr., sitter for eksempel i 2012, 31 år etter skuddene, fortsatt i forvaring. Han slipper ut nå og da på korte permisjoner for å besøke sine foreldre, men lever likevel under et strengt regime. Og i motsetning til veldig mange andre som deler skjebne med Hinckley Jr. så utgjør han uansett en minoritet. De som blir kjent utilregnelige er gjerne ressursvake og kommer fra fattige kår. Hinckley Jr. var i så måte fra en velbeslått familie som brukte store ressurser på rettssaken mot ham.²⁹⁸

Prosesen i USA for *insanity defense* er i dag et totrinnsystem. Første trinn er at påtalemyndigheten må påvise og overbevise domstolen at tiltalte er skyldig. Lykkes den med det, er det opp til forsvaret å bevise at tiltalte er utilregnelig. Man ser her at bevisbyrden snur om i de to forskjellige spørsmålene. Og for å bevise dette innhentes ekspertuttalelser fra psykiatrien og helsevesenet ellers.

Utilregnelighetsdebatten i USA fikk tilløp til nytt liv etter at kongressmedlem Gabrielle Giffords og 18 andre ble skutt under et politisk møte i Tucson, Arizona i januar 2011. Giffords overlevde med store hodeskader, men seks andre ble drept. Gjerningsmannen Jared Lee Loughner har per mai 2012 ennå ikke blitt funnet frisk nok til å bli ført for retten. Arizona opererer med *guilty but insane*-prinsippet. I første omgang førte denne saken til at det ble satt spørsmålsteget ved det røffe debattklimaet i amerikansk politikk, men etter hvert ble også utilregnelighetsspørsmålet også satt under lupen – uten at det nødvendigvis fører til at utilregnelighetspraksisen i de forskjellige delstatene i USA vil bli dramatisk endret av den grunn.

²⁹⁸ Ewing 2008:XIX.

8 Det evige dilemma: den "sindssyge lovovertræder"

Det er beundringsverdig hvor grundig og nyansert våre forgjengere utredet og diskuterte rettspsykiatriske problemstillinger, og det i en tid uten Internett-tilgang og databaser. Vi har stadig noe å lære av dem.²⁹⁹

Randi Rosenqvist

Å gå inn i historien kan hjelpe oss til å forstå samtiden vår bedre, men også til å klarere se hva vi kan legge bak oss og hvilke nye veier vi kan og vil gå.

Dette kan høres enkelt ut, men all nordisk erfaring viser at lovgivningsspørsmål ikke blir gjort i en håndvending. Sverige har snart brukt 50 år på å komme seg ut av sin helt spesielle utilregnelighetslovgivning, som var basert på noen snedige ideer fra et par italienske strafferettsteoretikere rundt forrige århundreskifte. Selv om det nå foreligger en grundig utredning,³⁰⁰ vil det nok ta mange år før Sverige gjør alvor av å gjeninnføre tilregnelighet som et straffbarhetsvilkår i strafferetten. I Norge gikk det nær 30 år fra NOU 1974:5 ble presentert til § 44 slik vi kjenner den i dag trådte i kraft.

8.1 Lovgivning drevet av lovbreakere

Våren 2012 er imidlertid situasjonen i Norge en annen. Vi kan oppleve den paradoksale situasjonen at lovgiver ikke kan få endret på utilregnelighetslovgivningen raskt nok. I så måte er det i tråd med en historisk tradisjon på dette området.

8.1.1 Fra Hadfield til Breivik

“Great cases make bad law” konkluderer jusprofessor Alan M. Dershowitz ved Harvard Law School.³⁰¹ Han viser til den tendensen at store saker ofte blir berømte saker som

²⁹⁹ Rosenqvist 2002:122.

³⁰⁰ SOU 2012:17.

³⁰¹ Skjeldal 2012:17.

mange mennesker fatter dyp interesse for, og at i Norge har ”alle” en interesse for hvilken vurdering retten gjør i saken mot Behring Breivik. Og slikt kan det bli lovendringer av.

Den 11. mai 2012 presenterte Helse- og omsorgsdepartementet sitt forslag for å endre lov om psykisk helsevern.³⁰² Som tidligere nevnt ble dette forslaget til i ekspressfart med en høringsfrist langt under det normale. Målet var å få loven vedtatt før en dom mot terroristen Anders Behring Breivik forelå, noe departementet heller ikke la skjul på. ”Jeg ser ulempene med den korte høringsfristen saken har hatt, men mener fortsatt at hensynet til sikkerheten og befolkningens behov for trygghet må veie tyngre,” siteres helse- og omsorgsminister Anne-Grete Strøm-Erichsen på i pressemeldingen fra departementet.³⁰³

Lovgivningsiveren i kjølvannet av 22. juli har sine klare paralleller i historien. Går vi tilbake til den amerikanske kongressens reaksjon på frikjennelsen av Hinckley Jr. er det ikke vanskelig å se likhetene i dronning Victorias reaksjon på McNaughtans frikjennelse 140 år tidligere. Det samme ser vi i det britiske parlamentets tilbakevirkende haste-lovgivning i 1800 som sørget for at den frikjente James Hadfield ble satt under livsvarig psykiatrisk forvaring. Endringene i rettspraksis og lovgivning etter Reagen-attentatet lot heller ikke vente på seg i USA. Kongressens lovgivningsprosess ble drevet av *insanity* – og da den tiltaltes galskap som ut fra den eksisterende lovgivning og rettspraksis førte til frikjennelse – slik handlingsforløpet gjerne er ellers i verden også.

Dette får konsekvenser. Man kan si at de ”ordinære” mentale sykes integritet og menneskerettigheter kan bli krenket som følge av unike enkeltstående handlinger som sørger for at lovgivere og -anvendere plutselig snur om på lover og praksis som følge av sterke reaksjoner i opinionen. Dette er noe også kritikerne av regjeringens haste-lovgivning påpeker.

Samtidig er det generelt betenkelig at en svært spesiell enkeltsak skal styre utformingen av regler som skal virke generelt. Reglene som foreslås fremstår tilpasset terrorsaken, men kan få stor generell betydning også for andre pasienter.³⁰⁴

³⁰² Se pressemelding nr. 37/2012 fra Helse- og omsorgsdepartementet gjengitt på departementets nettsider. Se også innledningsvis her under avsnitt 1.1.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Høringsbrev fra Advokatforeningen til Helse- og omsorgsdepartementet, fra 23. mars 2012.

I myndighetenes og politikernes higen etter å straffe enkeltindivider for å vise handlekraft overfor opinionen, er det lett å se for seg at dette kan krenke både rettssikkerhet og ikke minst menneskerettighetene til de som virkelig er syke og trenger hjelp.

8.1.2 Moralsk panikk

I sosiologien snakker man om *moralske panikker*.³⁰⁵ Utgangspunktet er gjerne en kjerne av fakta, som gjennom et samspill mellom for eksempel myndigheter, opinion, massemedia og andre interessegrupper i samfunnet utvikler et virkelighetsbilde som går langt utenpå hva som er de faktiske realiteter. Hekseprosessene i middelalderen, den paranoide kommunistjakten i USA etter krigen og Bjugn-saken har blitt trukket frem som eksempler på moralsk panikk. På slutten av 1980-tallet var det brudd på fengselspermisjoner som skaket opp Norge.

En kjent narkotikafange uteble i juli 1988 fra soning etter en kortvarig utgang under oppsyn av fengselspersonale. Kort tid senere gjorde en spritsmugler den samme øvelsen. Harmen blant politi og politikere førte til et vegg-til-vegg dekning i media. De helt trivielle, og som Thomas Mathiesen skriver ”harmløse”, soningsuteblivelsene eskalerte til det som blir betegnet som en moralsk panikk i politi og blant politikere. Det hele ble i tillegg nøret opp under og forsterket av pressen. Saken økte i proporsjoner da den kjente narkotikafangen viste seg å ha vært på restaurant og spist andebryst med rødvin dertil sammen med fengselspersonalet da han forsvant.

Resultatet lot ikke vente på seg. Kritikken blant opposisjonen var enorm, og Fremskrittspartiet svingte seg opp til nye høyder på meningsmålingene. Svaret fra de ansvarlige kom raskt. Allerede i august 1988 strammet Arbeiderparti-regjeringen kraftig inn på permisjonspraksisen og innførte sikkerhetsavdelinger, skjerpet kontroll, nye besøksrutiner og en generell hardere linje i fengslene. Tiltakene gikk langt utover hva hendelsene tidligere på sommeren skulle tilsi. At tallenes fakta viste at en forsvinnende liten del av de over 34.000 fremstillinger og permisjoner fra fengselene i 1988 endte med avvik, kom ikke frem i offentligheten.

³⁰⁵ Dette begrepet tilskrives den israelske sosiologen Stanley Cohen, som i 1972 lanserte boken *Folk Devils and Moral Panics*, som så på oppstyret i kjølvannet av noen tumulter i en engelsk badeby på 1960-tallet mellom ungdomsgruppene ”mods” og ”rockers”. Se Mathiesen 1994:41.

Politiet, massemediene og det politiske ledersjikt er store samfunnsmessige interessegrupper og krefter i det norske samfunn. Ved et samspill dem imellom rundt isolerte, oppsiktsvekkende hendelser i fengselsvesenet, ble en omfattende moralsk panikk skapt mot slutten av 1980-tallet. På kort sikt førte panikken til vesentlige forandringer i form av økte restriksjoner i fengselsvesenet. Det er min tese at panikken også virket på lenger sikt. Den har endret og forverret det politiske klima rundt straffepolitikken.³⁰⁶

Kan vi ane en lignende moralsk panikk i dagens utilregnelighetsdebatt?

Men man må selvfølgelig ha in mente at handlingene 22. juli 2011 er av tidligere helt ukjente proporsjoner. For de berørte parter er det hele bunnløst tragisk, og en hel nasjon føler seg berørt. Men saken er i sin grufullhet så enestående, at det helt klart er på sin plass å stille det spørsmål om den i det hele tatt kan brukes som oppspark til en debatt rundt utilregnelighetslovgivningen og hvordan den i dag faktisk fungerer. Ser man nærmere på denne praksisen, vil man se at bakgrunnen og handlingene til de som defineres som utilregnelig lovbryster i Norge i dag ofte er av en langt mer prosaisk art enn terrorisme.

8.1.3 Utilregnelighet i (retts)praksis

Etter opprettelsen av Kommissjonen for gjenopptakelse av straffesaker i 2004, også kjent som Gjenopptagelseskomisjonen, har utilregnelighet blitt et spørsmål av svært praktisk anliggende. Av de 163 gjenåpnede begjæringer i årene 2004 til 2011 baserer hele 65 av sakene seg på spørsmål om utilregnelighet. Det tilsvarende 40 prosent av sakene.³⁰⁷ I analysen av hvilke lovbrudd disse sakene bunner i, er det store flertallet overtredelser med lavt straffenivå. I 29 av de første sakene var bare to av dem lovbrudd med dom på over seks års fengsel. Flertallet var, jfr. Stridbeck og Grøndahl, ”harmnløse saker” som brudd på veitrafikkloven og vinningsforbrytelser som tyveri og nasking. Ofte dreide det seg også om forhold som var begått mange år tilbake i tid.³⁰⁸

Frifinnelse som resultat av manglende tilregnelighet er internasjonalt sett en uvanlig gjenåpningsgrunn i straffesaker. Den vanligste grunnen for feilaktige domfellelser er som regel nye DNA-bevis eller at øyenvitner til lovbruddet har tatt feil.³⁰⁹ Den særnorske praksisen med at gjenopptakelseskomisjonen oftere gjenåpner saker av til dels harmnløs

³⁰⁶ Mathiesen 1994:46.

³⁰⁷ Stridbeck 2012:304-305. Se også Dullum 2010.

³⁰⁸ Stridbeck 2012:308 ff.

³⁰⁹ Ibid:305.

karakter og med korte domsreaksjoner enn mer alvorlige saker, kan ifølge Stridbeck og Grøndahl skyldes det faktum at Norge er det eneste landet i verden som følger en rendyrket utgave av det medisinske prinsipp. Dette kan få konsekvenser lovgiver neppe har hatt i tankene, og som heller nok ikke var intensjonene bak formuleringene i strl. § 44.

Det kan stilles spørsmål ved om det er rimelig å skulle frifinne (og gi erstatning til) en person med en gitt psykoselidelse som for flere år siden ble idømt tre ukers straff for promillekjøring, i noen tilfeller også etter tilståelse.³¹⁰

Selv om det ikke er noen som helst korrelasjon mellom sykdommen og handlingen, for eksempel et trafikklovbrudd, kan det dermed føre til både frifinnelse og erstatning. Dette paradokset som følger av det medisinske prinsipp, har man riktig nok vært klar over lenge. Bernhard Getz pekte mot lakunene loven førte til allerede for snart 120 år siden.

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 like overfor hans forbryterske tendenser. (...) Også her vil da straffelovgivningens begrensninger til det rent strafferettslige etterlate en følelig lakune.³¹¹

Det er faktisk mulig det *er* gode grunner til at ingen andre land enn Norge følger det medisinske prinsipp i en rendyrket form.

8.2 En ny lovkommissjon

I løpet av de siste 150 årene har det nesten vært unntaket at utilregnelighetslovgivningen i Norge *ikke* har vært under utredning. I så måte er det slett ikke overraskende hvis en ny lovkommissjon blir nedsatt for å se nærmere på problemstillingen.

Ser man på hva som har skjedd i USA, hvor de fleste stater etter flere ulike forsøk har gått tilbake til McNaughtan-prinsippene, eller i Sverige som nå ser ut til å gå tilbake til varianter av reglene man hadde før den noe eksperimentelle lovgivningen på 1960-tallet ble innført, er det mye som tyder på at tidligere tiders utredning og praksis ikke nødvendigvis er avleggs. Til tross for at begge fagfelt – legevitenskap og juss – har utviklet seg, er det som Rosenqvist skriver beundringsverdig hvor ”grundig og nyansert våre forgjengere utredet og diskuterte rettspsykiatriske problemstillinger”.³¹² Det er godt mulig at en eventuell ny lovkommissjon burde starte med å se hva deres forgjengere har begått av tankevirksomhet.

³¹⁰ Ibid:314.

³¹¹ Røstad 1967:195. Sitatet er hentet fra Bernhard Getz’ foredrag i Kriminalistforeningen i 1894.

³¹² Rosenqvist 2002:122.

Derneft kan man løfte blikket og se over til Sverige. I SOU 2012:17 er det lagt grunnlag for en grundig lovrevisjon hvor flere lover, som straffelov og lov om psykisk helsevern, blir samkjørte og harmonisert, samtidig som tilregnelighet igjen kan bli en straffbarhetsbetingelse.

8.3 Profesjonskampen

Hvordan går det så med den århundre lange profesjonskampen mellom leger og jurister? Den lever i sitt beste velgående, skal vi tro utviklingen i terrorrettssaken per mai 2012. Rettsmedisinsk kommisjon underkjente nemlig den 21. mai 2012 den andre rettspsykiatriske sakkyndigrapporten over Anders Behring Breivik, som konkluderte med tilregnelighet. Dette fikk det juridiske kommentariatet til å mobilisere. ”Jeg har aldri opplevd dette før, og jeg har levd med strafferett og rettspsykiatri i 40 år, sa tidligere riksadvokat, høyesterettsdommer og formann for særreaksjonsutvalget som skrev NOU 1990:5, Georg Fredrik Rieber-Mohn, til VG.³¹³ Heller ikke nåværende riksadvokat, Tor-Aksel Busch, later til å være videre imponert over legevitenskapens rolle i straffesaker.

Jeg har tidligere tilkjennegitt offentlig at det etter Breiviksaken bør settes ned et utvalg som bl.a. skal vurdere tilregnelighetsreglene i vår straffelov. Uavhengig av kommisjonens kvalitetssikring av sakkyndigrapportene i denne saken er det naturlig at et slik utvalg vurderer nærmere rollen og oppgaven som rettspsykiatrisk sakkyndig, herunder også kommisjonens funksjon.³¹⁴

Det er nesten man hører ekkoet fra Anders Ørsted, Bernhard Getz og tidligere tiders utilregnelighetsdebatt. Det er nærliggende å parafasere et bibelsitat nok en gang: Fortsatt intet nytt under solen.³¹⁵

³¹³ Hopperstad 2012, VG 24.05.12.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Jfr. Syse:1997:59.

9 Referanser og litteratur

9.1 Bøker og artikler

- Andenæs, Johs.: *De psykiatrisk sakkyndiges plass i straffeprosessen*. I: Lov og Rett. 1962, s. 97-103.
- Andenæs, Johs.: *Grunnlaget for utilregnelighetsreglene*. I: NOU 1974:17, Vedlegg 1 (fra 1971).
- Andenæs, Johs.: *Utilregnelighetsreglene i engelsk og amerikansk rett*. I: NOU 1974:17, Vedlegg 2 (fra 1971).
- Andenæs, Johs.: *Straffen som problem*. Oslo 1996.
- Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2010.
- Anners, Erik: *Den europeiske rettens historie*. Oslo 2011.
- Christie, Nils: *Særuttalelse fra Nils Christie*. I: NOU 1974:17, del VIII, s. 126-146.
- Daftray-Kapur, Tarika et. al.: *Measuring Knowledge of the Insanity Defense: Scale construction and Validation*. I: Behavioral Sciences and the Law, nr. 29/2011, s. 40-63.
- Dullum, Jane: *Justisfeil i straffesaker. En analyse av saker behandlet av Kommisjon for gjenopptakelse av straffesaker (Gjenopptakelseskommisjonen) i perioden 2004-2009*. Oslo 2010.
- Ewing, Charles Patric: *Insanity. Murder, madness and the law*. Oxford University Press, New York 2008.
- Foucault, Michel: *Madness & Civilization. A History of Insanity in the Age of Reason*. New York 1973.
- Friedman, Lawrence M.: *Crime and Punishment in American History*. New York 1993.
- Grøndahl, Pål: *Sikring eller forvaring – refleksjoner over de nye særreaksjonene*. I: tidsskrift for Den norske legeförening, nr. 18/2000, s. 2159-2161.
- Grøndahl, Pål: *A comparativ and empirical analysis of practices in Norwegian forensic psychiatry*. Dissertation, Oslo 2010.

- Gschwend, Lukas: *Zur Geshichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Ein Beitrag insbesondere zyr Regelung im Schweizerischen Strafrecht*. Schulthess Polygraphisher Verlag AG, Zurich 1996.
- Gullbrå, Torstein: *Dømt til behandling – om ansvarsforholda under gjennomføring av særreaksjonen tvungent psykisk helsevern*. Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Hagland, Jan Ragnar og Jørn Sandnes: *Frostatingslova*. Oslo 1994.
- Hennum, Ragnhild: *Tilregnelighet*. I: Materialisten. Nr. 4/2008.
- Helweg, Hjalmar: *Den retslige psykiatri. I kort omrids*. København 1939.
- Homer: *Iliaden*. Oversatt av Peter Østby, Oslo 1991.
- Høigård, Cecilie: *Realistiske inspirasjoner – noen grønlandske erfaringer*. I: Brott i välfärden. Om brottslighet, utsatthet och kriminalpolitik. Festskrift til Henrik Tham. Stockholm 2007, s. 1-39.
- Høyer, Georg: *Noen sider ved reaksjonen overfor sinnslidende lovovertridere gjennom tidene*. I: Nordisk Psykiatrisk Tidsskrift, 1985, s. 13-21.
- Kant, Emmanuel: *Anthropologie in einer pragmatischer Hinsicht*. Hamburg 1798/1980.
- Keyser, R. og P.A. Munch: *Norges gamle love indtil 1387*. Christiania 1848.
- Lavik, Nils Johan: *Paranoide personlighetsforstyrrelser og makt*. I: Tidsskrift for Den norske legeforening. Nr. 17/2001, s. 2063-2008.
- Lund, Ketil: *Højesterets dommere kunde med fordel have læst Holbergs epistler*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Oslo 1999, s. 743.
- Mathiesen, Thomas: *En straffepolitisk styring – en studie i moralsk panikk*. I: Fridhov, Inger Marie et. al.: Festskrift til Kåre Bødal. Oslo 1994, s. 41-54.
- Moran, Richard: *The Modern Foundation for the Insanity Defence: The Cases of James Hadfield (1800) and Daniel McNaughtan (1843)*. I: Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 477. 1985.
- Radovic, Susanna og Henrik Anckarsäter (red.): *Tilræknlighet*. Lund 2009.
- Ringdal, Nils-Johan: *Gal mann til rett tid: NS-minister Sverre Riisnæs: en psykobiografi*. Oslo 1991.
- Robinson, Daniel N.: *Wild Beasts & Idle Humours. The Insanity Defence from Antiquity to the Present*. Cambridge (MA)/London 1996.
- Rosenqvist, Randi: *Rettspsykiatri i fortid, nåtid og fremtid*. I: Tidsskrift for Den norske legeforening. Nr. 1, 2002, s. 122.

- Rosenqvist, Randi: *Om rettspsykiatriske utredninger av tilregnelige lovovertredere*. I: Tidsskrift for strafferett, nr. 3/2005, s. 240-257.
- Rosenqvist, Randi: *Rettspsykiatri – en introduksjon*. Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Rosenqvist, Randi: *Utilregnelighetsregelen – moden for revisjon?* I: Tidsskrift for Den norske legeforening, nr. 7/2012, s. 843-844.
- Røstad, Helge: *Sikringsinstituttet i Norsk rett*. I: NOU 1974:17 (vedlegg 3). Oslo 1965-67.
- Schiøtz, Aina: *Legen som sakkyndig – rollen og historien*. I: Tidsskrift for Den norske legeforening, nr. 7/2012, s. 853-854.
- Schmidt-Recla, Adrian: *Theorien zur Schuldfähigkeit. Pshychowissenschaftliche Konzepte zur Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im 19. und 20. Jahrhundert*. Leipzig 2000.
- Skålevåg, Svein Atle: *Sykdom og tilregnelighet – fra sakkyndighetens historie*. I: Tidsskrift for Den norske legeforening. Nr. 1, 2002, s. 65-68.
- Skålevåg, Svein Atle: *Tilregnelighet som psykiatrisk, juridisk og historisk problem*. Upublisert artikkel 2012.³¹⁶
- Stridbeck, Ulf og Pål Grøndahl: *Utilregnelighet "under radaren"?* I; Lov og rett 2012, s. 301.
- Syse, Aslak: *Dømt til behandling – frikjent til fengsel. Nye strafferettslige ansvarsregler og særreaksjoner*. I: Tidsskrift for strafferett (Nytt i strafferetten). Nr. 1/1997.
- Syse, Aslak: *Strafferettslig (u)tilregnelighet juridiske, moralske og faglige dilemmaer*. I: Tidsskrift for strafferett. Oslo 2006, s. 141.
- Søbye, Espen: *En mann fra forgangne århundrer. Overlege Johan Scharffenbergs liv og virke 1869-1965. En arkivstudie*. Oslo 2010.
- Waaben, Knud: *Retspsykiatri og strafferet i historiens lys*. København 1997.
- Walker, Nigel: *The Insanity Defence before 1800*. I: Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 477. 1985.
- Winge, Paul: *Om Behandlingen af sindssyge Forbrydere: Indledende Foredrag i den norske Kriminalistforenings 2det Møde 31te Oktober 1893 samt foreløbig Udkast med Anmerkninger*. Kristiania 1894.
- Winge, Paul: *Den sindssyge lovovertræder*. Kristiania 1896.

³¹⁶ Skal etter planen publiseres i Nytt norsk tidsskrift i løpet av 2012.

9.2 Avisartikler, innlegg, kronikker og pressemeldinger

Endringer i psykisk helsevernloven – styrking av sikkerheten. Pressemelding nr. 37/2012, Helse- og sosialdepartementet.

Eriksson, Göran: *Politisk sjuka?* I: Svenska Dagbladet, 13. mai 2012.

Gran, Bernt og Reidar Mide Solberg: *Hodepinen.* I: Dagens Næringsliv, 28. april 2012.

Hagland, Jan Ragnar: *Utilrekneleg i mellomalderen.* Kronikk i Adresseavisen, 24. februar 2012.

Hopperstad, Marius, et. al.: *Rieber-Mohn: - Aldri opplevd dette før.* I: VG 24. mai 2012.

Rose, Johanna: *Med vett och vilja.* I: Forskning och framsteg, nr. 3/2012.

Skjeldal, Gudmund: *Store saker. Skjøre lover.* I: Morgenbladet 20. januar 2012, s. 16-17.

Lund, Ketil: *Strafferettslig diskriminering.* I: Klassekampen, 4. januar 2012.

Letvik, Tore et. al.: *Satte påtalemyndigheten kraftig på plass.* I: Dagsavisen 14. januar 2012, s. 14-15.

Martin, John P.: *The Insanity Defense. A closer look.* I: Washington Post, 27. februar 1998.

9.3 Oppslagsverk

Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon.³¹⁷

Juridisk leksikon, Kunnskapsforlaget 2010.

Norsk biografisk leksikon, Kunnskapsforlaget, Oslo 1999-2005.

9.4 Lovforarbeider

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbejdet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896.

NOU 1974:17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming.

NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner.

NOU 2001:12 Rettsmedisinsk sakkyndige i straffesaker.

³¹⁷ Som tidligere nevnt er både Store norske leksikon og Norsk biografisk leksikon begge å finne på nett i fulltekst: www.snl.no

NOU 2002:4 Ny straffelov Straffelovkommissjonens delutredning VII.

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994). Om lov om endringer i straffeloven m v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

Ot.prp. nr. 46 (2000-2001). Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239).

SOU 1996:185 Straffansvarets gränser.

SOU 2002:3 Psykisk störning, brott och ansvar.

SOU 2012:17 Psykiatrin och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd.

9.5 Offentlige rapporter

Den rettsmedisinske kommisjon, Årsrapport 2011.

Rapport om forholdene ved Reitgjerdet sykehus, fra den granskingskommissjon som ble nedsatt ved kongelig resolusjon 29. februar 1980. Formann: Knut Blom.

Politiets drapsoversikt 2011:

https://www.politi.no/aktuelt/nyhetsarkiv/2012_01/Nyhet_10911.xml

Høring - Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2012/horing---forslag-om-sarlige-regler-for-g.html?id=673741>

9.6 Nettressurser

Aschehoug og Gyldendals Store norske leksikon: www.snl.no

Gyldendals Den Store Danske Ensyklopædi: www.denstoredanske.dk

Medieovervåkningsbyrået Retriver: www.retriver.no

Lovdata: www.lovdata.no

Statistisk sentralbyrå: www.ssb.no

Thomson Reuters' juridiske nettsted: <http://lp.findlaw.com/>