



Utilregnelighet, Insanity og Unzurechnungsfähigkeit

En titt på tre lands utilregnelighetsregler

Av Daniel Flatmo Bakken

JUR-3901

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2013*

Kapittel 1 – Hvorfor og hvordan

1.1 Innledning – en begrunnelse	4
1.2 Problemstilling	7

Kapittel 2 – Utilregnelighet i Norge

2.1 Innledning	8
2.2 Metode	9
2.3 Straffeloven – utgangspunktet	10
2.4 Forarbeider – tanker om regelen	
2.4.1 Ot.prp.nr.87 (1993-1994) - en hovedkilde	12
2.4.2 Sinnssykdom til psykose – hva er endret?	13
2.4.3 Kort om psykisk utviklingshemming	16
2.4.4 Bevisstløshet – ikke bevisstløs	17
2.4.5 Trenger vi en utilregnelighetsregel?	18
2.4.6 Prinsippet bak utilregnelighetsregelen	20
2.4.7 Hvilke tilstander fører til utilregnelighet?	24
2.4.8 Den fakultative straffrihetsregelen	25
2.4.9 Innholdet i den fakultative straffrihetsregelen	29
2.4.10 Nedsatt tilregnelighet	31
2.4.11 Medisinering og fingering av skyld	33
2.5 Tvangsbehandling etter § 39	37
2.6 Rettspraksis	
2.6.1 Gråsonen	39
2.6.2 Borgarting – paranoid psykose	39
2.6.3 Borgarting - schizofreni og Sør Trøndelag Tingrett – paranoid psykose	41
2.6.4 Eidsivating – akutt paranoid psykose	42
2.6.5 Høyesterett – ruspsykose og fingering av skyld	44
2.7 Rettspsykiatri	
2.7.1 ICD-10 og DSM-IV	46
2.7.2 Rettspsykiatrisk sakkyndige	47
2.7.3 Den rettsmedisinske kommisjon	51

Kapittel 3 - Utilregnelighet i USA

3.1 Innledning	52
3.2 Metode	52
3.3 De uforenede utilregnelighetsregler	
3.3.1 M’Naughten – rett fra galt og uimotståelig impuls	54

3.3.2 Durham – produkttesten	57
3.3.3 Model Penal Code – kodifiseringsforslag	63
3.3.4 United States Code – De føderale regler	65
3.4 Rettspraksis – særlige tilfeller	
3.4.1 United States v. John Hinckley – stor effekt	73
3.4.2 Clark v. Arizona – Sakkyndig bevis	74
3.4.3 O'Connor v. Donaldson – Menneskerettigheter	76
3.4.4 Frenck v. United States – Den sinnssykes ønsker	77
3.5 Guilty But Mentally Ill GBMI	78
3.6 Sinnsfriske delstater – ingen utilregnelighetsregel!	82
3.7 Temporary insanity	86
3.8 Diminished capacity	88
3.9 Litt statistikk	89
Kapittel 4 – Utilregnelighet i Tyskland	
4.1 Innledning	90
4.2 Metode	91
4.3 Unzurechnungsfähigkeit – utilregnelighet	91
4.4 Verminderte Schuldfähigkeit – redusert skyldevne	95
4.5 Rettsfølger	96
4.6 Rus og utilregnelighet	
4.6.1 Actio libera in causa (a.l.i.c.)	96
4.6.2 Vollrausch	101
4.7 Rettspraksis	
4.7.1 Bruken av sakkyndige	103
4.7.2 Sakkyndiges ansvar	106
Kapittel 5 – Avslutning	
5.1 Avslutning – kom til poenget!	107
5.2 Utilregnelighetsreglene – trengs de?	108
5.3 Det medisinske prinsipp – humanisme i fokus	108
5.4 Det psykologiske prinsipp	109
5.5 Guilty But Mentally Ill kontra tvangsbehandling	109
5.6 Rus og utilregnelighet – fingering av skyld?	110
5.7 Hinckley-effekten	111
Siste ord - En takk	112

Kapittel 1 – Hvorfor og hvordan

1.1 Innledning – En begrunnelse

Arbeidet med denne oppgaven begynte høsten 2012 med en klar følelse av at den norske tilnærmingen til utilregnelighetsproblemet ikke var så robust som den kunne fremstå. I kjølvannet av Breivik-saken og det søkelys denne satte på rettspsykiatrien og måten vårt rettssystem behandler psykisk syke lovbrøyttere på, ble det satt et voldsomt fokus på de prosesser som plasserer disse menneskene enten i behandling eller hos fengselsvesenet. Debatter, intervjuer og reportasjer florerte i nyhetsbildet i lang tid og malte et bilde av et rettsvesen i krise.

Etterhvert som arbeidet gikk frem, ble det raskt klart at denne fremstillingen var lite nyansert, jfr. World Justice Projects internasjonale undersøkelse¹. Men selv om rettsvesenet forøvrig har et solid grunnlag, har det kommet sterke signaler om et ønske om endringer i reglene rundt utilregnelighet og rettspsykiatriens rolle fra forskjellige hold etter Breivik-saken. Som en konsekvens av dette har Justis- og beredskapsdepartementet satt ned et lovutvalg for å gi en utredelse om utilregnelighet og rettspsykiatrisk sakkyndige i det norske rettsvesen². Utvalget er gitt et mandat til å sammenligne norsk, svensk og dansk rettspraksis, med tanke på å foreslå endringer til en ny utilregnelighetsregel. Utvalget er ventet å levere sin utredning 1. September 2014.

Videre har det kommet bekymringsmeldinger fra sakkyndig hold, angående rettspsykiatriens vilkår i Norge. Dette kom klart frem under Forum møte for Rettspsykiatri i Trøndelag februar 2013, der blant annet Tor Langbach fra Domstoladministrasjonen, psykiater Pål Grøndahl og psykiater Karl Henrik Melle fra den rettsmedisinske kommisjon deltok. Her ble det fortalt om forholdene som rettspsykiatere jobber under, der disse har blitt kritisert som utilstrekkelige med tanke på den rolle de psykiatrisk sakkyndige skal ivareta, samt mangelen på en skikkelig struktur å jobbe under. Det ble fremlagt påstander om at rettspsykiatrien mangler institutter og en egen klinisk atmosfære å jobbe under, samt at saksforberedelse ironisk nok er en ettertanke i flere saker.

Dette gir grunnlag for å sette spørsmålstegn rundt behandlingen av utilregnelige lovbrøyttere. Utilregnelige, enten de er lovbrøyttere eller ikke, er en særlig utsatt og svak gruppe som ofte er ute av stand til å ivareta sine egne interesser. De kan være ute av stand til å innse hvilken prosess de blir utsatt for i rettssystemet. Adgangen til en utilregnelig person å anke er avhengig av betydelig innsats

¹ <http://www.domstol.no/no/Aktuelt/Nyheter/Norge-i-topp-som-rettsstat/> Sist besøkt 1/5 2013

² Notat fra Justis- og Beredskapsdepartementet datert 25. Jan. 2013, Saksnr.: 12/6639

fra forsvareren, ofte en offentlig oppnevnt sådan, og helt avhengig av de sakkyndiges vurderinger.

Men psykiatriske diagnoser er et spørsmål om samlinger av symptom som peker på en diagnose, og de fleste mentale lidelser må plasseres på et spektrum, en glidende skala av alvorlighet. Selv om det finnes gode kategoriseringer, eksisterer det absolutt feilmarginer og en risiko for feildiagnose.

På toppen av dette kommer institusjonaliseringsproblematikken. Både hos friske og mentalt syke forekommer det en risiko for en psykiatrisk versjon av soningsskader, et potensiale for å utvikle psykisk sykdom som respons på tvangsbehandling, mangel på normal sosial omgang, isolasjonsskader, og abnorme reaksjoner på medisiner. Man kan ganske enkelt bli syk av tvangsbehandling.

I tillegg til denne vanskeligheten med sakkyndighet kommer det at det innen psykologi og psykiatri brukes begreper som “psykose” som har en betydning innenfor psykiatrien og en annen innenfor den rettslige bruken av utilregnelighetsbegrepet. Her er det en kilde til risiko for feil i rettsavgjørelser, skulle man ha på juristers side en mangelfull forståelse for psykiatriske diagnoser, og hos rettspsykiatere en manglende evne til å formidle sin kunnskap på en slik måte at den rettslige behandlingen har et trygt og faglig godt grunnlag å bygge avgjørelser på.

I tillegg til dette ble det under Forummet snakket om at det innenfor rettspsykiatrien eksisterer et særlig problem med hensyn til sakkyndiguttalelser; det faktum at kontradiksjon er meget vanskelig å skaffe til veie. Under Breivik-saken ble det produsert et nytt par rettspsykiatere som leverte en ny utredning i tillegg til den originale sakkyndigerklæringen. Dette var betenkelig av flere grunner som har vært oppe i media, men det man kan merke seg er at dette var veldig uvanlig. I de fleste saker der rettspsykiatere avlegger erklæringer hersker det fullstendig enighet mellom disse, de fremstår som et “team” som avlegger sin undersøkelse og sine konklusjoner sammen, til tross for at de i prinsippet skal fungere som separate og uavhengige sakkyndige.

Oppgaven vil også bygge på en undersøkelse av praksis, men vil bruke en del tid på særlig den praksis som har produsert de såkalte “gråsoner”-tilfellene som har vært fremme i media, lovbrøttere som er blitt holdt for å være utilregnelige etter straffelovens regler men ikke idømt tvangsbehandling, eller som under behandling er blitt funnet friske nok til å slippe. For syke til å straffes, for friske til å behandles. Disse tilfellene gir det norske rettsvesen et problem, da dette kolliderer voldsomt med den alminnelige rettsoppfatning.

Et eksempel på dette er NRKs artikkelserie³ der NRK mente å ha identifisert 22 rettsavgjørelser som skapte furore på grunn av at gjerningsmenn som hadde utført alvorlige forbrytelser ikke ble møtt med noen reell reaksjon på sine handlinger. Utover den skade slike tilfeller gjør på rettsvesenets omdømme bør slike saker undersøkes for å se hva det var med disse sakene som sørget for at slike resultater ble valgt.

Utover dette vil det gjøres et forsøk på å si noe om de sentrale psykiatriske begrepene som danner grunnlaget for utilregnelighetsvurderinger, da disse er helt nødvendige for jurister å kjenne til for å ha en god forståelse av hva utilregnelighet i virkeligheten *er*, for å ha en mulighet til å overføre kunnskapen til de rettspsykiatriske sakkyndige til det rettslig relevante. Uten dette er det vanskelig å ivareta rettssikkerheten til potensielt utilregnelige lovbrøyttere, et hensyn som danner grunnlaget for vår humanistiske tilnærming til straff og helse. At jurister burde ha en bedre forståelse av psykiatriske begrep var noe som var etterlyst på det tidligere nevnte forummøtet.

For å sette dette i et bredere perspektiv, skal oppgaven videre fokusere på den praksis som er valgt i andre land. Lovutvalget som er nedsatt av Justis- og Beredskapsdepartementet har et uttalt mål å sammenligne det norske regelverket med regelverket i Sverige og Danmark, noe som har en klar sammenheng med den rettshistoriske tradisjonen som de nordiske landene i stor grad deler, og det er også noe som er blitt gjort før under tidligere revisjoner av utilregnelighetsregelen. Det har klare fordeler å sammenligne Norge med land som opererer med lignende systemer og rettslige prinsipper, og det er nok en god del lærdom å hente her.

Denne oppgaven vil i stedet fokusere på to land som i varierende grad ikke deler sin rettstradisjon med den norske, USA og Tyskland. Det kan kanskje virke unaturlig å sammenligne lille Norge med to stater som på hvert sitt hold har enorme systemer og like enorme problemer, rettspolitisk og for øvrig. Årsaken til at disse landene har blitt valgt, er ikke for å i første grad sidestille det norske rettsvesen med det tyske eller det amerikanske, men for å forsøke å ta lærdom fra den praksis som har vokst frem og de feil som har blitt gjort i disse enorme systemene.

Både USA og Tyskland har lang og betydelig praksis med psykologiske og rettspsykiatriske problemstillinger. På mange måter er det nettopp disse to landene den psykologiske vitenskap og til en viss grad rettspsykiatrien har vokst frem fra, og her forventes det å være en enorm mengde praksis å se på, samt annet kildemateriale fra en lang historisk bakgrunn innenfor rettspsykiatrien.

³ <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.10864943> sist besøkt 1/5 2013

Selvsagt medfører valget av disse landene en utfordring med tanke på de språklige utfordringene ikke bare i innsamlingen av relevant kildemateriale, men særlig med tanke på forståelse og anvendelse av disse kildene. Innenfor dette stiller attpåtil Tyskland i en egen klasse; selv om tysk rett har bidratt betydelig internasjonalt, eksisterer det lite oversatt Tysk juridisk litteratur og praksis, og er i det hele tatt lite tilgjengelig for de som ikke er født, oppvokst og juridisk utdannet i Tyskland.

USA er også en utfordring. Selv om kildematerialet er noe mer tilgjengelig i utgangspunktet, er den amerikanske lovanvendelsen fragmentert på de 50 ulike statene og deres særegne anvendelse av denne. Dette gir i realiteten 50 ulike systemer der det i noen er like enkelt å bli erklært utilregnelig som i Norge, og i andre der det er så vanskelig at det bokstavelig talt er umulig. Samtidig er det å fokusere kun på det føderale regelverket et problem, siden det begrenser mengden kildemateriale.

Attpåtil krever en fullstendig forståelse av disse landenes regelverk og metode i praksis en fullstendig juristutdanning fra disse landene. Det blir derfor aldeles for ambisiøst å søke å gi en helt komplett fremstilling av utilregnelighetsreglene og praksisen rundt disse i Tyskland og USA. Det vil i stedet forsøkes å gi en oversikt over norsk og utenlandsk praksis for å kunne sammenligne, og til slutt vil den kunnskapen som kan hentes fra disse landene bli sammenholdt med det norske systemet per i dag for å se om de kan gi et noe bredere perspektiv utilregnelighetsproblematikken i Norge.

Foran hver av hovedkapitlene i denne oppgaven vil det redegjøres kort for det metodevalg som er gjort, og det som ligger til grunn for dette valget. Redegjørelsen vil ikke gå i dybden på den valgte metoden, eller gjøre noen utgreiinger av juridisk metode generelt. Utgreiingen begrenser seg til et forsøk på å forklare hvorfor de valgt som er gjort. Som følge av oppgavens rettpolitiske vinkling vil det benyttes en god del kilder utenfor formell lov, forarbeider og rettspraksis.

Formålet med oppgaven er å rette blikket fremover fra nåtidens system, og annet enn særlig relevante enkelthendelser og praksis vil det rettshistoriske bakteppet for en stor del ikke behandles.

1.2 Problemstilling

Formålet med denne oppgaven er tredelt.

For det første søker denne oppgaven å identifisere og presentere problemene med utilregnelighetsregelen i gjeldende norsk rett, både fra et teoretisk og praktisk standpunkt.

For det andre vil denne oppgaven undersøke utilregnelighet innen andre rettssystemer, med den hensikt å gi en oversikt over relevant praksis og nyttige løsninger som skiller seg ut fra eller har fellestrekk med den norske praksis.

For det tredje vil resultatene av dette sammenlignes for å se om det er mulig å presentere alternative løsninger til de som benyttes i dag, eller et nytt perspektiv på utilregnelighet og temaene rundt.

Utilregnelighet i Norge – Det medisinske prinsipp

2.1 Innledning.

Dette kapittelet kommer til å omhandle den nåværende norske utilregnelighetsregelen, straffeloven 1902 § 44 og de rettskilder som danner grunnlaget for å bli dømt til tvang psykiatrisk behandling. Først behandles rettsregelen slik den fremstår i dag. Videre vil den praktiske bruken av regelen undersøkes, og de følger dette har hatt, med tanke på de såkalte “gråsoner”-tilfellene.

Det vil også gås nærmere inn på den fagterminologi som er benyttet i straffeloven 1902 § 44 både fra et språklig og begrepsmessig/faglig perspektiv. Dette vil gjøres i sammenheng med en bredere oversikt over rettspsykiatrisk diagnostikk og sentral begrepsbruk innen psykiatrien blant annet det diagnostiske verktøyet ICD 10⁴, samt et forsøk på en grundigere beskrivelse av hva utilregnelighet i realiteten betyr.

Et sentralt problem rundt forståelsen av straffeloven 1902 § 44 er bruken av begrep som er ment til å ha en mening som er relevant til rettsanvendelsen, men som ikke korresponderer til begrep som er brukt i psykiatrien. Det vil bli brukt betydelig tid på å presentere og sammenligne begrepene slik de er brukt og slik de kan forstås i psykiatrien, da det er dette som danner det faglige grunnlaget for i det hele tatt å kategorisere utilregnelige lovbrøyttere.

Denne delen vil begrenses fagmessig; denne oppgaven vil ikke forsøke å vurdere eller kvalifisere psykiatriske diagnoser som sådan, eller gjøre noe forsøk på å komme med autoritative utsagn om diagnostikk av mental sykdom. Utover en helt generell forståelse av sykdom og diagnoser må det

⁴ <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>

medisinske holdes utenom oppgaven, og oppgaven vil begrense seg til å behandle det ukontroversielle, praktiske arbeidsmetoder og forholdene som rettspsykiatrisk praksis utøves under, og slik kunnskap som er lett tilgjengelig for jurister.

Forarbeidene til straffeloven 1902 § 44 vil utgjøre grunnlaget for å forstå hva lovgiver har forsøkt å oppnå med bestemmelsen, og hvordan og i hvilken grad dette harmonerer med det psykiatrifaglige. Dette vil sammen med det psykiatrifaglige danne det teoretiske grunnlaget for å forstå utilregnelighet.

Videre vil dette sammenlignes med rettspraksis på området, med et fokus på den praksis som kan sies å ha ført til uønskede eller problematiske resultater. Det finnes betydelig praksis på dette området, og på grunn av plassbegrensninger fokuseres det ikke her på saker som kan fremstå som ordinære, selv om det selvsagt også finnes gode grunner til å undersøke sakene der systemet har fungert slik det i teorien er ment til å gjøre.

Det nevnes forøvrig at utilregnelighet er hjemlet i den nye Lov om straff (straffeloven) 2005 under § 20. Ettersom denne ikke i skrivende stund har trådt i kraft tas det utgangspunkt i den gjeldende strafflovsbestemmelsen. Bestemmelsen har i det vesentlige samme ordlyd som dagens § 44, med unntak av et tilleggsledd om minstealder.

2.2 Metode

Da denne oppgaven har en hovedsakelig rettspolitisk vinkling, vil kildene være varierte og vil vurderes på basis av språklighet, bakgrunnsprinsipper, intern logikk og samfunnsmessige konsekvenser av rettsregelen.

Grunnen til dette er at utilregnelighetsregelen er under endring. Selv om man må ta utgangspunkt i gjeldende rett for å finne ut hvordan regelen skal forstås, virker det lite praktisk å bygge en oppgave rundt gjeldende rett som raskt ikke kommer til å være gjeldende rett lenger.

Som følge av at lovområdet som utilregnelighetsregelen befinner seg i er dominert av kjerneprinsippet om legalitet, vil utgangspunktet være å analysere selve hjemmelen og den konkrete begrepsbruken i hjemmelens ordlyd. Da ordlyden benytter begreper som er ment til å ha en forankring i psykiatrien, må man undersøke begrepene slik de er ment til bli forstått i de faglige miljøene lovens begreper kommer fra. Det vil bli benyttet et bredt utvalg kilder, men hovedtyngden vil ligge på en undersøkelse av forarbeidene og av rettspraksis.

På grunn av den rettspolitiske vinklingen vil det bli lagt vekt på de sakkyndige, som har en avgjørende rolle i utilregnelighetsspørsmålet, og de forhold disse jobber under. Dette har sammenheng med den rent praktiske konsekvensen av deres bidrag, og er et moment som må tas i betraktning skal man unngå å havne i den fellen at man beskriver teori som har ingen praktisk relevans.

2.3 Straffeloven 1902 § 44 – Utgangspunktet

Utilregnelighet etter Norsk lov reguleres av Straffeloven 1902 § 44. Formålet med bestemmelsen er gitt i sammenheng med kapittel 3 som regulerer betingelser for straffbarhet. I strafferettslig sammenheng hører dette inn under skyldspørsmålet.

For å kunne straffes, er det et absolutt krav at personen må ha vært tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Slik en normal person kan bebreides for sine handlinger fra et moralsk/normativt utgangspunkt der man får sine handlinger vurdert av andre medlemmer av samfunnet, vil det være urimelig å bebreide en person for handlinger når man ikke kan kreve normal tankegang eller normal modenhet/vurderingsevne av vedkommende.

Dette har sammenheng med kravet om at gjerningspersonen må ha utvist subjektiv skyld, som er et av kjerneprinsippene i straffelovgivningen og et absolutt krav. Er man utilregnelig er det da antatt at man manglet evnen til å utvise subjektiv skyld.

Tanken om utilregnelighet har også en humanitær bakgrunn, og det ville stride mot flere av våre folkerettslige forpliktelser å straffe svært mentalt syke personer.

Utilregnelighet stadfestes etter evaluering av rettspsykiatrisk sakkyndige, som vil utgjøre hovedgrunnlaget for bevis om tiltaltes sinnstilstand, og disse vil være psykiatere eller psykologer. Det kreves i Norge ingen egen rettspsykiatrisk utdanning eller spesialisering for å fungere som sakkyndig. Det kan ha en sammenheng med det medisinske prinsipp ettersom det er tilstrekkelig å stadfeste visse sykdommer/gi en diagnose for å konkludere med utilregnelighet.

Det er retten som etter straffeprosessloven har ansvar for at saken er fullstendig opplyst og er dermed til sist den som har ansvar for at utilregnelighet blir stadfestet. I hovedsak vil derimot påtalemyndighetene som regel begjære psykiatrisk observasjon når etterforskning og observasjon

under arrest/varetektsfengsling gir signaler om at dette er nødvendig. Rettspsykiatrisk observasjon er vanlig i de mer alvorlige straffesaker.

Skulle en utilregnelig lovbrøyer bli dømt uten å ha blitt underlagt rettspsykiatrisk observasjon er dette et grunnlag for anke.

I Norge er den rettsmedisinske kommisjon kontrollorganet for den rettspsykiatriske virksomheten. Kommisjonen består av erfarne psykiatere som mottar og behandler rapporter fra rettspsykiatrisk sakkyndiges evalueringer. Kommisjonen skal slik bidra til å evaluere og sikre kvaliteten på det rettspsykiatriske arbeidet generelt, og gi retten en ekstra kilde til evaluering av de rettspsykiatriske vurderingene av potensielt utilregnelige lovbrøyttere. Mer om kommisjonen i eget kapittel.

Bli man etter straffeloven 1902 § 44 holdt for å være utilregnelig, kan man ved dom utsettes for særreaksjonen å bli overført til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven 1902 § 39. Dette er begrunnet i hensynet til samfunnsvern og har begrensninger i når den kan benyttes.

Innholdet i straffeloven 1902 § 44 er som følger:

“Den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs straffes ikke.

Det samme gjelder den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i høy grad.”

Her presenteres tre kriterier for å bli holdt for å være utilregnelig etter strl. § 44. Man må enten ha tilstanden “psykotisk”, være “bevisstløs”, eller være “psykisk utviklingshemmet i høy grad”. En (eller flere) av disse tilstandene må være til stede på handlingstidspunktet, altså under utførelsen av selve handlingen.

Ut over dette er ordlyden til liten hjelp til forståelse av begrepene som benyttes. Disse kan betraktes å være ment til å ha en rettslig betydning til bruk for jurister ettersom de er brukt i en lovtekst, men forarbeidene har ikke dette synet. Begrepene har sin bakgrunn i og skal forstås i henhold til rettspsykiatriske betydninger og kan ikke forstås rent språklig. Vi må derfor ta utgangspunkt i forarbeidene til bestemmelsen.

2.4 Forarbeider til straffeloven 1902 § 44 – Tanker om regelen

Ot.prp nr. 87 (1993-1994) er valgt ut for å illustrere lovgivers mening med bestemmelsen og for å belyse sentrale momenter. De eldre arbeider og andre kilder med mer historisk verdi er valgt bort grunnet manglende relevans til dagens situasjon; ettersom det har kommet sterke signaler om snarlige endringer på dette området. De nyere forarbeider til den nye straffeloven 2005 som ikke er trådt i kraft refererer i stor grad til Ot.prp nr. 87 (1993-1994), slik at sistnevnte fremstår som det beste kildegrunnlaget.

Det vil brukes plass på den foreslåtte fakultative straffrihetsregelen, da den inneholder mye argumentasjon som er relevant for forståelsen av hva det har vært ønsket fra forskjellig hold at en slik utilregnelighetsregel kan og kanskje bør inneholde.

2.4.1 Ot.prp nr. 87 (1993-1994) – en hovedkilde

Ot.prp nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner) heretter kalt proposisjonen, inneholder en gjennomgang av mange av de sentrale problemene med utilregnelighet i Norsk rett.

Under proposisjonens kapittel 5 med tittel “Psykiske forutsetninger for straffansvar” behandles spørsmålet om tilregnelighet. I innledningen stadfestes utgangspunktet at tilregnelighet i handlingsøyeblikket er et grunnvilkår for å gi straff.

Det påpekes med en gang at den daværende straffeloven presenterer vilkår eller de tilstander man kan være i for å bli holdt for å være utilregnelig og straffri som begrepene sinnssykdom og bevisstløshet, men at disse vilkår ikke gir det komplette bildet; “Straffeloven angir ikke uttrykkelig hva det vil si å være tilregnelig” (fra innledningen), og det gjør den vel i så fall heller ikke i dagens ordlyd.

Videre sies det: “Forarbeidene til straffeloven §44 forutsetter at bestemmelsen er uttømmende. Høyesterett har likevel holdt åpent spørsmålet om det kan forekomme sinnstilstander som kan fritta for straff, selv om de ikke faller inn under lovens oppregning, se Rt-1960-634.”

Dette illustrerer kanskje vanskeligheten med å jobbe med klare definisjoner og avgrensninger når det gjelder noe så komplisert som menneskelig vilje og tilregnelighet. Samtidig er rettsvitenskapen

et verktøy til praktisk bruk, og må presentere løsninger som kan fungere og gi et best mulig resultat i den virkelige verden.

Uansett er dette et viktig poeng, og det kan absolutt argumenteres for at andre tilstander kan føre til utilregnelighet i tillegg de som loven positivt nevner, så lenge disse tilstandene oppfyller de samme kriterier som lovens oppnevnte utilregnelighetsgrunner.

Det påpekes videre at domstolen er avskåret fra andre skjønsmessige vurderinger så lenge utilregnelighet er påvist, dette da med henblikk til det medisinske prinsipp og den binære ja/nei avgjørelsen fra rettspsykiatrisk hold.

Her viser utvalget til at selv om de sakkyndige teknisk sett kun er rådgivere for retten, vil man på grunn av det medisinske prinsipp i praksis avgjøre saken ut fra de sakkyndiges uttalelser. Det refereres likevel til situasjoner der retten kan konkludere på tvers av de sakkyndige; der retten må la rimelig tvil om tiltaltes tilregnelighet komme ham til gode, eller der de sakkyndige har bygget på faktum som ikke er tilstrekkelig bevist.

Til dette kan vi kanskje legge til de tilfeller der retten innhenter flere sakkyndige for en andre runde med observasjon og evaluering, slik det ble gjort i Breivik-saken, og deretter velger bort en av sakkyndigrapportene. At sakkyndige bygger på feil faktum og at domstolen dermed konkluderer på tvers av de sakkyndiges funn er ikke uhørt.

2.4.2 Sinnssykdom til psykose – hva er endret?

Utvalget går i proposisjonens del 5.1.2 inn på den tidligere lovens mening med “sinnssykdom” og psykosebegrepet.

Fra andre avsnitt:

“Ved spørsmålet om hvilke tilstander som skal regnes som *psykosser* i straffelovens forstand, legges det avgjørende vekt på hvordan psykiatrien til enhver tid definerer psykosebegrepet. 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 inntrykk og påvirkninger mangler. Den psykotiske mister ofte kontrollen over tanker, følelser og handlinger. De intellektuelle funksjoner kan derimot være i behold. Grensen mellom psykosser og andre sjelelige lidelser er ikke skarp.”

Dette gir en bedre forståelse av grunnlaget for og tanken bak overgangen til psykosebegrepet slik det er brukt i straffeloven 1902 § 44. Vi får det altså slått fast at dette er et forsøk på å få ordlyden i bestemmelsen til å være synonymt med det innhold som psykiatrien til enhver tid søker å fylle

begrepet med.

Med andre ord, selv om tanken om skyldfrihet som følge av utilregnelighet er et rettslig prinsipp, så kan det virke av proposisjonen som om det er meningen at psykosebegrepet og antagelig også bevisstløshet/sterk bevissthetsforstyrrelse og psykisk utviklingshemming skal forstås slik psykiatrien definerer dem. Bestemmelsen inneholder altså tilsynelatende ikke et snev av legaldefinisjon.

Dette medfører en risiko for å tilsidesette juristers mulighet for å påvirke denne prosessen. Det kan være tilsiktet, men det er i så fall en sterk pekepinn på at jurister trenger større innsikt i de fagmessige begrepene som psykiatrien bygger på. Uten dette vil jurister stå helt uten mulighet til å argumentere rundt/vurdere eller veie bevis som fremlagt av de sakkyndige, og dette svekker helt klart domstolens mulighet til å vurdere bevisene på selvstendig grunnlag.

En slik flytende definisjon av hva som til enhver tid utgjør utilregnelighet har likevel gode argumenter for seg fra et rettsutviklingsperspektiv. Ved å forholde seg til kurant psykiatrisk vitenskap vil man kunne levere avgjørelser helt i tråd med samfunnsutviklingen. Psykologi er fremdeles et raskt voksende fagfelt, og risikoen for å bli frakjørt av ny utvikling er absolutt til stede.

Samtidig inneholder en slik begrepsbruk i hjemmelen en avgrensning av bruksområdet. Selv om man følger den vitenskapelige utviklingen av begrepene i dagens ordlyd, er man fremdeles begrenset til diagnosene som passer under psykose, bevisstløshet/sterk bevissthetsforstyrrelse og psykisk utviklingshemming. Skulle psykiatrien beskrive andre sinnstilstander som medfører forstyrrelser som ligner de som er beskrevet men er urelaterte, altså som er egnet til å skape utilregnelighet, vil man kanskje fra sakkyndig hold føle at man er tvunget til å presse observanden inn i en av de nåværende kategoriene uten særlig spillerom, eller føle at vedkommende er tilregnelig så lenge ikke hans tilstand faller inn under en av de kategoriene. Det kan uansett by på problemer når den sakkyndige skal presentere for en psykiatrifaglig relativt uvitende rett at observanden er utilregnelig, uten å være hverken psykotisk, bevisstløs eller psykisk utviklingshemmet. Selv om det i teorien er åpnet for andre utilregnelighetsgrunner, kan retten likevel føle seg tvunget til å holde seg innenfor hjemmelens rammer, slik at den ikke står i fare for å dømme uten rettslig grunnlag.

Det gis også i det siterte avsnittet en slags beskrivelse av en psykose for å gjøre fenomenet gjenkjennelig, uten at det hjelper særlig med forståelsen av hva en psykose er og hvordan den oppleves. Beskrivelsen er hjelper likevel til å belyse at det er snakk om en beskrivelse av hvordan den utilregnelige opplever verden subjektivt og at tilstanden er ubehjelpelig og ukontrollerbar fra den utilregneliges ståsted, altså at tanken er at den utilregnelige er et gissel i sin egen hjerne.

Også viktig i sitatet er presiseringen av at skillet mellom psykose og andre sinnslidelser ikke er

skarp, det er med andre ord en flytende overgang. Det at det vises til dette og at dette er noe man er klar over, kan peke i retning av det åpnes for at også nær-psykose eller psykoselignende tilstander også kan føre til utilregnelighet, dersom de oppfyller en eller flere av momentene som gjør psykose til en utilregnelighetsgrunn. Sett i sammenheng med at det tidligere i proposisjonen er tatt til orde for å åpne adgangen til konkludere med utilregnelighet utenfor lovens oppregning, bør det i alle fall ikke forstås slik at det er kun de tilfeller som faller på psykosesiden av denne overgangen som kan føre til utilregnelighet. Denne vurderingen, samt en plassering langs denne skalaen av sinnslidelsens alvorlighet, må antas å være meget krevende fra et sakkyndig perspektiv, særlig med tanke på at en evaluering skal presenteres på en forståelig måte for en domstol og dømmes på grunnlag av.

Proposisjonen går videre til å plassere psykosene inn i undergrupper, fra proposisjonens 5.1.2 tredje avsnitt:

“De tilstander som i dag regnes som psykoser, kan deles inn i fire hovedgrupper:

- Tenknings- og kontaktforstyrrelser[...]
- Stemningslidelser[...]
- Forvirringstilstander, delir[...]
- Sløvhetsstilstander (demens)[...]

I tillegg kommer den reaktive psykosen.[...]

Nå er den relativt enkle beskrivelsen av en forstyrret oppfattelse av virkeligheten blitt atskillig mer variert. Bruken av ordet “hovedgrupper” kan tyde på at dette ikke skal oppfattes som en komplett fremstilling, og kanskje heller en slags overfladisk behandling av psykosefenomenet. Det kan likevel spørres om dette ikke er mer forvirrende enn oppklarende for en jurist, med tanke på at vedkommende kan med dette begynne å forvente at den utilregnelige så plasseres inn i en av disse kategoriene. Problemet oppstår ved at man uttaler at lovens begrep om psykiske lidelser som medfører utilregnelighet til enhver tid skal følge psykiatrien, og så forsøker man like nedenfor å gi en oversikt over psykiatrisk vitenskap i proposisjonens skrivende stund, som kan ha endret seg til

dagens dato og som meget sannsynlig vil ha endret seg atskillig mer om nok en tiårsperiode.

Problemet kan illustreres ved for eksempel at manisk-depressiv (bipolar lidelse) som nå har ICD-10 klassifikasjon F31 (psykosene er kategori F20-F29) som kan manifestere både med og uten psykotiske symptomer er nevnt som en underkategori av psykose. Dette er feil om dette skal være en psykiatrisk definisjon, selv om det godt kan fungere som en juridisk en.

En slik lidelse kan i sine mest alvorlige manifestasjoner gjerne medføre utilregnelighet, men det blir da en utfordring for den sakkyndige å vite hva som kreves av evalueringen. Må observanden være syk nok til å ha vært totalt psykotisk under handlingen? Er noen få psykosesyntomer nok? Blir den sakkyndige spurt om vedkommende har en psykose vil den sakkyndige kanskje helt korrekt svare nei, men fremdeles vurdere vedkommende til å være utilregnelig.

En annen tilstand som er nevnt er Delirium Tremens (ICD-10 F10.4). Denne tilstanden kommer som følge av avrusning og kan medføre hallusinasjoner. Delirium Tremens er likevel som tilstand separat fra psykoser, også psykoser som har rus som årsak.

En tredje tilstand som nevnes er demens eller sløvhetstilstander, antageligvis en av nåtidens kategorier i ICD-10 F00-F09. Disse består stort sett av nevropatologiske hjernesykdommer- og skader som kanskje heller passer inn i en kategori sammen med psykisk utviklingshemming, og er uansett med unntak av uspesifisert organisk psykose (F09) ikke psykoser.

Til sist nevnes reaktive psykoser. På dette punktet er psykosedefinisjonen (kategorien?) utvannet nok til å inkludere flere sykdommer som kunne blitt plassert på nevrosespekteret. Denne definisjonen fanger opp de tilfeller som kan minne om affektforbrytelser eller midlertidig sinnssykdom.

Selv denne nokså leknessige gjennomgangen ville nok bli møtt med protest fra en rettspsykiatrisk sakkyndig, noe som legger mer vekt på argumentet om at det til syvende og sist er de sakkyndige som kan og bør avgjøre hvilke kategorier hvilke begrep hører hjemme i og hvordan hver individuell observand bør kategoriseres.

2.4.3 Kort om psykisk utviklingshemming

Til slutt i proposisjonens 5.1.2. behandles psykisk utviklingshemming.

Utviklingsnivået man legger seg på ligger rundt en IQ-verdi som tilsvarer en 8-åring, uten noen nærmere begrunnelse for akkurat dette. Det kan kanskje spørres hvorfor man her ikke heller har forsøkt å legge listen rundt den kriminelle lavalder, men etter forarbeidene vurderes utilregnelighet

som følge av psykisk utviklingshemming på en helhetsvurdering av IQ, sosial tilpasning og individuelle forutsetninger. Det avgjøres ikke kun på bakgrunn av IQ.

2.4.4 Bevisstløshet – ikke bevisstløs

Under proposisjonens del 5.1.3 behandles bevisstløshet. Det er ikke her tatt til orde for å erstatte uttrykket bevisstløs med sterk bevissthetsforstyrrelse slik det er i NOU 1990: 5 del 3.1.2. I stedet introduseres uttrykkene absolutt og relativ bevisstløshet. Hvorfor dette er å foretrekke er ikke behandlet, men det er vanskelig å forstå at dette skulle være en bedre løsning enn å bruke uttrykket sterk bevissthetsforstyrrelse. I den nye loven av 2005 er dette uttrykket brukt.

Absolutt bevisstløshet er å sidestille med koma.

Om relativ bevisstløshet: “Ved slike bevissthetsforstyrrelser er bevegelsesapparatet i orden, og den det gjelder kan reagere på visse inntrykk fra omverdenen. Men han eller hun handler ellers uten motforestillinger. Det er ofte sagt at forbindelsen med “ det vanlige jeg “ er borte.”

Videre siteres det fra Særreaksjonsutvalgets utredning s. 43: “ Det som er opphevet eller sterkt 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 den mottatte og bearbejdede informasjon.”

Dette eksemplifiseres av “søvngjengertilstander, hypnotiske transetilstander, feberdelirier, søvndrukkenhet, epileptiske tåketilstander, bevissthetsforstyrrelser etter hjernerystelse, hysteriske anfall og patologisk alkoholrus.”

Det er klart at ikke alle disse er ting som kan føre til utilregnelighet, og det er i det hele tatt vanskelig å skille mellom disse tilfellene i alvorlighetsgrad og om det er meningen at de skal falle inn under utilregnelighet i lovens forstand, og igjen ser vi problemer med begrepsbruken.

Det er uklart hva som menes med “hysteriske anfall”, da dette heller ladede begrepet ikke lenger er i bruk innen medisinske fagfelt. I dag snakker man heller om somatiske eller dissociative lidelser, for eksempel ICD-10 kategori F45. Feberdelirier hører antagelig med til ICD-10 kategori F05, men delirier er tidligere i proposisjonen sortert som en hovedkategori under psykose, så det blir uklart hvorfor akkurat feberdelirier nå skal høre hjemme under relativ bevisstløshet.

Bevisstløshet eller sterk bevissthetsforstyrrelse er et vanskelig tema å få klarhet i. Det er vanskelig å forholde seg til for domstolene og for de rettspsykiatrisk sakkyndige med varierende resultater.

I 2003 ble det av Hartvig, Rosenqvist og Stang gjort en gjennomgang⁵ av de rettspsykiatriske erklæringene der bevisstløshet var konklusjonen mellom 1981 til 2000. Av alle tilfellene var forskerne kun enige i 36 % av konklusjonene, noe som vanskelig kan tolkes som annet enn at det foreligger betydelig usikkerhet rundt disse diagnosene. Videre ble det i 24 % av de aktuelle sakene likevel dømt uten å ta hensyn til bevisstløshet, på tross av de sakkyndiges konklusjoner.

Det er kanskje slike erfaringer som har ført til at utvalget i NOU 1990: 5 del 3.1.2 ønsket at bevisstløshet skulle overføres til den foreslåtte fakultative straffrihetsregelen, muligens med den tanken at man skulle formelt øke adgangen til å gjøre en mer skjønnsmessig avveieelse av de tilfeller der straff burde falle bort. Dette ble derimot ikke gjort, og vi beholdt det gamle begrepet i dagens lovhjemmel.

2.4.5 Trenger vi en utilregnelighetsregel?

I proposisjonens del 5.2 tas et nytt spørsmål opp, som kun blir behandlet meget kort. Spørsmålet er om vi i det hele tatt trenger en utilregnelighetsregel i Norge.

Fra kapittelet:

“Verken forarbeidene til straffeloven av 1902 eller til endringene i reglene om utilregnelighet i 1929 har noen samlet prinsipiell drøftelse av om vi bør ha regler om utilregnelighet. Bakgrunnen er trolig at det ble ansett for en selvfølge at man skulle ha slike regler, og at de fleste andre land som det var naturlig å sammenligne seg med, hadde regler om utilregnelighet. [...]

Skillet mellom tilregnelige og utilregnelige lovbrytere har vært kritisert både i Norge og i utlandet. En hovedinnvending har vært at det er umulig å trekke noe klart skille mellom de to gruppene. Enkelte har også framført at også personer med alvorlige psykiske avvik kan være i stand til å handle forsvarlig, og at det kan være langt mer skadelig for dem “ å bli fratatt retten til å gjøre opp for seg “ enn å bli idømt en strafferettslig reaksjon. De gjeldende utilregnelighetsreglene befester dessuten etter deres mening fordømmene mot psykiske lidelser. Alle personer med psykiske avvik bør derfor i utgangspunktet anses som strafferettslig tilregnelige. I stedet bør det vurderes om enkelte straffereaksjoner ikke skal kunne anvendes overfor dem som har alvorlige psykiske avvik.”

Dette er gyldige kritikker av det nåværende systemet, og vanskeligheten med å trekke en klar og forutsigbar linje mellom tilregnelige og utilregnelige er allerede blitt demonstrert ovenfor. En debatt

⁵ Hartvig, P., Rosenqvist, R., Stang, H. J. (2003). Bevisstløs i strafferettslig forstand i Norge 1981-2000. *Tidsskrift for Den Norske Lægeforening*, 123, 1831-1834.

om en løsning der man kan komme rundt dette problemet er meget ønskelig dersom det kunne føre til bedre resultater.

Et lignende syn ble tatt til orde for under Forum møte for Rettspsykiatri i Trøndelag 2013, der Direktør for Domstoladministrasjonen Tor Langbach, som er en del av lovutvalget om utilregnelighet og rettspsykiatrisk sakkyndige, satte spørsmål ved om ikke spørsmålet om straffeskyld var avgjort allerede ved en konstatering at subjektiv skyld ikke kunne vært til stede i den tiltalte på handlingstidspunktet.

Dersom man definerer utilregnelighet ut ifra manglende evne til subjektiv skyld, kan det argumenteres for å hoppe over mellomleddet med å kreve at utilregnelige lovbrøyttere kategoriseres i forhåndsbestemte båser der A er utilregnelighet og straffrihet og B er full eller redusert straffeskyld, og heller be rettspsykiatere med innsikt i lovbrøytters mentale tilstand om å evaluere om vedkommende er i stand til å utvise subjektiv skyld, basert på en faglig helhetsvurdering.

Spørsmålet blir i sin helhet kontant avvist i det etterfølgende. Av særlig interesse er del 5.2.5 der justisdepartementet uttaler følgende:

“Lovbrøyttere med alvorlige psykiske avvik vil ofte ikke ha oppfattet de omstendigheter som gjør handlingen straffbar. De må da frifinnes fordi de ikke har oppfylt lovens skyldkrav. Men også personer med alvorlige psykiske avvik kan i enkelte tilfeller utvise skyld i juridisk forstand. I slike tilfeller – og bare da – vil regler om utilregnelighet ha selvstendig betydning for straffbarheten.”

Med utgangspunkt i dette virker det som om det er ønskelig at selv de som faktisk har utvist skyld, men som likevel ikke av en eller annen grunn er å bebreide moralsk, ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig ut ifra en rimelighetsbetraktning.

Dersom det koker ned til om det er noe moralsk å bebreide lovbrøytteren fra et rimelighetsperspektiv, kommer vi nærmere en forståelse av hva som egentlig ønskes med en straffrihetsgrunn. For at det ikke skal være noe moralsk å bebreide lovbrøytteren, kan det for det første være et element av ufrivillighet. Dersom vedkommende ikke fysisk kan, gjennom handling eller passivitet, la være å gjennomføre en straffbar handling, er det vanskelig å kunne bebreide personen.

For det andre kan det være et element av manglende forståelse. Dersom vedkommende ikke forstår eller kan forstå konsekvensene av sin handling eller ikke forstår at handlingen er feil, er det vanskelig å bebreide personen, med mindre vedkommende selv har plassert seg i en slik posisjon at deres evne til dette ikke er til stede.

Dette er ikke elementer av dagens utilregnelighetsregel, skjønt det kan være elementer av noen av diagnosene.

2.4.6 Prinsippet bak utilregnelighetsregelen

I proposisjonens del 5.3 behandles hvilket styrende prinsipp som skal ligge til grunn for utilregnelighetsregelen. Vedrørende gjeldende rett:

“Det er vanlig å skille mellom tre ulike systemer for å fastslå utilregnelighet: det medisinske, det psykologiske og det blandede system. Ved beskrivelsen av de tre systemene nedenfor vil det bli tatt utgangspunkt i utilregnelighetsgrunnen sinnssykdom.

Etter det medisinske systemet er det medisinske eller biologiske kjennetegn alene som avgjør om en person skal anses som utilregnelig; spørsmålet er om vedkommende er sinnssyk. Det spørres ikke om handlingen var sykkelig motivert eller om gjerningspersonen forsto hva han eller hun gjorde. Det kreves med andre ord ikke årsakssammenheng mellom tilstanden og den straffbare handlingen. Og motsatt – hvis en handling er et utslag av en sinnslidelse, er gjerningspersonen likevel tilregnelig hvis lidelsen ikke kan karakteriseres som sinnssykdom.

Etter det psykologiske systemet er det avgjørende hvilken evne gjerningspersonen har til innsikt og til å velge “fritt”. Spørsmålet er her om det er årsakssammenheng mellom en sinnslidelse og en straffbar handling, og ikke uten videre om sinnslidelsen kan betegnes som sinnssykdom.

Årsakssammenheng foreligger hvis gjerningspersonen ikke forsto hva han eller hun gjorde, på grunn av tvangstanker ikke kunne velge fritt, eller hvis handlingen på annen måte har vært sykkelig motivert.

Ved det blandede systemet blir begge de nevnte framgangsmåtene brukt. Gjerningspersonen må for å bli ansett som utilregnelig medisinsk sett bedømmes som sinnssyk. I tillegg må det være årsakssammenheng mellom sykdommen og den kriminelle handlingen.

Norsk strafferett bygger på det medisinske systemet. De fleste fremmede lover har et blandet system.”

Det medisinske prinsipp er det som ligger til grunn for den norske utilregnelighetsregelen. I praksis medfører den at man avgjør det hele uten hensyn til årsakssammenheng, ved å presentere en liste over tilstander man mener fører til utilregnelighet, og så undersøke om lovbrøyteren passer inn i noen av disse. Problemene med denne opplistingen er allerede behandlet tidligere.

Et argument for dette systemet i proposisjonens 5.3.1.3 slik presentert av Særreaksjonsutvalget er at dette systemet er enkelt å praktisere og forårsaker ikke unødvendig komplisering av systemet. Problemet med dette synet er at det er ikke i hovedsak hvor lettvint systemet er å bruke som avgjør hvor godt det fungerer, men de resultatene det produserer. Rettsvitenskapen er en empirisk vitenskap, og vil til syvende og sist måtte vurderes på grunnlag av de virkelige resultatene den produserer.

Videre foreslår Særreaksjonsutvalget at et krav om årsakssammenheng vil føre til mindre forutberegnelighet. Dette er et meget pussig argument med tanke på at utilregnelige lovbrøyttere ikke akkurat er kjent for sin evne til å forutberegne sin rettsposisjon eller i det hele tatt ta hensyn til lovverket i sine avgjørelser.

For øvrig virker det som hovedargumentet mot å bevege seg bort fra det medisinske prinsipp, er at det rett og slett ikke ble tatt til orde for det av annet enn 3 av høringsinstansene. Denne manglende behandlingen er ikke et godt argument uten nærmere begrunnelse for hvorfor spørsmålet ikke har blitt grundigere behandlet.

Et problem og en hovedkritikk av det medisinske prinsipp er den manglende undersøkelsen av årsakssammenheng. Det påpekes at så lenge lidelsen ikke har karakter av de valgte utilregnelighetssykdommer, drøftes det overhodet ikke om handlingen stammer fra lidelsen på en slik måte at vedkommende kanskje ikke bør bebreides for handlingen, men vedkommende er automatisk tilregnelig og må straffes. Dette etterlater lite handlingsrom for rettssystemet. Et eksempel fra tvangstanke kategorien er kleptomani, som er en sykkelig trang til å stjele. Denne sykdommen kan manifestere seg som alt fra en motståelig trang til en uimotståelig impuls, og i det siste tilfellet er det vanskelig å se hvorfor en person da skal straffes når de ikke er moralsk å bebreide for handlingen på grunn av handlingens ufrivillige natur. Ellers vil derimot personen være fullt funksjonell og langt fra noen av utilregnelighetsgrunnene i straffeloven.

En vanlig innvending mot det psykologiske prinsipp er at det er vanskeligere og mer tidkrevende å praktisere enn det medisinske prinsipp, særlig ettersom det krever at den sakkyndige må skaffe seg grundig innsikt i lovbrøytters tankegang. Det gjør det noe mer krevende fra et bevismessig ståsted.

Ved en strengere fortolkning av kravet til årsakssammenheng kan det også tenkes at det kan oppstå tilfeller der svært syke personer ikke blir ansett som utilregnelige, dersom sykdommen deres blir funnet til å være urelatert til handlingen.

I forarbeidene nevnes det at de fleste andre land praktiserer et blandet system, der det både må konstateres utilregnelighet (ikke sykdom) og en årsakssammenheng mellom sykdom og handling. Fra et logisk ståsted vil en slik streng løsning være utsatt for både kritikken rundt det medisinske og det psykologiske prinsipp, men vil i stor grad radere ut fordelene med hvert enkelt system. På grunn av at kravet til konstatering av utilregnelighet reduserer fleksibiliteten til systemet med tanke på atypiske tilfeller, og fordi kravet til årsakssammenheng utelukker en del alvorlige sykdommer som ellers kan føre til en konklusjon om utilregnelighet, vil det under et slikt system kunne tenkes at færre tilfeller blir plassert under utilregnelighetsbegrepet enn en separat praktisering av prinsippene. Men det avhenger helt av hvordan det praktiseres og hva som er den valgte ordlyden.

Det som ikke nevnes, er et system der både det medisinske prinsipp og det psykologiske prinsipp praktiseres, slik at de tilfeller som faller inn under det medisinske prinsipp *eller* det psykologiske prinsipp fører til utilregnelighet.

Hvorfor dette ikke er vurdert som en løsning sier ikke forarbeidene noe om. En skulle tro at et slikt system ville føre til den mest fleksible adgangen til å sørge for at lovbrøtere som er meget syke eller som ellers ikke er til å bebreide for straffbare handlinger ikke blir pålagt urimelig skyldansvar.

Et argument som kan tenkes mot dette systemet er at det blir et relativt stort og uhåndterlig utilregnelighetsbegrep som krever mye av bevisvurderingen, og som reduserer muligheten til forutberegnelighet betraktelig. Men forutberegnelighet er ikke et viktig argument rundt utilregnelighetsspørsmålet, da begrunnelsen for argumentet per definisjon for en stor del ikke gjelder utilregnelige.

Et annet argument er at et slikt vidt utilregnelighetsbegrep rett og slett fører til for mange utilregnelighetskonklusjoner. Nå er det heller tautologisk å hevde at utilregnelige bør bli ansett som utilregnelige, men dersom man skulle velge å utvide utilregnelighetsbegrepet vil det ha en humanistisk verdi å sikre så mange som mulig behandling heller enn straff. Det er uansett ikke så mange utilregnelige at dette vil medføre noen enorm belastning på systemet, jfr. statistikken som presenteres i kapittelet om den rettsmedisinske kommisjon.

Det er mulig at en slik løsning gir større åpning for skjønnsbruk hos rettsutøveren, da det her inviteres til en bredere vurdering av forhold som kan føre til skyldfrihet.

I proposisjonen del 5.3.2.1 første avsnitt argumenterer Straffelovrådet mot at spørsmålet om

straffrihet i det hele tatt skal bli påvirket av dommerens skjønn.

Det sies videre at “De tilstander som skal danne grunnlag for straffrihet, må beskrives i en terminologi som er anerkjent i den psykiatriske vitenskapen.”

I proposisjonens del 5.3.2.4 andre avsnitt første setning uttaler departementet det samme.

Her reises det et sentralt spørsmål innen rettsanvendelsen av utilregnelighetsprinsippet. Dersom det er meningen at dommerens skjønn skal brukes i så liten grad som mulig på spørsmålet, er det kanskje ikke rart at det ikke ble innført noen fakultativ (skjønnsbestemt) straffrihetsregel under behandlingen av dagens regel, uten at forarbeidene ellers gir noe grunnlag for å påstå akkurat dette.

I praksis betyr dette synspunktet at det er ønskelig at spørsmålet om utilregnelighet i sin helhet skal avgjøres fra sakkyndig hold. Dette betyr for det første det påligger de sakkyndige et særlig ansvar for grundighet i arbeidsmetoder, og det betyr også at svake sakkyndigerklæringer eller for den saks skyld den sakkyndiges faglige omdømme blir argumenter for anke eller gjenopptakelse når hele saken hviler på deres skuldre.

Det finnes eksempler i rettspraksis av at retten har gått inn og vurdert sakkyndigrapporter og overprøvd de sakkyndige, selv om dette skjer rimelig sjelden når det gjelder rettspsykiatri⁶.

Bortsett fra Breivik-saken, ble dette gjort i lagmannsretten i en dom⁷ på forurensningslovens område der det ble uttalt at “[...]om det foreligger “nevneverdig fare” for forurensning i henhold til forurensningsloven er et juridisk og ikke et naturvitenskapelig spørsmål”. Det forelå her motstridende sakkyndiguttalelser som domstolen kunne bygge på. Selv om dette er et annet rettsområde er ikke tankegangen begrenset til forurensningslovens område.

Med utgangspunkt i dette kan det virke som at domstolen står friere i vurderingen av sakkyndiguttalelser dersom det foreligger kontradiksjon og er ikke låst til disse når psykiaternes konklusjoner ikke stemmer overens med lovens begreper.

Det kan også argumenteres for at domstolen må ha en adgang til å benytte skjønn under rettsanvendelsen dersom det skal kunne kreves at domstolen skal stå til ansvar for avgjørelsen. Dersom dette er fullstendig avskåret, kan det spørres hvorfor utilregnelighet i det hele tatt skal avgjøres innen rettslige rammer, da det kan være like hensiktsmessig å overlate hele prosessen og hele ansvaret til helsevesenet når det uansett ikke skal finnes noen skjønnsmessig mulighet til å påvirke resultatet.

⁶ Aslak Syse “Strafferettslig (u)tilregnelighet juridiske, moralske og faglige dilemmaer” *Tidsskrift for strafferett* 2006 s. 141-176 (s. 154)

⁷ RG 2008 s. 1159 (Borgarting)

Dette ville nok slått uheldig ut. En slik løsning kan nok avvises allerede ved det faktum at en lovbrøyer har en grunnlovsmessig rett til å få hørt sin sak foran en domstol, før det kan benyttes tvangsmidler mot vedkommende. Det ligger en fundamental rettssikkerhetsgaranti ved domstolsprøving som man ikke kan røkke ved i en rettsstat.

2.4.7 Hvilke tilstander fører til utilregnelighet?

I proposisjonens del 5.3.2 behandles det hvilke tilstander som skal omfattes av regelen, altså hvilke tilstander som under det medisinske prinsipp må konstateres for at lovbrøyeren er utilregnelig.

Angående psykose argumenterer Særreaksjonsutvalget i proposisjonens del 5.3.2.2 for følgende:

“Også Særreaksjonsutvalget er enig i realiteten i Straffelovrådets forslag, men utvalget går inn for enkelte lovtekniske endringer. I samsvar med den endrede språkbruken i psykiatrien foreslår utvalget å erstatte “ alvorlig sinnslidende “ (“ sinnssyk “ i gjeldende rett) med “psykotisk”. I tillegg foreslår utvalget at bestemmelsen nevner det sentrale kjennetegnet for en psykose for å klargjøre hva som menes med begrepet: manglende evne til realistisk vurdering av ens forhold til omverdenen. Særreaksjonsutvalget går som Straffelovkommissjonen imot å ta med “sinnssyk” og “åndssvak” i parentes.”

Justisdepartementet i proposisjonens del 5.3.2.4:

“Utilregnelighetstilstandene må beskrives i en terminologi som er anerkjent i den psykiatriske vitenskapen. “Sinnssykdom” i gjeldende rett bør derfor erstattes av “psykose”, som så vidt departementet kan se, er den mest presise og tidsriktige angivelsen av de sinnslidelser det er tale om.”

Å erstatte “sinnssyk” med “psykose”, når det siste begrepet har vært brukt som en samlebetegnelse på alvorlig mental sykdom, har ikke nødvendigvis hatt den oppklarende effekten det var tiltenkt. Det ble fra Særreaksjonsutvalget sin side argumentert på bakgrunn av endret språkbruk i rettspsykiatrien. Det avklares ikke nærmere om dette var på grunn av et behov for mer faglig presisjon eller om man bare ville bort fra det lite politisk korrekte og stigmatiserende begrepet sinnssyk.

Det argumenteres med at begrepet psykose er mer tidsriktig. Per definisjon betyr dette at begrepet også er tidsbestemt, og vil kunne “gå ut på dato” når det av forskjellige grunner ikke lenger er tidsriktig. Per dags dato beskriver psykose en rekke tilstander, men i hovedsak diagnoser etter ICD-10 F20-F29. ICD-10 rammeverket for diagnostikk ble først tatt i bruk fra 2010, og kan neppe tolkes til å passe inn under psykosebegrepet som ble brukt på det tidlige nittitallet. Det kan spørres om det i

det hele tatt er mulig for lovgiver å holde tritt med den vitenskapelige utviklingen av psykologifeltet, som for tiden kan sies å skje mye raskere enn samfunnsutviklingen forøvrig.

Særreaksjonsutvalget ønsket å ta med “manglende evne til realistisk vurdering av ens forhold til omverdenen” som en definisjon av psykosebegrepet. Hvilken funksjon en slik definisjon skulle ha er uklart. Om den skulle fungere som en slags legaldefinisjon eller rettesnor for jurister, forutsetter ikke dette at disse må ha en eller annen slags adgang til å bruke skjønn for å avgjøre hva som faller inn under denne definisjonen?

2.4.8 Den fakultative straffrihetsregel

Under proposisjonens del 5.4 diskuteres det om det bør innføres en fakultativ straffrihetsregel.

Det ble ved utformingen av straffeloven 1902 § 45 ikke innført noen slik regel som det forespeiles i forarbeidene. Likevel inneholder uttalelsene rundt en slik regel en del viktige momenter som også har betydning for utilregnelighetsbegrepet, og debatten rundt dette.

Straffelovrådet uttalte følgende proposisjonens del 5.4.1.1:

“Straffelovrådet gikk inn for at det i tillegg til den absolutte straffrihetsregelen innføres en regel som gjør det mulig å fritta for straff personer som har enkelte abnormtilstander som ikke kan karakteriseres som sinnssykdom eller psykisk utviklingshemming i høy grad. Rådet viste i sin begrunnelse til den danske professor Knud Waabens omtale av uttrykket “tilstande der må ligestilles med sindssykdom” i den danske straffeloven §1 En annen innvending mot en fakultativ utilregnelighetsregel har vært at også disse lovbyterne har rett og plikt til å kunne stå til rette for sine handlinger. Det er imidlertid bare de lovbytere som har alvorlige lidelser og avvik, som skal kunne fritas for straff etter forslaget, og det vil i utgangspunktet ikke være aktuelt å fritta for straffen person som har hatt forståelse for hva han eller hun har gjort.⁶ i avhandlingen Utilregnelighed og særbehandling s 43 til 44:

“Grænserne for begrebet sindssykdom (psykose) kan i visse henseender frembyde tvivl, ligesom den konkrete diagnose kan være usikker. Det er derfor ikke heldigt om altfor meget afhænger af ordet “sindssykdom”. Lægerne bør såvidt muligt kunde udtale sig oprigtigt på grundlag af deres faglige begreber og spares for fristelsen til at anvende etiketten “ sindssyg “ med overdreven opportunisme. Man kan ikke nægte at denne fristelse ville være til stede hvis spørgsmålet om straffrihed stod og faldt med om lægeerklæringen lød på sindssykdom. Også hensynet til de tiltalte taler for at man ikke strækker betegnelsen “ sindssyg “ for vidt.

Selv med en vid anvendelse af etiketten sindssykdom vil der udenfor begrebets område være

abnormtilstande som bør være straffri. Det ville ikke føles tilfredsstillende at lade straffrihedens grænse følge en grænse som drages i den lægelige terminologi. Man bør være rede til at afgøre spørgsmålet mere konkret og lægge vægt på hvilken art og grad af patologisk forstyrrelse der er tale om.”

Straffelovrådet sluttet seg til denne uttalelsen.”

De går videre til å foreslå en regel som gir skyldfrihet ved tilstander som kan likestilles med en slik sinnssykdom. Det går ikke inn på hva som menes med likestilling eller hvordan slike tilstander kan likestilles, men prinsippet om å utvide regelen slik har en teoretisk begrunnelse i Waabens argumenter.

Men dersom man aksepterer Waabens argumenter, kan det spørres hvorfor de ikke også kan gjelde for dagens system. Waaben mener at det foreligger en risiko for, brukt på norsk rett, at rettspsykiatriske sakkyndige kan falle for fristelsen å konkludere med psykose dersom saken står og faller på at erklæringen konkluderer slik, uten at det teknisk sett er grunnlag for å konkludere med psykose. Videre mener ikke Waaben at det er heldig at straffrihetens grense følger en grense gitt kun av medisinsk terminologi, og ikke levner rom for en mer konkret vurdering av spørsmålet.

Dette er argumenter som godt kan brukes mot det nåværende systemet, da dette omtrent beskriver gjeldende rett.

Grunnen til at dette ikke ble behandlet videre, var at Straffelovrådet mente at dette ikke passet inn i en utilregnelighetsregel som er basert på det medisinske prinsipp, og ville heller ha en fakultativ regel om straffrihet.

Dette fremstår som en omgåelse av spørsmålet om det medisinske prinsipp skal bestå. For å unngå å behandle spørsmålet om det medisinske prinsipp er det mest hensiktsmessige med tanke på argumentene som presenteres for en fakultativ straffrihetsregel, ønsker man heller en regel som rettsteknisk sett faller under straffeutmålingsspørsmålet heller enn skyldspørsmålet, og dermed unngår argumentene mot skjønnsbruk og har en videre adgang for å skjerme psykisk syke/avvikende mot en urimelig straff.

Videre: “Etter Straffelovrådets syn er det bedre å utforme en fakultativ regel som overlater til rettens skjønn om det skal gis straffritak uten at tilstanden er bundet til en bestemt psykiatrisk diagnose.”

Dette er en voldsom omveltning av det som var og det som i dag er gjeldende rett. Selv om dette teoretisk er adskilt fra skyldspørsmålet, betyr dette i realiteten at lovbrøteren som ikke er utilregnelig etter straffeloven 1902 § 44, likevel kan holdes for å være helt straffri basert på rettens

skjønn. Dette er i realiteten samme resultat som om vedkommende hadde vært holdt for å være utilregnelig, med en heller tannløs og teoretisk forskjell i at vedkommende er teknisk sett betraktet som skyldig, men ettersom vedkommende i begge tilfeller ikke blir møtt med noen straffreaksjon, må det virkelig spørres om dette er en stor nok forskjell til å rettferdiggjøre to separate regler med helt forskjellige anvendelsesgrunnlag.

Det er heller rart at disse argumentene ikke ble brukt i diskusjonen om utformingen av selve utilregnelighetsregelen, dersom en slik adgang virkelig er ønskelig. Det kan ikke være umulig å utforme en utilregnelighetsregel som tar høyde for det som blir presentert her som argumenter for en fakultativ straffrihetsregel.

Fra Straffelovkommisjonen: “Straffelovkommisjonen støttet i delutredning I forslaget om å innføre en fakultativ straffritaksregel. Kommisjonen viste til at det ikke er noen skarp grense mellom psykoser eller alvorlig psykisk utviklingshemming og mindre dyptgående abnormtilstander. Det kan lett oppstå tvil om en person er psykotisk eller alvorlig psykisk utviklingshemmet. [...]

Straffelovkommisjonen var enig i at straffritak hvor det ikke er tale om sinnssykdom eller høygradig åndssvakhet, ikke bør være absolutt. Kommisjonen viste til at de aktuelle avvikende tilstandene vil være av så forskjellig karakter og styrke – og omstendighetene i den enkelte saken så forskjellige – at det bør bero på et konkret skjønn om lovbrøyteren skal fritas for straff”.

Justisdepartementet gir schizofreni, demens og stemningslidelser som eksempel på lidelser som faller utenfor utilregnelighetsregelen, men som burde føre til straffrihet.

Demens og schizofreni holdes nå for å være på utsiden av psykosebegrepet, stikk i strid med tidligere i proposisjonen. Denne diskusjonen ikke var til stede under behandlingen av selve utilregnelighetsregelen.

Det kan tenkes at dette har bakgrunn i at slike betraktninger ikke kan føre frem under det medisinske prinsipp og måten det har blitt praktisert i rettstradisjonen, og da man ikke tok et oppgjør med det medisinske prinsipp var det heller ikke anledning til å utvide regelen med slike betraktninger.

En annen årsak som kan tenkes er at det var forventet fra de forskjellige bidragsyterne til proposisjonen at en fakultativ straffrihetsregel ville innføres, slik at det ikke var nødvendig med endring eller en debatt rundt endring av selve utilregnelighetsregelen.

Uansett er det i det minste gjennom behandlingen klart at det er gehør for disse argumentene og at de er gyldige for diskusjonen i sin helhet.

Fra videre i departementets redegjørelse, kommer det fram at en fakultativ straffrihetsregel var

tiltenkt en rolle som en sikkerhetsventil, der anvendelsen skulle være sjelden og unntakspreget.

Særlig er det viktig å merke seg følgende: “Som nevnt er det dessuten en klar forutsetning at en fakultativ regel må praktiseres med stor forsiktighet. [...] det bare er et fåtall av disse utilregnelige som det vil bli aktuelt å idømme en særreaksjon. De fleste av dem vil ikke bli idømt noen reaksjon overhodet.”

Departementet påpeker her at det kun er de tilfeller hvor det er begrunnet ut fra hensyn til samfunnssikkerheten at det bør idømmes tvangsbehandling av lovbrøtere som holdes straffrie etter denne regelen. Derfor ønsker departementet med en slik regel i realiteten å skape en kategori lovbrøtere som det overhodet ikke skal reageres overfor, så lenge de ikke utgjør en fare. Dette blir uttrykkelig forklart i siste avsnitt: “Departementet har vurdert om en adgang til straffnedsettelse for den gruppen som vil bli omfattet av en fakultativ straffritaksregel, vil være tilstrekkelig. Men som det går fram av begrunnelsen ovenfor, mener departementet at det ikke bør reageres med straff overfor denne gruppen i det hele tatt”

Dette utgjør et problem, og kan være en del av grunnen til at en slik løsning ikke blir valgt.

Problemene med å skape en reaksjonsimmun gruppe lovbrøtere er åpenbare, men er også noe som kan skade troverdigheten til strafferettssystemet. Det er også vanskelig å få til å stemme overens med en alminnelig rettferdighetsfølelse, og er dermed vanskelig å begrunne for offentligheten.

Som vi skal se av rettspraksis, har det allerede vært situasjoner der utilregnelige lovbrøtere har blitt møtt med ingen reell reaksjon, og dette har ført til en del negativ oppmerksomhet.

På den andre siden, er det også klart at det kan tenkes tilfeller der det hadde vært urimelig med bestraffelse og der tvangsbehandling har liten verdi, der det som departementet påpeker er urimelig å kun sette ned straff i stedet for å la den falle helt bort. Der hensynet til samfunnssikkerhet ikke er et moment, og der det ikke kan bebreides lovbrøteren noe for handlingen av grunner som er behandlet tidligere, fremstår det urimelig å idømme vedkommende noen reaksjon overhodet.

Det blir fra et rettspolitisk ståsted et spørsmål om man i så fall ønsker en skjønnsmessig adgang for å la denne straffen falle bort, noe som for dagens utilregnelighetsregel er utelukket ifølge forarbeidene, eller om man ønsker en utilregnelighetsregel som tar høyde for at slike situasjoner kan oppstå, noe som nødvendigvis gjør å gå bort ifra det medisinske prinsipp. Dette var også ikke aktuelt ifølge forarbeidene.

Utover kritikken mot en åpning for skjønnsbruk, har departementet følgende å si om annen kritikk: “En annen innvending mot en fakultativ utilregnelighetsregel har vært at også disse lovbrøterne har rett og plikt til å kunne stå til rette for sine handlinger. Det er imidlertid bare de lovbrøtere som har alvorlige lidelser og avvik, som skal kunne fritas for straff etter forslaget, og det vil i

utgangspunktet ikke være aktuelt å fritta for straffen person som har hatt forståelse for hva han eller hun har gjort.”

Dette gjør mer for å oppklare hvordan regelen var tiltenkt brukt. Når man begrenser regelen til å gjelde de som tilsynelatende ikke har utvist subjektiv skyld, virker det som regelen var ment til å fange opp de tilfeller som ikke faller inn under utilregnelighetsregelen, men som likevel av hensyn til kravet om subjektiv skyld det ikke var rimelig grunnlag for å holde ansvarlig for sine handlinger. Et konkret eksempel på dette vil kunne være handlinger som stammer fra enkeltstående vrangforestillinger uten at vedkommende er psykotisk.

Et konkret eksempel på hvordan en slik regel fremdeles ville vært utilstrekkelig, er det tidligere nevnte eksempelet med alvorlig og uimotståelig kleptomani, der vedkommende vil være klar over det moralsk kritikkverdige med stjeling, men også vil være ute av stand til å stoppe seg selv. Det vil uansett ikke være noe samfunnsikkerhetsbasert argument for å idømme vedkommende tvangsbehandling, og dersom vedkommende ellers er å regne som frisk, kan ikke dagens utilregnelighetsregel komme til anvendelse.

2.4.9 Innholdet i den fakultative straffrihetsregelen

I proposisjonens delkapittel 5.4.2 behandles innholdet i den foreslåtte regelen.

Straffelovrådet går inn for at begrepet “sterk bevissthetsforstyrrelse” skal dekke de tilstander som betegnes som “bevisstløshet” under daværende rett, samt visse tilstander i grensen mellom bevisstløshet og forbigående sterk nedsettelse av bevisstheten, særlig med tanke på tilstander som ikke har blitt betraktet som bevisstløshet på grunn av manglende hukommelsestap.

Hukommelsestap et symptom på bevisstløshet. Alene er symptomet en dårlig målestokk på bevissthetsnivå, ettersom tilstander som forbigående hukommelsestap er et kjent fenomen. Samtidig er det også lett å late som om man ikke husker sine handlinger (et ikke ukjent fenomen innen strafferetten) uten at dette bør bety at det kan konkluderes med nedsatt bevissthet under handlingen.

Straffelovrådet ønsker at hvilke tilstander som faller inn under dette begrepet skal fastlegges av rettspraksis. Det må da antas at sakkyndige skal brukes som vitner for å stadfeste en tilstand der “Individets evne til å oppfatte, orientere seg, sanse og vurdere er sterkt svekket eller alvorlig forstyrret, mens evnen til å handle aktivt er bevart.” (fra tredje avsnitt).

Som konkrete eksempler på lidelser som kan passe inn under dette nevnes “akutte hjerneskader og hjernesykdommer som epileptiske tåketilstander [...] feberdelir, svangerskapsforgiftning, sjokktilstand, forblødning og intern forgiftning” (fra tredje avsnitt)

Begrepet “annen dyptgående abnormtilstand” skulle omfatte grensetilfeller til den gamle lovens sinnssykdomsbegrep, altså tilstander som står psykosen nær uten å være psykose, og tilstander som grenser mot psykisk utviklingshemming uten å være det. Et eksempel som er gitt er utviklingshemmede med IQ mellom 56 og 75 dersom vedkommende har “andre hjerneorganiske skader eller personlighetsavvik som har avgjørende betydning for vurderingsevnen og selvkontrollen.”

De tilfeller som uttrykkelig ikke skulle falle inn under dette begrepet var psykopati og nevroses. Psykopati et begrep som er i bruk i dagligtalen men som ikke lenger brukes diagnostisk, og korresponderer med ICD-10 kategori F60.2 dyssosial personlighetsforstyrrelse. Det er et meget ladet begrep, og assosieres ofte med masse mordere og seriemordere. For nevrosene sin del, skulle likevel tvangsnevroses som faller nær sinnssykdom kunne føre til straffrihet. Dette ville i så fall kunne omfatte den tidligere nevnte kleptomanikeren.

Det blir uttalt om de sakkyndiges tiltenkte rolle under den fakultative straffrihetsregelen at de skulle ikke bare gi en diagnostisk beskrivelse, men også ta “uttrykkelig standpunkt” til om lovbrøteren var i en tilstand av sterk bevissthetsforstyrrelse eller annen dyptgående abnormtilstand. Slik skulle det først og fremst være psykiatere som avgjør hvilke tilstander som fører til straffritak. Men retten skulle ikke være bundet av dette standpunktet, men skulle ha full adgang til å vurdere de sakkyndiges uttalelser skjønnsmessig.

Videre nevnes det spesifikt at retten skal legge vekt på hvorvidt det var *årsakssammenheng* mellom sykdom og handling. For øvrig skal retten legge hovedtyngden på om straffansvar er *rimelig* og *rettferdig*.

Den tidligere behandlingen av det psykologiske prinsipp viser at utvalgene her nærmet seg en reell anvendelse av prinsippet for å i praksis produsere samme rettsfølge som etter utilregnelighetsregelen. Selv om disse menneskene i teorien er skyldige, vil det av rimelighetshensyn som er nært beslektet med begrunnelsene for en utilregnelighetsregel (det er dem ikke noe å bebreide, ufrivillighet, manglende forståelse) ikke pålegges dem noen straff, og dersom det ikke finnes grunnlag for tvangsbehandling vil de heller ikke ilegges dette.

Slik får man i realiteten et system der både det medisinske prinsipp og det psykologiske prinsipp gjelder, i praksis en utvidelse av adgangen til å bli straffri på grunn av utilregnelighet. Dersom man ikke er utilregnelig etter straffeloven 1902 § 44 ville man hatt en “ekstra mulighet” til å være straffri etter den foreslåtte straffeloven 1902 § 45, avhengig av de sakkyndiges uttalelser. Disse sakkyndige, dersom de mener at personen ikke er å bebreide, kan føle seg tvunget til å gi vedkommende en diagnose som er egnet til å overbevise retten om straffrihet jfr. Waabens argumenter ovenfor.

Det er vanskelig å forstå hvorfor denne løsningen skulle være å foretrekke fremfor å bygge en utilregnelighetsregel med skyldfrihet for også de tilfeller der det fra et rimelighetsperspektiv ikke finnes grunn til å straffe vedkommende, med mindre det er så ønskelig at den norske utilregnelighetsregelen bygger strengt på det medisinske prinsipp at det ikke *kan* gås bort ifra. Utover et generelt ønske om å bygge utilregnelighetsregelen på moderne medisinsk kunnskap og humanisme er det ikke i løpet av arbeidet med oppgaven blitt funnet et slikt argument.

Det fremgår av uttalelsene fra Særreaksjonsutvalget i proposisjonens del 5.4.2.2 tiende avsnitt at det er domstolene (særlig Høyesterett) som sammen med den rettsmedisinske kommisjon skal ta ansvar for at regelen praktiseres likt over hele landet, da antagelig ved å etablere rettspraksis på området.

I utgangspunktet er det fornuftig å legge et slikt ansvar på den rettsmedisinske kommisjon, med tanke på kvalitetssikring av sakkyndiguttalelser. Men det må i så fall vurderes om kommisjonen under dagens system er i stand til å ivareta dette ansvaret på en tilfredsstillende måte, eller om det må en organisasjon- og ressursmessig styrking til først.

Fra Departementets uttalelse i proposisjonens del 5.4.2.4 sjetten avsnitt om regelens anvendelse kommer det fram at denne regelen skulle tenkes brukt på blant annet patologisk alkoholrus og abstinenssyndromer. Selv skjønnsbasert praktisering av en slik regel ville i visse tilfeller kunne være en omgåelse av prinsippet om fingert skyld.

2.4.10 Nedsatt tilregnelighet

Til slutt i proposisjonens behandling av utilregnelighet undersøkes nedsatt tilregnelighet, del 5.4.3. Spørsmålet har betydning for anvendelsen av straffeloven 1902 § 56, som er den fakultative straffnedsettelsesregelen.

Det som kan bemerkes her er at den fakultative straffnedsettelsesregelens ordlyd i bokstav c ble endret til følgende:

“når lovbyteren på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen, men ikke var psykotisk, jf. § 44, eller var lettere psykisk utviklingshemmet eller handlet under en sterk bevissthetsforstyrrelse som ikke var en følge av selvforskyldt rus”

Denne ble endret slik som en følge av forslaget til den fakultative straffrihetsregelen, som ikke ble innført. Ordlyden går derimot igjen her. Tanken bak dette valget var at de som ikke ble holdt for å være straffrie etter den foreslåtte § 45, skulle her ha en mulighet til å få sin straff redusert.

Regelen inneholder også i bokstav d en adgang til nedsettelse av straff selv om vedkommende handlet under selvforskyldt rus, når særdeles formildende omstendigheter taler for det.

I proposisjonens 5.5 behandles også rusproblematikken nærmere. Spørsmålet om rusforskyldt nedsatt tilregnelighet eller utilregnelighet er et omdiskutert tema.

Av særlig interesse er departementets sitering vedrørende analogisk anvendelse av § 56⁸:

“Høyesterett har altså til en viss grad anvendt §56 nr. 2 analogisk til gunst for gjerningspersonen – men ikke slik det kunne være grunn til å vente. På den ene side må samtlige avgjørelser forstås slik at beruselsen må ha ført til en sterk og forbigående nedsettelse av bevisstheten. På den annen side har retten – men uten å drøfte det – ikke stilt opp noe krav om at den berusede skal ha vært i faktisk villfarelse. Dette betyr at den som har vært i villfarelse på grunn av rus uten at bevissthetsnedsettelsen er så markert at den kan betegnes som sterk, etter Høyesteretts praksis ikke nyter godt av straffnedsettelsesregelen i §56 nr. 2, til tross for at gjerningspersonen er idømt fullt straffansvar etter §45.

En så urimelig og inkonsekvent ordning kan neppe ha vært tilsiktet. Det er derfor grunn til å tro at den ikke vil overleve lenger enn til den første saken hvor spørsmålet blir satt på spissen.”

Det bygges videre på juridisk teori til støtte for dette.

Som følge av dette mener departementet at det må være mulig fra et rimelighetsperspektiv å åpne for straffnedsettelse utover normale strafferammer der skyldkravet anses oppfylt selv om vedkommende ikke faktisk ikke har utøvd skyld. Departementet mener hensynet til folkeoppdragelsen og allmennprevensjonen at man må holdes ansvarlig i alle tilfeller av selvforskyldt rus.

En slik regel skal da dermed kun komme til anvendelse der skylden faktisk er fingert, ikke der skyld er påvist på annet grunnlag selv om rus er med i bildet, når det er snakk om lettere bevissthetsforstyrrelser. Ved sterk bevissthetsforstyrrelse antas det at det foreligger andre grunner som kan føre til nedsatt straff, og kravet om at det foreligger fingert skyld er ikke nødvendig.

Det argumenteres da her for at eksistensen av en villfarelse av en eller annen kvalitet er det avgjørende momentet som bør føre til nedsatt straff, og ikke styrken av bevissthetsnedsettelsen. Det utdypes ikke videre hva denne villfarelsen skal bestå i.

Dette synet er blitt kritisert av Rieber-Mohn i *Lov og Rett*⁹, der det utdypes om hvordan § 56 skal

⁸ Festskrift til Anders Bratholm, s 131, jfr. Ot.prp nr. 87 5.5.1.4 fra sjette avsnitt.

⁹ Georg Fredrik Rieber-Mohn *Lov og Rett* 1995 s. 628-630

forstås med tanke på regelen i § 45. Etter Rieber-Mohns syn er en del av meningen med § 45 å si noe om det subjektive skyldkravet, særlig kravet til forsett. Han siterer kritikken av § 45 fra justiskomiteens behandling av 1929, der det påstås å være prinsipielt uriktig å fingere tilregnelighet (forsett eller uaktsomhet) der dette ikke foreligger.

Rieber-Mohn mener at rettsutviklingen i Høyesterett har vist at uttrykket “villfarelse” slik det her er brukt referer til tilstanden av nedsatt tilregnelighet, og ikke til noen skyldvurdering (eksempelvis forsett), og stadfester at det er den “nedsatte tilregnelighet som sådan” (fjerde avsnitt, nest siste setning) som begrunner en adgang til ekstraordinær straffnedsettelse.

Videre argumenterer Rieber-Mohn fra et konsekvensorientert perspektiv når han påpeker resultatet av å utvide straffnedsettelsesmuligheter til også å inkludere tilfeller av lettere berusning betyr en stor belastning på systemet og en senere en bredere adgang til å påberope seg fingering av skyld som et generelt straffreduserende moment.

Rieber-Mohn har nok et poeng når han påpeker at man må argumentere fra riktig side når man ønsker skyldfrihet eller ekstraordinær straffereduksjon. Begrunnelsen for hele tanken bak utilregnelighet som straffrihetsgrunn eller nedsatt utilregnelighet som straffreduserende grunn er i fare for å utvannes dersom man ikke praktiserer en nedre grense der lovbrøyteren ikke lenger er i en slik tilstand at vedkommende passer inn under slike regler.

Begrunnelsen for en slik regel krever at det er de alvorligste tilfeller de er ment brukt på, og en utvanning av bruken kan man se at vil føre til flere tilfeller der en gjerningsperson får redusert eller ingen straff, og heller ikke kan møtes med noen særreaksjoner selv om man skulle åpne adgangen for å ilegge særreaksjoner betraktelig fra dagens system. I praksis ville dette ført til en betydelig utviding av en gruppe med lovbrøytere som det ikke er mulig å reagere overfor, og det må spørres om dette virkelig er ønskelig.

Derfor blir det viktig når Rieber-Mohn presiserer at i den gamle analogiske bruken av § 56 er det utilregnelighetsgrunnen og graden av denne som avgjør adgangen til straffnedsettelse, og avskjærer en diskusjon om graden og typen av subjektiv skyld.

Den endelige formuleringen av § 56 d ble bruken av ordet “bevisstløs”. Dette begrepet er i forarbeidene stort sett likestilt med begrepet “sterk bevissthetsforstyrrelse” og bør forstås slik. Det er neppe ment til å brukes mer snevert enn uttrykket er benyttet i straffeloven § 44.

2.4.11 Medisinering og fingering av skyld

Proposisjonens del 5.1.2 inneholder også følgende om medisinerte og medisinering:

“Bruk av medikamenter av typen nevroleptika kan gjøre personer med psykotiske grunnlidelser symptomfrie eller dempe symptomene kraftig. Det gjelder særlig hvis pasienten i tillegg får annen behandling. Personer som har vært psykotiske, men som på handlingstiden nesten er blitt symptomfrie, blir ikke ansett som sinnssyke i handlingsøyeblikket med mindre den symptomfrie perioden har vært kortvarig.”

Det motsatte behandles ikke, de som normalt er symptomfrie men som enten med vilje eller uaktsomt har unnlatt å medisiner seg, og dermed har gått inn i det som kan beskrives som en selvforskyldt psykotisk tilstand. Følger man så prinsippet fra regelen i strl. § 45 der bevisstløshet (som normalt medfører utilregnelighet) som følge av selvforskyldt rus ikke medfører straffrihet, kan det spørres om hva det kan bety for “selvforskyldt” psykose, og om hjemmelen kan tolkes analogisk til også å gjelde slike tilfeller.

Det er klart at tilfellene er langt fra helt like. Hvordan er straffrihet og straffrihetsskjønn tenkt utøvd? Dette er diskutert i NOU 1990: 5 del 3.2.6 som en del av forslaget om en fakultativ straffrihetsregel. Denne ble ikke implementert, men diskusjonen har likevel verdi for å forstå hvilke tanker som ligger bak en slik regel.

Med utgangspunkt i NOU 1983: 57 kapittel 21 del 4 er regelen om fingering av skyld er basert i rettspraksis; Rt 1961 s.547 og Rt 1961 s.553. Her er det likevel 2 unntak:

“Straffebud som krever hensikt, kan ikke anvendes hvis ikke den berusede faktisk har hatt den hensikt loven krever (f.eks. vinnings hensikt). Det samme gjelder for straffebud som krever overlegg.”

Denne regelen ble beholdt av et nesten enstemmig straffelovsutvalg, med unntak av dissenterende prof. Johs. Andenæs.

I NOU 1990: 5 del 3.2.6 ble følgende uttalt:

“Utvalget har vurdert om kausalitetskriteriet bør inntas i lovteksten. Man har imidlertid kommet til at dette vil kunne binde løsningene for sterkt. Særlig gjelder dette i situasjoner hvor en eventuell årsakssammenheng er vanskelig å klarlegge, og ved psykoselignende tilfeller.

Som Straffelovrådet påpeker leder dette til at det viktigste momentet i vurderingen kan sies å være om straffansvar i det konkrete tilfelle synes *rimelig og rettferdig*.

Hva angår bevissthetsforstyrrelsene, skal særskilt bemerkes at det bør legges vekt på om lovbrøyteren selv har utsatt seg for en risiko for sterk bevissthetsforstyrrelse. Særlig aktuelt er dette moment dersom lovbrøyteren flere ganger har satt seg i en situasjon som han har erfaring for kan

provosere frem en slik forstyrrelse.”

Utover bruken av skjønn, kan det synes av dette at det skal legges vekt på en vurdering av hvorvidt det er noe å bebreide lovbryteren for å ha havnet i en situasjon der vedkommende vet eller kanskje også kan bebreides for å ha burde visst at han har en risiko for å gjennomføre en kriminell handling.

Dersom lovbryteren befinner seg i en situasjon der han er tilregnelig, og velger enten med vitende og vilje eller kanskje til og med uaktsomt å gjennomføre en handling eller kanskje også ved utelatelse av en handling, som plasserer ham i en utilregnelig tilstand, vil han altså da også kunne bebreides for den straffbare handling han kan gjennomføre i en slik tilstand.

Videre gis det følgende eksemplifisering:

“De bevissthetsforstyrrelsene det tenkes på i denne forbindelse, er særlig de som oppstår i forbindelse med sterk affekt (sinne, sjalusi, fortvilelse, panikk). Visse personlighetstyper er særlig utsatt for å reagere med bevissthetsforstyrrelser under sterk affekt. Som regel vil vedkommende person være kjent med sin egen tendens til å reagere med meget sterke følelser i bestemte situasjoner, tildels også med sin mulighet for å utvikle bevissthetsforstyrrelser som en følge av dette.

Med økende kjennskap til egen reaksjonsmåte og de situasjoner hvor slike reaksjoner kan forventes, tiltar vedkommende persons egen grad av ansvar for det som skjer. Som eksempel fra praksis kan nevnes en person som plages av intens forbitrelse rettet mot ektefellen som har forlatt ham. Han har ved flere anledninger oppsøkt ektefellen og har da hver gang reagert med voldsomme følelser og har mistet kontroll og styring over sin atferd.

Etterpå har han hatt sterkt svekket hukommelse for det som har skjedd, og det er tydelig at han har befunnet seg i en tilstand av sterkt nedsatt bevissthet. Hvis vedkommende person, til tross for sin kjennskap til egen reaksjonsmåte, på ny oppsøker ektefellen og i denne situasjon foretar voldshandlinger i en tilstand av sterk bevissthetsforstyrrelse, bør hans forhåndskjennskap til egen reaksjonsmåte redusere muligheten for straffritak.”

Det kan virke fra dette som om det finnes grunnlag for å argumentere for å la de tilfeller der en utilregnelighetstilstand kan beskrives som selvforskyldt, enten grunnet rus, rusettervirkninger eller manglende medisinerings bli utelukket fra skyldfrihet, særlig der lovbryteren hadde forhåndskunnskap om risikoen for lovbrudd som følge av dette.

Samtidig må man være forsiktig med utvidende og analogiske tolkninger av straffelovsbestemmelser. På legalitetsprinsippets område er ordlyd og ordlydslojal tolkning av formålet med bestemmelsen særlig viktig. For å kunne bruke bestemmelsen slik må dette ha sterke

argumenter for seg, slik at man ikke risikerer å ikle seg lovgiverens rolle.

Problemstillingen er uansett ikke ukurant. Med den massive økningen i psykoaktive rusmidler i moderne tid, samt den utstrakte bruken av medisiner med kraftige bivirkninger i psykiatrien kan det enkelt tenkes at slike problemstillinger kan oppstå.

Dette behandles videre i oppgavens 2.6 om rettspraksis.

For øvrig var det diskusjon rundt om hvorvidt fingering av skyld som prinsipp i det hele tatt burde bevares.

I proposisjonens 5.5.2 sjette avsnitt:

“Et *mindretall*, Andenæs, uttalte at hvis prinsippet om fingering av skyld skal opprettholdes, bør det lovfestes. Men Andenæs gikk prinsipielt imot å opprettholde prinsippet. Det er etter hans syn støtende at en lovbrøyer skal kunne dømmes for forsettlig forbrytelse når han faktisk ikke har hatt forsett, og det eneste som subjektivt sett kan bebreides ham, er at han har drukket for meget. På den annen side blir kriminaliteten etter Andenæs' mening ikke mer effektivt bekjempet med en regel om fingering av skyld. Hvis man frykter bevisvansker uten en regel om fingering av skyld, vil det være nok å innføre en regel om omvendt bevisbyrde eller på annen måte mildne den bevisbyrden som ellers ligger på påtalemyndigheten.”

Hovedargumentet for å beholde fingering av straff er begrunnet i den folkeoppdragende og forebyggende virkningen regelen har. Det må spørres om denne folkeoppdragende og forebyggende effekten er tatt for gitt, og om ikke i hvilken forstand den menes å manifestere seg i. Det er tvilsomt at effekten på rusmisbrukere er særlig stor, og disse vil være hovedgruppen av lovbrøyer som det er aktuelt å bruke regelen på.

Det kan tenkes at dette heller er et utslag av et samfunnsmessig verdisyn på rus. Dersom man anser rus og rusmisbruk som en personlig svakhet eller karakterbrist, noe man kan bebreide vedkommende for, er det helt logisk å anse en slik regel som folkeoppdragende. I de siste år har det derimot i medisinske miljø blitt vanligere å anse rusmisbruk som en sykdomstilstand med elementer av biologisk/kjemisk basert ufrivillighet. Fra dette synet har det allerede blitt gjort framskritt i behandlingen av rusmisbrukere.

Uten å gå for langt inn på dette temaet, kan det tenkes at denne tenkemåten etterhvert vil medføre en endring i hvor sterkt begrunnelsen for fingering av straff står.

2.5 Tvangsbehandling etter § 39

Straffeloven 1902 § 39 hjemler tvangsbehandling. Regelen er stort sett den samme som i den nye straffeloven § 62 både i ordlyd og funksjon, og begge bestemmelsene bygger på Ot.prp. nr.87 (1993-1994).

Som det fremgår av en naturlig forståelse av “nødvendig for å verne samfunnet” er denne regelen begrunnet med hensynet til offentlig sikkerhet, og som det følger av ordet nødvendig er dette et absolutt krav for å benytte særreaksjonen tvangsbehandling. Dette utelukker alle lovbrøtere som ikke er farlige nok til å ha utført de alvorlige forbrytelsene som nevnt i nummer 1.

Det fremgår av nummer 2 og av nummer 1 andre setning at det også kreves en viss gjentakelsesfare. Bruken av ordlyden “nærliggende fare” i nummer 1 er mindre streng enn bruken av “særlig nærliggende” i nummer 2. Det har sammenheng med alvorlighetsgraden som kreves i nummer 1. Med andre ord, jo mer alvorlig forbrytelsen er, jo mindre kreves det av gjentakelsesfaren og vice versa. Men det er uansett et krav at gjentakelsesfaren er til stede.

Nummer 2 gir kun adgang til å idømme tvangsbehandling ved mindre alvorlige forbrytelser når det likevel er fare for en forbrytelse av samme alvorlighetsgrad som i nummer 1. Dette utgjør da det minimum som må til for å benytte denne reaksjonsformen.

Hvilke tilfeller som passer under bestemmelsen er skjønnsbestemt. Fra Ot.prp. nr.87 (1993-1994) kapittel 14.2 skal det være en “skjønsmessig vurdering av om det skal idømmes en særreaksjon. Relevante momenter ved vurderingen er hvor alvorlig kriminalitet som er begått, hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet, hvor alvorlige handlinger det er fare for, og hvilken sinnstilstand den tiltalte er i. Det må også legges vekt på hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovbrøteren, for eksempel gjennom lov om psykisk helsevern.”

Vurderingen av hva som er en “nærliggende fare” etter nummer 2 ble behandlet i dommen Rt 2006 s. 1153. Førstvoterende uttaler at “kravet om “nær sammenheng” må vurderes på selvstendig grunnlag, uavhengig av om gjentakelsesfaren er “særlig nærliggende”.”

2.6 Rettspraksis

For en stor del består norsk rettspraksis på området av dommer der resultatet av dommen følger

regelen slik den fremstår i forarbeidene, der resultatet for en stor del avhenger av de sakkyndiges konklusjoner, og disse dommene tilfører ikke stort til diskusjonen utenom det vi allerede har sett.

Noen av avgjørelsene som er valgt ut til nærmere behandling er de dommer som representerer saker der systemet har fungert på en uheldig måte eller har produsert resultater som kan påstås å være urimelige eller uakseptable. Skal man vurdere et system i sin helhet, særlig på et rettsområde som for tiden er under sterkt endringspress, vil det være mest hensiktsmessig å se på de tilfeller der systemet ikke har fungert slik at man kan påstå et godt resultat.

Derfor blir det i dette kapitlet brukt en del tid på underrettspraksis. For de aller fleste straffesaker er lagmannsretten siste instans. Ettersom hovedtyngden av rettspraksis innenfor området ligger der, blir det en naturlig ting å hovedsakelig undersøke disse dommene for å vurdere resultatene fra dem.

I de dommer som er gjennomgått i arbeidet med denne oppgaven har det vist seg at domstolene har holdt seg innenfor en normal tolkning av rettsreglene og de kontroversielle resultatene dom har blitt produsert fremstår som et produkt av regelverket i sin nåværende tilstand. Derfor er dommene brukt for å vise resultatet av praktisering av dagens utilregnelighetsregel.

Hva menes så med et godt resultat? Det blir ofte argumentert for er at loven, og det rettsvesen som anvender loven, bør produsere resultater som reflekterer samfunnets ideer om moral og etikk. For strafferetten vil det bety at det er ønskelig at det produseres avgjørelser som blir generelt ansett som rimelige og rettferdige.

Man kan spørre om en avgjørelse er i tråd med gjeldende rettskildeprinsipper. Det kan også spørres om argumentene som er benyttet er gode *i seg selv*, altså logiske, konsekvente osv.

Uten å gå for langt inn på dette temaet må det uansett kunne påstås at rettsavgjørelser som setter rettsvesenet i et dårlig lys overfor offentligheten på grunn av konflikt mellom den alminnelige rettferdighetsfølelsen og gjeldende rett fortjener å bli undersøkt. Selv om avgjørelsene oppfattes negativt, trenger ikke dette å være avgjørende for om resultatene er riktige, da alle rettsaktører må operere innenfor rammene av gjeldende rett. Det er i første rekke lovgivers ansvar å sørge for at loven er i samsvar med samfunnets normative idealer.

Det er slike avgjørelser det fokuseres på i dette kapittel, for å forsøke å se hvilke problemer som kan spores ut fra rettsvesenets bruk av gjeldende rett på utilregnelighetens område.

Det vil også sees på de dommer som har betydning for tema som er tatt opp tidligere i oppgaven.

2.6.1 Gråsonen

Som NRK tok opp i sin reportasje angående utilregnelige lovbrøyttere hender det at rettssystemet produserer tilfeller der den tiltalte er utilregnelig etter straffeloven 1902 § 44 men ikke kan møtes med en særreaksjon som tvangsbehandling. Tvangsbehandling er begrunnet i et behov for samfunnssikkerhet, altså må hensynet til vernet av offentligheten veie tyngre enn den tiltaltes rett til frihet.

2.6.2 LB-2012-78638 Borgarting – paranoid psykose

I saken LB-2012-78638 den 10/10 2012 i Borgarting lagmannsrett ble den tiltalte holdt for å være psykotisk etter straffeloven 1902 § 44. Diagnosen lød på paranoid psykose, som tidvis kunne forbedres med behandling men som forverret seg når den tiltalte ruset seg.

Retten kom til at vilkårene i straffeloven 1902 § 39 om overføring til tvungent psykisk helsevern ikke var til stede, og den tiltalte ble frikjent. Retten tok utgangspunkt i Rt 2003 s. 1257 der Høyesterett uttalte seg om hva som var en alvorlig voldsforbrytelse.

Også behandlet var spørsmålet om “annen alvorlig forbrytelse”, der retten som følge av Rt 2006 s. 1137 og Rt 2010 s. 346 brukte følgende eksempel:

“I den ene saken hadde gjerningsmannen truet med å drepe en kvinne, og løp blant annet etter henne med kniv mens han uttalte at han skulle “skjære av henne ørene og sende henne til helvete”. I den andre saken hadde gjerningsmannen blant annet rettet et usikret ladd salonggevær mot hodet til en sykehusansatt. I sistnevnte sak uttaler førstvoterende (avsnitt 19) at gjerningsmannens opptreden var så skremmende at den kunne utsette de fornærmedes psykiske helse for fare”

Sett i forhold til disse eksemplene var da truslene tiltalte kom med ikke alvorlige nok.

Den tiltaltes gjerninger i den aktuelle saken var som følger, fra mars 2005 til august 2009:

“

- I mars 2005 slo han henne med flat hånd.
- Våren 2005 spente han ben på henne slik at hun ble liggende på gulvet. Deretter plasserte han bena sine på skuldrene hennes og tok kvelertak på henne.
- I desember 2005 bente han fingeren hennes bakover slik at den brakk.
- I mars/april 2008 i Amsterdam, Nederland, slo han henne med flat hånd.

- Formentlig sommeren 2008 dro han henne ned en trapp etter håret, spyttet snus i ansiktet hennes og tok deretter kvelertak på henne ved å presse underarmen sin mot hennes hals.
- Lørdag 25. oktober 2008 sparket han henne i overkroppen.
- Lørdag 27. desember 2008 dro han henne ut av sengen etter håret og slo hodet hennes gjentatte ganger henholdsvis mot en skapdør og en kjøpmannsdisk. Deretter tok han en 'springskalle' og/eller satte kneet sitt med kraft mot hennes nese/ansikt. Som følge av dette begynte hun å blø neseblod.
- Formentlig 28. januar 2009 sa han til E: 'Jeg skal drepe deg, jæla hore, du tar ikke fra meg ungen'.
- Vinteren/våren 2009 bet han henne over nesen.
- I mai 2009 i Y i Z slo han henne gjentatte ganger med en stålwire på låret.
- Formentlig sommeren 2009 i Danmark slo han henne med *håndbaken* i ansiktet slik at hun begynte å blø neseblod.
- Torsdag 20. august 2009 presset han en glødende sigarett mot hodet hennes.”

Dette vil nok være forklaringen på hvorfor det fremstår som uforståelig at vedkommende ikke ble møtt med noen reaksjon. Sett alene virker dette som et tilfelle av familievold på grensen til tortur, og er et hardt innblikk i den vanskelige hverdagen til mennesker som lever med alvorlig mental sykdom.

Om det virkelig var en riktig vurdering er et annet spørsmål. Retten gikk gjennom og undersøkte hvert enkelt tilfelle for å stadfeste alvorlighetsgraden. Det kan neppe hevdes at retten ikke behandlet spørsmålet grundig. Likevel må det spørres om det er heldig å la en åpenbart voldelig tiltalt bli møtt med ingen reaksjon.

Antagelig har retten konkludert slik på grunn av nettopp det strenge kravet etter § 39. Tvungent psykisk helsevern kan være en meget omfattende reaksjon avhengig av hvilken form tvangsbehandlingen tar, og kan være meget langvarig om ikke livsvarig.

Et annet spørsmål er den psykiatriske diagnosen. Det kan være vanskelig å se hvordan en diagnose på paranoid psykose kan sees i sammenheng med den tiltaltes handlinger over så lang tid. Men etter det medisinske prinsipp er det tilstrekkelig at vedkommende har diagnosen på tidspunktet, og det vurderes overhodet ikke om sykdommen har noen sammenheng med handlingen.

Men selve den psykiatriske evalueringen fremstår også som litt pussig. Den diagnostiske vurderingen formulerer seg slik: “Det syntes å være sannsynliggjort at tilstanden har vært

tilstedeværende over flere år, herunder på tiden for de påklagede handlinger.”

Det er vanskelig å tolke dette annerledes enn at de sakkyndige rent faktisk foretar en kvalifisert gjetning på om vedkommende var psykotisk under utførelsen av handlingene. Det er muligens også det eneste de har mulighet til å gjøre. Det fremkommer også at den tiltalte aktivt forsøkte å fremstille seg selv som gal for å slippe straff.

Det finnes i det hele tatt ingen mulighet til å vurdere de sakkyndiges konklusjoner her utover hvordan de rent faktisk fremstår i dommen. Det nærmeste vi kommer er uttalelsene fra DRK:

“To av medlemmene anser at det ut fra det foreliggende premissgrunnlaget ikke foreligger sikre nok kriterier for en positiv konklusjon vedrørende straffeloven 1902 § 44 1. ledd på en eller flere av tiltalens punkter. Det vil i så fall berettige en negativ konklusjon vedrørende “ psykotisk “, etter at den tvil som foreligger er redegjort for.”

Selv om retten dømmer på selvstendig grunnlag, er den likevel nødt til å forholde seg til rettspsykiaternes konklusjoner. Det betyr at resultatet her blir ingen reaksjon, noe som må virke uforståelig for offentligheten.

2.6.3 LB-2011-196893 Borgarting - schizofreni og Sør-Trøndelag Tingrett – paranoid psykose

I saken LB-2011-196893 i Borgarting lagmannsrett 24/9 2012 ble konklusjonen i en lignende sak det motsatte, der tiltalte også utøvde vold og drapstrusler mot sin familie. Her var diagnosen paranoid schizofreni, en kronisk og ofte livsvarig lidelse. Vedkommende var derimot under medikamentell behandling, selv om han i perioder lot være å ta medisin.

Likevel mente retten at det i dette tilfelle at kravene etter straffeloven 1902 § 39 var oppfylt både med tanke på alvorlighet og gjentakelsesfare, og den tiltalte ble sendt til tvangsbehandling. Det er ikke sikkert at denne avgjørelsen kan kritiseres som feil. Problemet ligger heller der at den skjønsmessige vurderingen rundt hjemmelen kan virke heller tilfeldig når det er vanskelig å se at denne tiltalte var farligere enn den tiltalte i forrige sak. Det er mulig at retten ganske enkelt ikke fant det ønskelig med en løsning der den tiltalte gikk helt fri.

Sør-Trøndelag Tingrett kom til en lignende løsning i mars 2012 der saken gjaldt seksuelle overgrep mot den tiltaltes døtre. Saken fikk en god del oppmerksomhet i media¹⁰. Der ble den tiltalte frikjent grunnet paranoid psykose, og retten fant at det ikke var stor nok gjentakelsesfare til å benytte tvangsbehandling.

¹⁰ <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.10871678>

Mannen var av den mening at han ikke var syk og ikke trengte medisin, og tok heller ikke medisin for sin tilstand. Uansett om dette kan betraktes som et moment i vurderingen om gjentakelsesfare eller ikke, så er det klart at når retten finner at det ikke finnes grunnlag til tvangsbehandling, og det er i realiteten det eneste middel retten rår over for å føre kontroll med en utilregnelig lovbrøyer, så resulterer det i at den tiltalte slippes fri uten noen endring i risiko for straffbare handlinger.

Skulle en utilregnelig lovbrøyer slippes fri uten reaksjon etter å utført slike handlinger, uten at vedkommende er i behandling eller om vedkommende nekter behandling, er det åpenbart at det eksisterer en risiko for at vedkommende gjentar handlingen.

Det virker som om det er et sentralt moment for vurderingen i slike saker at offeret er fjernet fra situasjonen og det ikke lenger foreligger risiko for *offeret*. Det må spørres hvorfor ikke det legges mer vekt på at de lovbrøyerne som ikke blir møtt med noen reaksjon, som mener seg friske og som nekter behandling, godt kan finne på å gjennomføre slike handlinger på ny med urelaterte personer? Dersom det ikke er noen realitetsendring i deres mentale tilstand er det åpenbart at risikoen fremdeles er til stede.

Som tidligere nevnt er ikke årsakssammenheng relevant for dagens behandling av utilregnelighet. Dersom handlingen og sykdommen er fullstendig urelatert, som for eksempel ved paranoid psykose og seksuelle overgrep, kan man argumentere for at gjentakelsesrisikoen er lav. Det er da ingenting ved selve diagnosen som tilsier at vedkommende vil gjennomføre slike handlinger på ny. Dette er et eksempel på hvordan det medisinske prinsipp skaper ustraffbare lovbrøyer som ikke kan tvangsbehandles. Dette i kontrast med det psykologiske prinsipp der lovbrøyeren overhodet ikke ville blitt holdt for å være skyldfri, da diagnosen i seg selv (paranoid psykose) ikke har noen sammenheng med seksuelt misbruk.

2.6.4 LE-2010-110513 Eidsivating – akutt paranoid psykose

Dommen i Eidsivating lagmannsrett 24/11 2010.

Denne saken gjaldt en tidligere ustraffet mann som drepte sin kone med en hammer. Han ble holdt for å være utilregnelig, og lagmannsretten bestemte under dissens at tvangsbehandling ikke var aktuelt.

I dette tilfellet var den tiltalte diagnosert med akutt paranoid psykose, der den paranoide vrangforestillingen dreide seg rundt offeret. Omgjørelsen av tingrettens resultat med tvangsbehandling ble hovedsakelig begrunnet i den gode prognosen ved akutt paranoid psykose.

Retten fokuserte på gjentakelsesfaren. Fra dommen: “Vilkåret om samfunnsvern har nær sammenheng med, og glir over i, vilkåret om gjentakelsesfare, jf Rt-2003-1085 avsnitt 15. I begrepet “ nærliggende “ ligger at det må være en kvalifisert risiko for tilbakefall, og faren må på domstidspunktet vurderes som reell, jf. Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 108.”

Sykdommen var av så forbigående natur at retten ikke kunne, etter at den tiltalte hadde blitt underlagt behandling etter dommen i tingretten, se at vilkåret om gjentakelsesfare var oppfylt.

I dag har den tiltalte fått tilbake foreldreretten for sine barn.

Dersom man hadde praktisert selv en streng fortolkning av det psykologiske prinsipp her i stedet, ville antagelig resultatet likevel ha blitt det samme. Selv om det kan virke uforståelig at den tiltalte kan møtes med ingen reaksjon etter et drap, er denne saken et eksempel på at systemet har fungert slik det er ment til å gjøre.

Likevel påpekes det i dommen at legen med ansvar for behandlingen “bedømmer prognosen fremover som god, men slik at A bør være i et behandlingsregime i anslagsvis fem år, hovedsakelig i form av samtaler, men også fortsette medisineringsen i alle fall ett år til.”

I saken Rt 2006 s. 1143 kom Høyesterett fram til i enstemmig dom at kravet til gjentakelsesfare ikke var til stede, fordi den tiltalte allerede var under tvangsbehandling og fikk oppfølging av psykiatrisk fagpersonell.

Det kan kanskje tenkes at det er behov for en reaksjonsmåte som ligger i mellom full frikjennelse og tvangsbehandling. Det at den tiltalte allerede er under behandling og er under oppsyn av psykiatrisk fagpersonell er et moment i vurderingen, som vi har sett. Dersom domstolene hadde hjemmel for å idømme et tvungent medisinerings eller behandlingsopplegg i regi av helsevesenet og de distriktpspsykiatriske institusjonene, med likehetstrekk med prøveløslatelsessystemet.

Slik kunne man føre formell kontroll med at utilregnelige lovbrøyttere som ikke er farlige nok til å tvangsbehandles likevel får medisinerings de har behov for, og holdes under oppsikt av fagpersonell. Man ville også da kunne ha grunnlag for strengere reaksjonsmetoder som tvangsbehandling dersom dette opplegget ikke ble fulgt av pasienten.

Hadde muligheten eksistert for å formalisere et slikt system gjennom kontroll i rettsvesenet, ville dette kunne ført til en bedre kontroll med de som ikke er farlige nok til tvangsbehandling, men som likevel kan presentere en risiko for offentligheten basert på at de allerede har gjennomført kriminelle handlinger på grunn av en ubehandlet tilstand.

2.6.5 Rt 2008 s. 549 Ruspsykose og fingering av skyld

Rt 2008 s. 549 gjaldt strafferettslig utilregnelighet som følge av rusbetinget psykose.

Den tiltalte hadde i lagmannsretten blitt dømt for drap selv om vedkommende medisinsk sett hadde vært psykotisk på gjerningstidspunktet, da psykosen hadde oppstått som følge av selvforskyldt amfetaminrus.

Påtalemyndigheten anket på lovanvendelsen under skyldspørsmålet, og anken ble tatt til følge.

Dommen behandler flere sentrale tema. I dommen forsøker man å avgjøre hvordan en rusbetinget psykose skal behandles strafferettslig. I tillegg til dette kommer uttalelser om hvordan psykose i straffeloven 1902 § 44 skal forstås, og hvordan det forholder seg til bruken av ordet bevisstløs i straffeloven 1902 § 45.

Etter en undersøkelse av lovens forarbeider konkluderer Høyesterett i en *ratio decidendi* at: "... en psykose som er fremkalt ved selvforskyldt rus, og som vil forsvinne etter at den toksiske virkningen er opphørt, ikke skal anses som en straffriende psykose i § 44s forstand." (avsnitt 46)

Høyesterett tolker dermed § 45 analogisk til også å ramme rusforskyldte psykoser, og dette eksplisitt til tross for legalitetsprinsippets sterke stilling i strafferetten (avsnitt 43).

Lovgiverviljen viser ifølge førstvoterende klart at en forbigående endret bevissthet som følge av selvforskyldt rus ikke skal lede til straffrihet.

Dommen var enstemmig.

Et spørsmål som tidligere ble tatt opp under oppgavens behandling av forarbeidene var straffeskyld til tross for aktiv psykose eller sterk bevissthetsforstyrrelse, dersom disse utilregnelighetsgrunnene var selvforskyldte grunnet forsettlig eller uaktsomt manglende medisinerings.

Høyesteretts åpning for analogisk tolkning av straffeloven § 45 bør også styrke argumentet for å vurdere det samme under dette spørsmålet. Dersom man finner at de samme grunnvilkår er til stede, det vil si en forbigående mental forstyrrelse, som har en årsak som kan spores tilbake til en egentlig tilregnelig mental tilstand, kan det tenkes at det bør være adgang til fingering av skyld.

Det er ikke adgang for vurderinger rundt subjektiv skyld når det gjelder spørsmålet om tilregnelighet. Det skal være utilregneligheten i seg selv som fører til straffrihet. Men dersom man kan ta utgangspunkt i en tilregnelig sinnstilstand, så må man kunne bebreide en person for avgjørelser som er tatt i *den* sinnstilstanden.

Å bebreide noen for å uaktsomt la være å ta medisin, enten gjennom glemsomhet eller av andre

grunner, er ikke uproblematisk. Det er allerede i ordlyden i § 45 snakk om en selvforskyldt tilstand, så da må det legges til grunn at en mentalt syk person som ikke er under tvangsbehandling har et særegent ansvar for å holde sykdommen i sjakk, særlig dersom vedkommende kan være farlig i ikke-medisinert tilstand.

Det er vanskelig å overføre argumentene fra rus-analogier her. Atypisk rus er også et problem. Forarbeidene nevner atypisk rus, eller en uventet og uforutsigbar reaksjon på rus som en tilstand som ikke bør rammes av § 45, uten at dette utdypes tilstrekkelig. Tanken er nok at man ikke bør bebreides helt uforutsigbare reaksjoner som man ikke selv har ment å havne i. Rus forårsaket av forgiftning fra andre (rusmidler gjemt i alkohol etc.) er per definisjon ikke selvforskyldt, og rammes heller ikke av § 45.

Overført på uaktsom medisinmangel, betyr det at regelen ikke kan gjelde en endret mentaltilstand som følge av en uforutsett reaksjon mellom medisinen og en annen kjemisk (antagelig psykoaktiv) substans, når man ikke kan bebreide vedkommende for å ikke ha forstått eller forutsett risikoen for en slik reaksjon. Den kan heller ikke gjelde der mangelen på medisin skyldes andre.

Når det gjelder å med vilje la være å medisinere seg, vil dette kreve helt andre vurderingsmomenter. Den strafferettslige bruken av forsett er som regel knyttet til en straffbar handling; å ikke ta medisin er ikke en kriminell handling *i seg selv*.

Det er ikke vanskelig å tenke seg at en person kan ville la være å ta medisin. Psykofarmaka kan ha kraftige bivirkninger, og selve den legende virkningen av stoffet kan få den "friske" pasienten til å tro at vedkommende ikke lenger trenger medisin på tross av legens råd.

Det stiller seg annerledes om vedkommende skulle finne på å sette seg selv i en utilregnelig tilstand med vilje for å unngå straffansvar. Dette vil nok høre til sjeldenhetene, men er likevel en problemstilling.

Den mest aktuelle formen dette kan ta vil være en analogisk bruk av sannsynlighetsforsett. Om noen av erfaring vet at dersom de lar være å ta medisinene vil de fysisk gå til angrep på den neste personen de ser, må man kunne si at de er klar over at det er sannsynlig at dette vil skje. Det kan tenkes at de ikke bør anses som helt skyldfrie.

En annen form vil være det omstridte *dolus eventualis* forsettet. Denne typen forsett ble behandlet i Ot.prp nr. 90 (2003-2004) og foreslått beholdt, jfr. del 10.4. Hvordan *dolus eventualis* forholder seg til rus og utilregnelighet behandles dessverre ikke i noen stor utstrekning. Høyesterett klargjorde prinsippet om positiv innvilgelse i behandlingen Rt. 2004 s. 1769, som ble tatt til følge i Rt. 2009 side 750, Rt. 2009 side 229 og Rt. 2009 side 1014. Forsettsformen er tatt med i den nye straffeloven 2005 § 22 bokstav c.

Dersom man bruker *dolus eventualis* på situasjonen, betyr det at hvis noen i tilregnelig tilstand er klar over at det er en risiko for at de i utilregnelig tilstand som følge av manglende medisinerings gjennomfører en straffbar handling (som å oppsøke en tidligere ektemake og utøve vold), og velger å la være å ta medisinen til tross for at denne risikoen er til stede, kan det tenkes at de ikke bør holdes for å være helt skyldfrie i handlingen.

Slik kan det tenkes tre eksempler:

- 1) Ved uaktsomhet at man er klar over at risikoen for å gjennomføre en straffbar handling er til stede, uten at vedkommende vet hvilken konkret handling det kan være snakk om, og likevel velger å sette seg inn i en utilregnelig tilstand;
- 2) Ved eventualitetsforsett at det er en risiko for at man kan gjennomføre en konkret straffbar handling og likevel velger å sette seg inn i en utilregnelig tilstand;
- 3) Ved sannsynlighetsforsett at det er sannsynlig at man gjennomfører en konkret straffbar handling og likevel velger å sette seg inn i en utilregnelig tilstand.

Det finnes nok fellestrekk mellom rus og selvpåført utilregnelighet til at en slik utvidende eller analogisk tolkning kan tenkes brukt. Det vil avhenge helt av om man bygger regelen på de helt grunnleggende forutsetningene som regelen er bygget på. Det har den fordelen for seg at det stemmer overens med en alminnelig rettsoppfatning å holde noen for helt skyldfri når man har skapt sin egen utilregnelighet. Det finnes derimot ikke noen holdepunkter i gjeldende rett for en slik tolkning.

2.6 Rettspsykiatri

2.6.1 ICD-10 og DSM-IV

De diagnostiske verktøyene ICD-10 og DSM-IV er lister og kategorier av kjente sykdommer. Disse er innenfor psykiatrien i bruk til enhver tid som en oppdatert liste over tilstander og danner utgangspunktet for måten man sporer og fører statistikk over diagnoser.

ICD-10 er referert til flere ganger i denne oppgaven og er det verktøyet som er utviklet av og tatt i bruk av verdens helseorganisasjon WHO. Bruken av det er dermed meget utbredt, og ICD-10 er i bruk i Norge. Det er i hovedsak denne utbredelsen og bakgrunnen fra WHO som er grunnen for at ICD-10 i denne oppgaven er brukt som et referanseverk til de forskjellige mentale sykdommer. Selv

om ICD-10 ikke sier mye om de forskjellige sykdommer som er klassifisert, er det nyttig å spesifisere hvilke sykdommer man snakker om for å unngå begrepsforvirring og tvetydighet.

DSM-IV eller diagnostic and statistical manual of mental disorders som er det fulle navnet, er et lignende verktøy som utgis av APA, American Psychiatric Association. Der ICD-10 omhandler nær sagt alle tenkelige sykdommer, både mentale og ellers, behandler DSM-IV kun psykiske sykdommer og som det fremgår av navnet gir DSM-IV også visse diagnostiske retningslinjer. DSM-IV er i bruk innenfor det norske fagmiljø. Grunnen til at DSM-IV ikke er brukt som referanseverktøy i denne oppgaven er dels fordi bruken er mindre utbredt enn ICD-10, og dels fordi DSM-IV inneholder en del diagnostiske retningslinjer som ikke er til bruk for legfolk og som kan virke som et forsøk på amatørdiagnostisering. En annen grunn er at psykiatere selv mener (REF38) at ICD-10 er mer brukt for diagnostikk og DSM-IV er mer brukt innen forskning.

I tillegg til dette kommer den neste versjonen kalt DSM-5 til å bli utgitt i mai 2013. Risikoen for at den psykiatriske vitenskapen løper fra rettsrelaterte fremstillinger er allerede omtalt i denne oppgaven, og det hadde vært uheldig om denne oppgaven skulle referere til et gammelt referanseverk med en gang den er skrevet.

2.6.2 Rettspsykiatrisk sakkyndighet

I Norge er det psykiatere eller psykologer som brukes som sakkyndige for å stadfeste utilregnelighet. Grunnen til at de sakkyndige og de omstendigheter de jobber under behandles i denne oppgaven er på grunn av at de utgjør den viktigste kilden som retten bygger på til å stadfeste utilregnelighet.

Normalt sett skulle det ikke være veldig relevant for det rent juridiske å si noe rundt sakkyndige fagmiljøer og hvordan disse opererer. Det er derimot som det ble uttalt på Forummøte for Rettspsykiatri ønskelig og viktig at jurister setter seg inn i de termer og arbeidsmetoder som de rettspsykiatriske benytter under utførelsen av sin oppgave som sakkyndige.

Det har også betydning i en rent praktisk sammenheng, av hva man realistisk kan forvente at rettspsykiatrisk sakkyndige kan oppnå og hvilken tillit vi kan ha til de konklusjoner de leverer. Når man er så avhengig av sakkyndiges evalueringer som man er på utilregnelighetsområdet, kan man ikke ignorere de arbeidsforhold og det rammeverk rettspsykiatrien jobber under, selv om man ikke kan kritisere selve det faglige innholdet i evalueringene.

Det finnes ikke noe monopol i Norge på hvem som kan være rettspsykiatrisk sakkyndige. Hvem som fungerer som sakkyndig avgjøres av retten, skjønt retten er selvsagt begrenset til fagkyndige.

Det finnes heller ikke egne rettspsykiatriske institutter/klinikker eller en egen rettspsykiatrisk utdanning¹¹ utover lærebøker, samt kurs hos DRK.

Derfor har det blitt påstått at det er viktig for kvaliteten av den fagkyndige at vedkommende har en del erfaring¹² Som eksempel sies det i artikkelen (13. avsnitt) at det er mulig for en psykiater eller en psykolog å aldri ha evaluert en psykisk utviklingshemmet person, og mangel på erfaring kan føre til en feildiagnose.

Uavhengig av hvor skikket en psykiater eller psykolog er, må de uansett ta et utgangspunkt i straffeloven for å vite hva det er de skal evaluere. En annen ting som artikkelen fra Rasmussen påpeker er at det oppfattes fra sakkyndig hold at definisjonene i straffeloven fremstår som bestemt av jurister; “det vil si at de er rettspsykiatriske begreper og ikke synonyme med de diagnostiske definisjonene. For å bli bedømt som psykotisk i rettspsykiatrisk forstand er det ikke tilstrekkelig å ha en psykosedagnose.”

Dette forteller oss flere ting. Forarbeidene forklarer at definisjonene som er gitt skal forsøkes koblet til moderne psykiatri noe som er fornuftig med tanke på at retten kun skal kunne vurdere bevisene som de rettspsykiatriske sakkyndige bygger på, og ikke bruke noe skjønn overhodet på selve evalueringen. Men denne forståelsen bygger på en forutsetning om samsvar mellom lovens og psykiatriens begreper.

For de sakkyndige, som ikke har noen formell rettspsykiatrisk utdanning eller institusjonsmessig rammeverk å jobbe under, kreves det at de har en innsikt i den juridiske forståelsen av utilregnelighet og kan komme denne i møte med sin egen innsikt i faget. Rasmussen går videre til å si:

“Det foreligger ingen fullstendig liste over hvilke symptomer som kvalifiserer som psykotiske i strafferettslig forstand, men en mer utførlig omtale finnes hos Rosenqvist og Rasmussen¹³ (2004)

Psykologiske tester har normalt lite for seg ved utredning av “psykotisk” i strafferettslig forstand. Den sakkyndige må tydelig redegjøre for premissene som trekker i retning av psykotisk, og hvilke premisser som ikke gjør det. Det er viktig at retten blir gjort tydelig oppmerksom på tvil som måtte foreligge.”

Den sakkyndige som under det medisinske prinsipp skal presentere en diagnose som retten skal ta til følge, vil i stedet presentere premisser som trekker i retning av konklusjonen “psykotisk”, og gi klart uttrykk for tvil. Det er i seg selv en trygghet at den sakkyndige levner rom for tvil. Men

¹¹ Se artikkel av P. Grøndahl m.fl. <http://tidsskriftet.no/pdf/pdf2012/1727-8.pdf>

¹² http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=60382&a=2 sist besøkt 1/5 2013

¹³ Rosenqvist, R., Rasmussen, K. (2004). *Rettspsykiatri i praksis*. Oslo: Universitetsforlaget.

ettersom retten overhodet ikke i teorien skal vurdere selve innholdet i evalueringen utover bevisene den bygger på, er det ikke nettopp denne type fremgangsmåte som ikke er ønskelig?

Uten å gå for langt inn på temaet med den faktiske sakkyndigerklæringen, bør det sies noe om mulige feilkilder.

Rettspsykiatere baserer sine konklusjoner på rettspsykiatrisk (judisiell) observasjon. Dette gir en direkte trygghet for konklusjoner om observandens mentale tilstand på det tidspunkt, men kan ofte være uten nytte for å stadfeste vedkommendes mentale tilstand på handlingstidspunktet, som er det relevante for utilregnelighetsspørsmålet.

Dersom det er to rettspsykiatere som utfører denne observasjonen og avgir sine erklæringer, er det som påpekt under Rettspsykiatrisk Forum møte sjelden at disse erklæringene, som skal være individuelle og uavhengige, avviker i noen særlig grad.

En teoretisk årsak som ble nevnt er primingeffekten. Forholdsvis esoterisk i daglig bruk, primingeffekten referer til ubevisst stimuli som påvirker senere oppfatning/beslutning, en slags ubevisst forhåndsbedømming som en forklaring på stereotypifisering, jfr. for eksempel den såkalte Florida-effekten¹⁴.

En litt mer hverdagslig årsak kan kanskje være en tendens til å ønske å fremstå som absolutt sikker/enig i sine konklusjoner overfor kollegaer i et meget lite fagmiljø selv der det foreligger en tvil.

Uten å spekulere for mye er man likevel på trygg grunn dersom man konkluderer med at det *kan* finnes kilder til feil her. Effekten blir uansett at det blir lite mulighet igjen for retten til å sikre gode avgjørelser med basis i kontradiksjon. På grunn av dette ble det på møtet tatt til orde for å gjennomgå rettspsykiatriske arbeidsrutiner for å unngå disse problemene.

Men dette har allerede blitt gjort, også på en bredere basis.

I NOU 2001:12 ble rettsmedisinsk sakkyndighet behandlet med tanke på en rekke praktiske problemer og tenkelige forbedringer. Uten å gå for langt inn på en grundig utredning om praktiske problemstillinger, ble det blant annet uttalt følgende om rettsmedisinsk sakkyndighet:

“Det overordnede mål er å sikre at domstolene og politi/påtalemyndighet ved behov får tilgang på best mulig sakkyndigkompetanse, og muligheten til “second opinion”. Dette kan i dag være vanskelig, da rekvirentene ikke har oversikt over aktuelle sakkyndige og deres kvalifikasjoner.”

¹⁴ Bargh, John A.; Chen, Mark; Burrows, Laura (1996). "Automaticity of Social Behavior: Direct Effects of Trait Construct and Stereotype Activation on Action". *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (2): 230–44. doi:10.1037/0022-3514.71.2.230. PMID 8765481.

Dette er altså en kjent problemstilling, men som ifølge ledende fagmessige figurer ennå ikke er løst på en tilfredsstillende måte.

Utvalget går videre til å behandle sakkyndighet generelt, og konkluderer med et behov for styrking av det rettsmedisinske systemet og DRK.

Fra NOU 2001:12 del 8.8.1.2 “Full rettspsykiatrisk undersøkelse av siktede i straffesaker” får vi en konkret beskrivelse av hva som forventes av en evaluering fra en rettspsykiatrisk sakkyndig.

“Retten gir sjelden de sakkyndige et eksplisitt mandat, men vurderingen er underforstått å skulle konkludere med om strl. §§ 39, 44, 45, eller 56 kan komme til anvendelse. Det forventes derfor konklusjoner på følgende spørsmål om siktedes sinnstilstand:

- a) sinnssyk i gjerningsøyeblikket,
- b) sinnssyk på tidspunkt for observasjon,
- c) bevisstløs i gjerningsøyeblikket,
- d) sterkt nedsatt bevissthet i gjerningsøyeblikket,
- e) mangelfullt utviklede sjelsevner og
- f) varig svekkede sjelsevner.”

Merk at ordet “konklusjoner” brukes om evalueringer som kan brukes til å konkludere etter bestemmelsene som nevnt ovenfor. Ut ifra bruken av ordet konklusjon, virker det som om det etterspørres et konkret svar på et spørsmål, og ikke som tidligere nevnt en beskrivelse av momenter som peker i retning av en konklusjon.

Det fremgår fra nyhetsbrev nr. 21¹⁵ fra den rettsmedisinske kommisjon del II at det er ønskelig at de sakkyndige skal konkludere med begrep i tråd med straffeloven, og ikke blande inn begrep fra psykisk helsevernloven.

Om erklæringene “Det finnes ikke regelverk for hvordan en rettspsykiatrisk undersøkelse skal gjennomføres og erklæring utarbeides. [...] Erklæringene består oftest av en innledning, aktutdrag, referat fra det psykiatriske intervju og eventuelt innhentede opplysninger, sammendrag/vurdering, og konklusjon.”

Det finnes som sagt lærebøker om temaet og DRK holder kurs i temaet, men det legges også vekt på erfaring. Tilgangen på sakkyndige virker også ganske begrenset, og fordelingen av saker er

¹⁵ <http://www.justissekretariatene.no/upload/Nyhetsbrev%20nr%2021.pdf>

veldig ujevn. Som det påpekes i NOU 2001: 12 del 8.8.2.1 var det et problem belyst i en undersøkelse i 1995, der det kom frem at det totale antall psykiatrisk sakkyndige som var blitt benyttet var 88, fordelt på 394 uttalelser. En av disse sakkyndige sto for 41 av disse uttalelsene, fem hadde i gjennomsnitt behandlet 20 saker og 35 hadde kun en sak hver. Som det påpekes i denne utredningen, og som en konsekvens av at erfaring spiller en så stor rolle, vil kvaliteten av disse evalueringene kunne variere enormt.

Det ble også påpekt under Rettspsykiatrisk Forum at de sakkyndiges saksforberedelse i mange tilfeller kan være mangelfull, ofte grunnet tidsmangel noe som lett kan forstås om de for eksempel er psykiatere med full beskjeftigelse på psykiatrisk sykehus, og samtidig skal gjennomføre rettsmedisinsk observasjon og forberede og dokumentere en evaluering for retten.

De seks fagkyndige som produserte en tredjedel av alle erklæringene i undersøkelsen hadde en gjennomsnittsalder på 64 år. Kanskje ikke rart med tanke på den faglige vekt den type erfaring betyr, og det er ikke rart at retten ville foretrekke den trygghet å velge fagkyndige som erfaringsmessig har fungert godt i en rettslig sammenheng. Men det må spørres om det er heldig at så mange saker avgjøres av så få individer i en allerede veldig liten gruppe fagkyndige, både med tanke på arbeidsbelastning og med tanke på den mengde erfaring yngre sakkyndige da vil gå glipp av. Når erfaring står så sentralt har det betydning at de mest erfarne sakkyndige er de som oppnår mest erfaring gjennom sitt virke, som en slags "ond sirkel" og disse kun har kort tid igjen som yrkesaktive.

2.6.3 Den rettsmedisinske kommisjon

Den rettsmedisinske kommisjon (DRK) er kontrollorganet for rettspsykiatrisk virksomhet i Norge. Den består i skrivende stund av 7 medlemmer, ledet av Psykiater Karl H. Melle. Kommisjonen har både psykiatere og psykologer og representerer et faglig bredt utvalg.

DRK henter sitt mandat fra straffeprosessloven § 146, jfr. forskrift om Den rettsmedisinske kommisjon¹⁶. Straffeprosessloven § 147 hjemler en innsendingsplikt for rettsmedisinske sakkyndige, og gir kommisjonens formål: Å gjøre retten oppmerksom på vesentlige mangler den finner.

Det kan gås ut ifra at DRK mottar og behandler alle rettspsykiatriske evalueringer som benyttes i det norske rettsvesen. Skulle dette ikke skje, er det usikkert om det utgjør et moment som kan bety at en evaluering ikke kan brukes. Det er ikke ettertrykkelig sagt at behandlingen hos den

¹⁶ <http://www.lovdata.no/cgi-wift/ldles?doc=/sf/sf/sf-20030314-0294.html>

rettsmedisinske kommisjon er en forutsetning for gyldigheten av en sakkyndig evaluering, men gitt den sentrale rolle kommisjonen har i kvalitetssikring av rettsmedisinsk sakkyndighet kan det argumenteres for at behandlingen er en forutsetning.

I 2011 behandlet kommisjonen 367 rettspsykiatriske erklæringer, av 597 saker¹⁷. Av de rettspsykiatriske erklæringer hadde observanden tidligere blitt møtt med særreakson i 22 av tilfellene, som gir ca. 6% “gjengangere”.

Rusdiagnoser (ICD-10 kategori F10-F19) utgjorde 21% av de totale diagnosene, men var en del av diagnosen i 40% av tilfellene. Dette gir en god pekepinn på størrelsen av rusproblematikken. Til sammenligning utgjorde schizoide og psykotiske lidelser (ICD-10 kategori F20-F29) 24%.

Den alvorligste kriminaliteten, drap og drapsforsøk utgjorde 34 av tilfellene, der konklusjonen ble psykotisk i 9 av tilfellene. Ingen var bevisstløse eller psykisk utviklingshemmet.

Utilregnelighet i USA

3.1 Innledning

I USA har utilregnelige lovbrytere vært et kjent fenomen i mange år, og det finnes utstrakt praksis på dette området. Etter innledningen vil det greies ut kort om metodebruk og en begrunnelse av valget av rettskilder, fulgt av en oversikt over den amerikanske rettshistorien rundt dette temaet. I hoveddelen vil USAs behandling av utilregnelighet per skrivende stund redegjøres for, etterfulgt av en mer inngående presentasjon av de mest anvendte hovedreglene, de føderale reglene og autoritativ rettspraksis på området. Særlige problemstillinger eller spesielle tilfeller behandles fortløpende.

3.2 Metode

Formålet med denne oppgaven er som tidligere nevnt ikke å gi en inngående innføring i amerikansk juridisk metode eller en innføring i amerikansk rett generelt. Oppgaven begrenser seg til å gjøre greie for utilregnelighet innenfor det amerikanske systemet uten å gå for dypt eller å presentere reglene i en bredere rettslig kontekst. Årsaken til dette er den enorme mengden med praksis som eksisterer i USA og risikoen for å miste fokus i en allerede uoversiktlig presentasjon.

¹⁷<http://www.justissekretariatene.no/upload/DRK/%C3%85rsmeldinger%20og%20veiledere/Revidert%20%C3%A5rsrapport%20DRK%202011.pdf>

Metodemessig tilhører USA rettsordningen Common Law. Rettstradisjonen nedstammer originalt fra engelsk rett og er utbredt blant de tidligere britiske koloniene, og danner grunnlaget for amerikansk rettskildelære. Dette systemet benytter seg av mange av de samme rettskildene som vi kjenner fra norsk rettslig metode, og gir for en stor del rettsanvenderne betydelig spillerom for å hente og bygge opp juridisk argumentasjon.

Systemet bygger i særlig grad på rettspraksis eller såkalt case law som utgjør hovedbidragsyteren til rettsutvikling. Domstolsavgjørelser under Common Law-systemet er bindende for andre domstoler av samme eller lavere rang, eller er en autoritativ hovedkilde til utviklingen av en rettsregel og danner en presedens som rettskildemessig har samme rang som en lovtekst.

Bruken av ordet presedens her må ikke forveksles med den norske prejudikatlære på noen måte. Selv om prejudikatvirkningen av domstolsavgjørelser i siste instans er et alminnelig brukt prinsipp innen norsk rettskildelære, må den ikke forveksles med den nærmest lovgivende og lovutviklende rolle en domstol under Common Law-systemet i realiteten har.

Stare decisis-prinsippet, eller det hovedprinsipp om at domstoler må respektere tidligere avgjørelser er basert på en grunntanke om at like saker skal dømmes likt. Å legge stor vekt på dette prinsippet vil ha en effekt lik den grunnleggende tanken bak lovgivning; at loven skal være forutsigbar og konsekvent, slik at samme faktum produserer samme resultat ved domstolsbehandling. Dette er en grunnleggende forutsetning for legitimiteten av et rettssystem.

På grunn av dette vil det i det følgende i hovedsak benyttes en analyse av rettspraksis og den språkbruk og de begrep som er brukt for å avgjøre utilregnelighetsspørsmålet, og de rettslige og faglige kilder disse stammer fra. Hovedtyngden av kapitlet ligger på rettspraksis og en analyse av denne, da presedens dannet av praksis er hovedgrunnlaget for den amerikanske rettsutviklingen på dette området. Det vil også gjennom rettspraksis være mulig å danne seg et bilde av de rettskilder amerikansk rett bygger på i avgjørelsen av slike saker, og den innbyrdes vektingen av disse. Uten en særlig behandling av amerikansk rettskildelære er dette valgt som den tilsynelatende beste metoden å få innsikt ikke bare i amerikanske rettsavgjørelser på området, men også den metode som er brukt innen gjeldende amerikansk rett.

Den amerikanske rettstradisjonen anerkjenner et prinsipp om subjektiv skyld, og det er også brukt som et argument i en god del rettspraksis rundt utilregnelighetsspørsmålet. Amerikansk strafferett bygger på at en person har gjennomført en straffbar handling med "criminal intent", kriminell

hensikt, og “malice aforethought” som går på den onde hensikt som også refereres til som “mens rea”. Disse begrepene er ikke alltid brukt om hverandre og er ikke synonymmer, men det vil ikke i denne oppgaven gjøres rede for amerikansk strafferetts prinsipper generelt, men vil bli behandlet for hver enkelt sak dersom det dukker opp som et tema.

Et annet viktig prinsipp innen amerikansk strafferett er juryordningen. En historisk viktig del av Common Law-systemet, juryordningen er hjemlet i den amerikanske grunnlovens “Sixth Amendment”, og er av amerikansk høyesterett tolket¹⁸ til å være en jury av 12 lekfolk som leverer sin avgjørelse enstemmig, eller i delstatlige rettsforhandlinger¹⁹ en jury av 6 lekfolk som ikke trenger å levere sin avgjørelse enstemmig. Juryen er ment til å fungere som et verktøy for å stadfeste faktum i en sak, og er bindende for sakens rettsanvendelse etter den amerikanske grunnlovens “Seventh Amendment”. Ettersom dette er et prinsipp av grunnlovs rang, fører dette til komplikasjoner når man skal begynne å stadfeste fakta på områder der lekfolk ikke har kunnskap som gjør dem særlig egnet til å presentere faktum på en riktig måte.

Amerikansk rett har en rekke forskjellige beviskrav, og disse vil bli behandlet fortløpende. Denne oppgaven vil prøve å bruke begrepene slik de er å forstå innen det amerikanske systemet. Begrep som brukes er “preponderance of evidence” eller simpel sannsynlighetsovervekt, “clear and convincing evidence” eller betydelig mer enn sannsynlighetsovervekt, og “beyond reasonable doubt” eller der det kun eksisterer teoretisk tvil.

3.3 De uforenede utilregnelighetsregler

3.3.1 M'Naughten-regelen

Som grunnlag for en rettsregel refererer ikke M'Naughten-regelen til selve dommen mot Daniel M'Naughten, men til behandlingen dommen i etterkant fikk i høringen hos det britiske House of Lords i det engelske parlamentet. Under denne behandlingen ble det formulert en del retningslinjer som under Common Law-systemet ble den første presedens-skapende regelen.

Som utgangspunkt formulerte House of Lords²⁰ seg slik i uttalelsen:

¹⁸ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930)

¹⁹ *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970), *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978), *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972)

²⁰ <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1843/J16.html>

“Notwithstanding a party accused did an act, which was in itself criminal, under the influence of insane delusion, with a view of redressing or revenging some supposed grievance or injury, or of producing some public benefit, he is nevertheless punishable if he knew at the time that he was acting contrary to law.

That if the accused was conscious that the act was one which he ought not to do; and if the act was at the same time contrary to law, he is punishable. In all cases of this kind the jurors ought to be told 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 committing 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 as not to know that what he was doing was wrong.”

Som det følger av ordlyden av første avsnitt siste komma, må det det klargjøres hvorvidt vedkommende i det hele tatt er straffbar. I denne sammenheng er motiv og motivasjon irrelevant, det samme er den spesifikke “delusion” eller vrangforestilling som den tiltalte lider under. Så lenge handlingen er av straffbar art, er den tiltalte straffbar *så lenge han forsto på gjerningstidspunktet at handlingen var straffbar etter loven.*

Dette blir videre forsøkt klargjort i andre avsnitt, første setning, jfr. siste setning siste punktum. Der gjøres det klart at denne forståelsen er et spørsmål om tiltalte var “conscious”, evnen til å forstå at handlingen var en han ikke burde gjøre (“ought not to do”). Han måtte altså ikke “know” eller vite at hans handling var feil for å kunne frifinnes.

Hva det vil si å ha kunnskap (“know”) ble avgjort basert på skjønn og sakkyndiguttalelser. Dette er en svakhet ved M’Naughten-regelen. Uten å fremstille noe mer enn en skjønnsmessig vurdering åpnet man for betydelig uforutsigbarhet. Spørsmålet om hva som egentlig menes med denne forståelsen eller kunnskapen, altså begrepet “know” i siste setning, har blitt tolket forskjellig i rettspraksis i etterkant, men fikk en avklaring i saken United States versus Brawner i 1972.

Videre beskrives den tiltaltes handling som en han etter egen forståelse ikke burde (“ought”) ha gjennomført. Bruken av ordet “ought” bør ikke her tolkes til å referere spesifikt til en moralsk vurdering av en handling kontra en forståelse av at handlingen var ulovlig, selv om

den filosofiske bruken av ordet “ought” er en referanse til moral. I ettertid har dette blitt tolket i begge retninger innenfor Common Law-systemer der denne dommen har blitt brukt som en rettskilde.

Spørsmålet ble tolket slik at det var kunnskapen om lovligheten av handlingen som var av betydning i saken *R v. Windle*²¹, der den tiltalte over telefon med politiet hadde uttalt at han forventet å bli hengt som følge av handlingen, og dette indikerte forståelse av at handlingen var straffbar. Samtidig er det praksis under instruksjon av juryen i New York State Unified Court System å informere juryen om at begge tolkninger er riktige. I Australia har det etter grundig undersøkelse av rettspraksis blitt tolket slik at *M'Naughten* dommen referer til kunnskap om det moralske aspektet ved en handling.

Det avgjørende i *M'Naughten*-regelen er altså om hvorvidt vedkommende var bevisst forskjellen mellom rett og galt. Dette hovedmomentet har ført til at regelen i ettertid også har blitt kjent som “rett og galt” regelen, ettersom hovedkriteriet synes å være en skjønnsmessig avgjørelse om vedkommendes forståelse av rett og galt. Den konkrete diagnosen synes ikke å være avgjørende.

Angående bevisbyrden, ble denne lagt hos siden som fremmet påstanden. Beviskravet var simpel sannsynlighetsovervekt for mental sykdom. Selv om dette var et sentralt moment er det ikke avgjørende, da en simpel stadfesting av mental sykdom ikke alene avgjør spørsmålet om mulig frifinnelse etter denne regelen.

Fra senere praksis fra Common Law-systemet er det, hva det angår mental sykdom, ansett som et juridisk spørsmål heller enn et medisinsk. Dette har fungert slik at det i praksis har blitt holdt for å gjelde alle forstyrrelser av en slik art at den er egnet til å forårsake en mental forstyrrelse, uten noe krav om at sykdommen er av en spesifikk mental art. Fysiologiske symptomer på andre sykdommer som har medført en mental forstyrrelse av en slik art som fremstilles i *M'Naughten*-regelen har også blitt lagt til grunn i en rekke saker. Både diabetes og arteriosklerose (harde arterievegger, for eksempel som følge av kolesterolavleiringer) har blitt akseptert som mentale forstyrrelser av en slik art.

M'Naughten-regelen ble videreutviklet i saken *Smith versus United States*²². Der ble det, i tillegg til “rett og galt”-regelen uttalt følgende om den tiltaltes mentale tilstand:

²¹ *Windle* 1952 2QB 826;1952 2 ALL ER 1 246

²² *Smith v. United States*, 59 App.D.C. 144, 145, 36 F.2d 548, 549 (1929)

“his [...] reasoning powers were so far dethroned by his diseased mental condition as to deprive him of the will power to resist the insane impulse to perpetrate the deed, though knowing it to be wrong.”

Dette formet en videreutvikling av regelen til å bestemme at den tiltalte måtte ha vært i en slik tilstand at han ikke hadde viljestyrken til å motstå den sykelige impulsen til å gjennomføre en slik handling, til tross for kunnskapen om at handlingen var feil. Dette, som senere ble anvendt som en del av M'Naughten-regelen ble kalt den såkalte “irresistible impulse”-testen eller uimotståelig impuls-testen, og den gikk som det fremgår av sitatet noe videre enn den opprinnelige anvendelsen av M'Naughten-regelen. Etter denne forståelsen kunne en person frikjennes til tross for at han hadde kunnskap om at handlingen var umoralsk og/eller ulovlig, så lenge det ble funnet at vedkommende hadde lidd under denne handlingsimpulsen.

Disse reglene kombinert utgjorde utilregnelighetsregelen I USA frem til Durham-regelen ble formulert på 1950-tallet. Likevel, selv om den mentale tilstanden til den tiltalte var ansett som et juridisk spørsmål, ble rettspsykiatrisk sakkyndiges vitnemål benyttet i stor grad etterhvert som den psykologiske vitenskap vokste frem, og disse ekspertvitner fikk gradvis større og større innflytelse. Dette gjorde ikke stort for selve regelen, og hvordan disse vitnemålene ble mottatt og benyttet i argumentasjonen varierte kraftig mellom de forskjellige domstolene. Selv om noen sakkyndige i praksis avgjorde med et ja-eller-nei svar om vedkommende forsto rett eller galt, og dermed i teorien avgjorde saken overfor juryen hadde ikke dette noen effekt på rettsregelen formelt, og den besto i den formen frem til Durham-regelen.

3.3.2 Durham-regelen (the product test)

Denne utilregnelighetsregelen oppsto i United States Court of Appeals for the District of Columbia (D.C. Circuit), en av geografisk minste jurisdiksjonene i USA men også en av de absolutt viktigste i et bredere perspektiv. En stor andel av dommerne i SCOTUS (USAs høyesterett) kommer fra nettopp denne ankesdomstolen, og på grunn av sin rolle som føderal ankesdomstol har domstolen også en rolle som overoppsynsorgan for flere av de føderale byråene, og har dermed betydelig innflytelse.

Durham-regelen kom til som en følge av uttalelsene til dommer David L. Bazelon under

ankesaken *Durham v. United States*²³ der den tiltalte, Monte Durham, ble frikjent på grunn av at han led under en mental sykdom eller defekt, som i sin tur var årsak til hans straffbare handling.

Durham hadde en lang historie med mental sykdom, med flere innleggelseser. Han var tidligere kastet ut fra marinen, da hans mentale tilstand gjorde ham uskikket til noen form for militærtjeneste. Han gjennomførte flere mindre kriminelle handlinger, og ble diagnostert med psykose med psykopatisk personlighet på St. Elizabeth's Hospital og behandlet i 15 måneder før han ble friskmeldt, men var kort tid etterpå i gang med andre kriminelle handlinger og ble igjen underlagt behandling. 2 måneder etter siste behandling begikk han et innbrudd som han ble dømt for, og som ble anket til D.C. Circuit og behandlet i mars-juli 1954. Der ble han frikjent med dom gjort rettskraftig 10. September samme år.

I dommen er det gjort et hovedpoeng i å kritisere M'Naughten-regelen. Dette er for en stor del gjort på grunnlag av medisin; som følge av at M'Naughten-regelen oppsto på midten av 1800-tallet hadde den, selv etter et hundreår med rettsutvikling, fremdeles lite å gjøre med de psykologifaglige realiteter som på midten av 1900-tallet begynte å bli en anerkjent vitenskap.

Den sentrale kritikken i dommen kommer under del II, seksjon A, 6. avsnitt. Der påpekes det at det i M'Naughten-regelen er forsøkt å avgjøre skyldene på basis av individuelle eller samlede manifestasjoner av symptom eller andre synlige frembrudd, noe som i realiteten betyr at domstolen forsøker å diagnostisere en tiltalt basert på de bevis den har tilgjengelig, vitnemål etc., som ligger langt utenfor domstolens faglige kompetanse. Med dette har domstolene tatt på seg en umulig rolle (2. setning, første komma).

Det er videre i dommen referert til den utvidende tolkning som "irresistible impulse"-regelen representerer som et grunnlag for å gå enda videre i søken etter en bedre rettsregel. "Rett og galt"-regelen ble holdt for å være utilstrekkelig på grunn av at den ikke tar hensyn til den psykologifaglige utvikling og vitenskap, og "irresistible impulse"-regelen var like utilstrekkelig fordi den ikke tok høyde for mental sykdom som var av en slik art den ikke kunne beskrives som impulsiv, altså der handlingen for eksempel var planlagt på forhånd men likevel hadde grunnlag i en mental sykdom. I disse tilfellene ville man falle over på en behandling etter "rett og galt" kriteriet, som var funnet å være utilstrekkelig.

Den grunnleggende regelen kan utledes fra den siste delen av dommen, nest siste avsnitt,

²³ *Durham v. United States*, 214 F. 2D 862 (1954) http://scholar.google.com/scholar_case?case=1244686235948852364

gjengitt under:

“The legal and moral traditions of the western world require that those who, of their own free will and with evil intent (sometimes called *mens rea*), commit acts which violate the law, shall be criminally responsible for those acts. Our traditions also require that where such acts stem from and are the **product of a mental disease or defect** as those terms are used herein, moral blame shall not attach, and hence there will not be criminal responsibility.”

Min utheving. Kjernebegrepet fra Durham-regelen er at handlingen, dersom den er et produkt av mental sykdom, ikke medfører straffansvar. Det blir da et spørsmål om, for det første, å stadfeste at det foreligger en mental sykdom, og for det andre, å se om den kriminelle handling er et produkt av denne. Det er på grunn av dette at regelen også er kjent som produkt-regelen.

På grunn av kravet om å stadfeste en mental sykdom ble det etter denne regelen nødvendig med utstrakt bruk av sakkyndige. Fra domsbegrunnelsens tredje siste avsnitt, siste setning, gjengitt her:

“But in making such judgments, they will be guided by wider horizons of knowledge concerning mental life. The question will be simply whether the accused acted because of a mental disorder, and not whether he displayed particular symptoms which medical science has long recognized do not necessarily, or even typically, accompany even the most serious mental disorder”

Med dette skulle altså juryen ikke lenger avgjøre om siktede hadde lidd av symptomer, eller andre detaljer av hendelsesforløpet eller den medisinske diagnosen. Den skulle heller ganske enkelt rettleides av en psykiatrisk sakkyndigs ekspertvitnemål i å avgjøre hvorvidt mental sykdom var til stede i siktede eller ikke.

Dersom mental sykdom var til stede, er det andre kriteriet for frifinnelse at den straffbare handlingen var et produkt av vedkommendes mentale sykdom. Bruken av begrepet produkt er ikke behandlet videre i avgjørelsen, men refererer til og bygger på tidligere praksis fra New Hampshire Supreme Court i saken *State versus Pike*²⁴ som ble bygget videre på i saken *State versus Jones* fra 1871.

I *State versus Pike* kom det en rekke uttalelser fra dommer Charles Cogswell Doe som voterte

²⁴ The American Law Register (1852-1891) s. 233-259 <http://www.jstor.org/stable/3303702>

i dissens, vedrørende hvilke bevis som måtte aksepteres ført omkring en persons sinnstilstand, i en grundig behandling av vitners funksjon i retten rundt dette spørsmålet. Dette ble senere tatt til følge og ble styrende for den videre rettsutviklingen generelt i delstaten (jfr. Side 259). Med dette som bakgrunn begynte man å argumentere for å bygge på presentasjonen av bevis i form av vitnemål som grunnlag for å avgjøre om handlingen var et produkt av vedkommendes mentale sykdom.

Senere ble produkt-testen klargjort i *Carter v. United States*²⁵, der retten uttalte:

“The simple fact that a person has a mental disease or defect is not enough to relieve him of responsibility for a crime. There must be a relationship between the disease and the criminal act; and the relationship must be such as to justify a reasonable inference that the act would not have been committed if the person had not been suffering from the disease. There are two key factors in this defense, a mental disease and a critical relationship between that disease and the alleged criminal act”

Dette medførte et eksplisitt krav om kausalitet, der handlingen ikke bare måtte være et produkt av den mentale tilstanden, men at tilstanden var helt nødvendig for at handlingen skulle finne sted.

Håpet med Durham-regelen, slik det har blitt uttalt av dommer Bazelon i ettertid, var å forsøke å få en mer åpen regel, som inviterte til større bruk av all mulig vitenskapelig kunnskap angående menneskelig handlemåte. Å få en større mengde innspill fra det psykologiske fagfelleskapet rundt faktorene som bidrar til kriminelle handlinger ville slik åpne opp for et bedre grunnlag for domsavgjørelser. Tanken var å forsøke å få i stand en rettsprosess som lignet på prosessen for å stadfeste skyldansvar etter (amerikanske) erstatningsrettslige regler, slik at man opererte med en løsere definisjon og dermed i teorien utsatte spørsmålet for en grundigere rettsbehandling.

Dette behandles ikke videre, ettersom dommen ikke på langt nær hadde denne effekten. Hovedelementet av kritikken mot Durham-regelen var at rettstilstanden i praksis ikke ble endret. Fra å bruke ekspertvitnemål for å avgjøre om vedkommende kunne skille rett fra galt, ble det nå brukt eksperter for å avgjøre om vedkommendes handlinger var et produkt av hans mentale sykdom. I praksis var det fremdeles eksperter som avgjorde om den siktede hadde

²⁵ *Carter v. United States*, 252 F. 2d 608 - Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit (1957)
http://scholar.google.com/scholar_case?case=18305278475831272047&hl=en&as_sdt=2,5

straffansvar eller ikke, det var kun en annen ordlyd som ble benyttet i retten, heller enn å la en jury avgjøre spørsmålet om vedkommendes skyld.

Problemet med denne kritikken er at den tar det som en aksiomatisk sannhet at juryen har det beste grunnlaget for å avgjøre en tiltaltes skyld og at denne bør prioriteres. Det finnes absolutt argumenter for at en jury er et rettferdig verktøy som et “moralsk kompass” for å stadfeste om noen har handlet galt i en helt normal straffesak. Men for å sette det på spissen, vil tanken på å bli dømt av “a jury of your peers” falle sammen når en mentalt syk person ikke blir dømt av en jury som lider av mental sykdom, eller som i det minste har en viss erfaring med hva en slik tilstand vil si.

Durham-regelen ble tilsidesatt i *United States v. Brawner*²⁶ med grunnlag i den nyere Model Penal Code-regelen. Denne saken pekte på flere viktige momenter ved tidligere praksis rundt spørsmålet og gjorde også et poeng av å behandle begrepsproblematikken rundt mental sykdom.

Angående M'Naughten regel ble det i dommen uttalt at regelen var språklig inadekvat for det formål den var tiltenkt, og dermed ikke i samsvar med det moderne samfunnets oppfattelse av rettferdighet. Videre ble det uttalt om de sakkyndiges opplevelse av regelen at den krevde at disse måtte levere vitnemål rundt tiltaltes subjektive kunnskap om rett og galt som de ikke hadde faglig eller observasjonelt grunnlag å uttale seg om. De uttrykte også bekymring for at behandlingen var innsnevret til å handle om de rene kognitive funksjonsproblemer, noe som begrenser antallet diagnoser som kan falle inn under regelen betraktelig.

Retten ville med andre ord at spørsmålet om tiltaltes kunnskap, om han kunne forstå (“know”) forskjellen mellom rett og galt etter M'Naughten-regelen, skulle besvares på et utvidet og mer fleksibelt grunnlag som tok høyde for flere former enn ren kognitiv kunnskap²⁷.

Angående Durham-regelen, ble denne kritisert for å føre til en “trial by label”, altså at så lenge merkelappen “mental disease or defect” var påført den tiltalte, var saken i realiteten avgjort så lenge ordene “mental disease or defect” ikke var nærmere definert eller behandlet. De sakkyndige brukte sin faglige forståelse for å avgjøre hva som lå i disse ordene, og derfor mente retten at denne definisjonen endret seg fra gang til gang i takt med utviklingen av

²⁶ *United States v. Brawner* 471 F.2d 969 (1972) http://scholar.google.com/scholar_case?case=11189306675234843637

²⁷ Livermore and Meehl, *The Virtues of M'Naghten*, 51 *Minn.L.Rev.* 789, 800-08 (1967)

psykiatrisk forståelse.

Som begrunnelse for dette synet ble det referert til saken mot Milton Rosenfield i 1957²⁸ der en psykiater fra St. Elizabeths Hospital hadde avgitt vitnemål på en fredag om at en person som hadde en sosiopatisk personlighet ikke led av en mental sykdom. Den etterfølgende mandag ble det derimot bestemt gjennom en administrativ avgjørelse på det samme sykehuset at en sosiopatisk personlighet likevel utgjorde en mental sykdom. Dermed ble resultatet av dommen det motsatte på mandag av det som var resultatet på fredag.

Videre ble bekymringen rundt at medisinsk terminologi avgjorde straffesaker begrunnet med saken McDonald versus United States fra 1962²⁹, der retten kom til at begrepet “mental disease or defect” kunne ha en rekke betydninger avhengig av når og hvor den ble brukt, og av hvem, eksemplifisert gjennom en medisinsk fagpersons sterke ønske om å behandle en sykdom. I saken presenterte retten en legaldefinisjon av “mental disease or defect” som følger:

“any abnormal condition of the mind which substantially affects mental or emotional processes and substantially impairs behavior controls.”

Som det er påpekt i U.S. Versus Brawner er ikke denne definisjonen til stor hjelp når det gjelder å gi innsikt i hva som menes med “mental disease or defect”, og smaker av tautologi. Etter ordlyden er det fremdeles snakk om vurderinger av tiltaltes subjektive mentale eller emosjonelle prosesser og sinnstilstand forøvrig, og det er vanskelig å forstå hvordan retten skal kunne ha innsikt i disse uten bistand fra psykiatrisk sakkyndige, som i det minste har et vitenskapelig grunnlag for å uttale seg om disse. Dette er ikke behandlet videre i U.S. versus Brawner.

Dommen går så videre til å kritisere produkt-regelen slik den ble definert i Carter v. United States, med henvisning til dommer Burgers uttalelser i dommen Blocker v. United States³⁰:

“The hazards in allowing experts to testify in precisely or even substantially the terms of the

²⁸ In re Rosenfield, 157 F. Supp. 18 - Dist. Court, Dist. of Columbia 1957

http://scholar.google.com/scholar_case?case=8619041508036703239&hl=en&as_sdt=2,5

²⁹ McDonald v. United States, 312 F. 2d 847 - Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 1962

http://scholar.google.com/scholar_case?case=17465230450119816102&hl=en&as_sdt=2,5

³⁰ Blocker v. United States, 288 F. 2d 853 - Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit 1961

http://scholar.google.com/scholar_case?case=5237124819509009299&hl=en&as_sdt=2,5

ultimate issue are apparent. This is a course which, once allowed, risks the danger that lay jurors, baffled by the intricacies of expert discourse and unintelligible technical jargon may be tempted to abdicate independent analysis of the facts on which the opinion rests”

“The ultimate issue” er her en referanse til spørsmålet om hvorvidt en tiltalt var skyldig eller ikke, eller sentrale momenter for å avgjøre dette. Derfor var det altså uheldig at sakkyndige uttalte seg på måter som kunne virke avgjørende ovenfor det avgjørende spørsmålet om den tiltaltes sinnstilstand. Det var en risiko, mente retten i denne instansen, for at lekpersoner i juryen skulle la seg styre av teknisk sjargong og faguttrykk, slik at de oppfattet de sakkyndiges uttalelser som en avgjørelse, og ikke formet sin egen mening på bakgrunn av de fremlagte fakta. Dette ville i praksis bety at juryen ikke hadde noen reell funksjon i avgjørelsen av spørsmålet, noe som er uakseptabelt i et system der juryen skal og må avgjøre faktum i saken.

Risikoen var derfor til stede, mente retten, for at sakkyndige kunne benytte faguttrykk og slagord for å styre besvarelsen av dette spørsmålet basert på den sakkyndiges egen mening om tiltaltes skyld. Dette er utdypende grunnlagt i dommens seksjon D nr. 1.

3.3.3 Model Penal Code

Denne regelen ble utviklet i 1962 med henblikk til den generelle rettstilstanden i USA med tanke på å lage en “statutory text” eller et forslag til konkret lovtekst. Ordlyden ble utviklet med tanke på å forene den sentrale rettspraksisen i én enkelt regel. Den ble sist behandlet og oppdatert av ALI i 1981.

Ordlyden i lovtekstforslaget er som følger:

“Section (§) 4.01. Mental Disease or Defect Excluding Responsibility.

(1) A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he (or she) lacks substantial capacity either to appreciate the criminality/wrongfulness of his (or her) conduct or to conform his (or her) conduct to the requirements of the law.”

Det er verdt å merke seg at ordlyden “mental disease or defect” er i behold fra Durham-regelen. For å fortsatt holde oss til den grundige behandlingen av MPC-regelen i forhold til den eldre Durham-

regelen i U.S. v. Brawner, var dette i denne saken argumentert for å beholde denne ordlyden med den forståelsen av begrepet som var fremlagt i McDonald-saken fra 1962, som et hovedargument for å benytte ordlyden uten risiko for at sakkyndige derfor fikk utilbørlig innvirkning eller vekt overfor spørsmålet rundt sakens faktum, vedkommendes mentale tilstand. Dette er ikke behandlet i noen stor grad i dommen, men ganske enkelt stadfestet som en løsning på det problem som man i dommen oppstiller rundt de sakkyndiges rolle i retten og overfor juryen.

En annen viktig ting er at man har byttet ut ordet “know” fra M'Naughten regelen med referanse til vedkommendes oppfattelsesevne, til “substantial capacity [...] to appreciate”. Fra anvendelsen av MPC -regelen og praksis fra de delstater som har benyttet seg av denne ordlyden er “appreciate” et mindre strengt vilkår enn “know”, noe som er behandlet under kapittelet om domsformen Guilty But Mentally Ill, se også kapittelet om Hinckley-saken.

Vi kan ta utgangspunkt i saken U.S. v. Brawner når det gjelder forståelse av regelens ordlyd, da ordlyden ble utsatt for en grundig behandling om hvordan denne skulle forstås og anvendes:

Angående definisjonen av “mental disease or defect” (dommens del 6 bokstav a):

Denne referer til en tilstand som for det første på betydelig vis a) påvirker mentale eller emosjonellere prosesser, og b) påvirker kontrollen over atferd negativt. For det andre så er det den tiltalte som på grunn av denne tilstanden, på handlingstidspunktet, (1) mangler kapasiteten til å forstå at handlingen er feil, eller (2) mangler kapasiteten til å følge lovens regler som kan påberope seg dette.

Den første delen gir en definisjon av hva som er påkrevd av bevis for en mental tilstand å kunne påberope seg frifinnelse, og den andre delen gir en definisjon av hva som må avgjøres i tillegg for at denne mentale tilstanden skal medføre frifinnelse. Altså et krav om beviselig mental sykdom og beviselig konsekvens av denne mentale sykdommen.

Angående definisjonen av “result” (dommens del 6 bokstav b):

Dette er et krav til kausalitet mellom “mental disease or defect” og den tiltaltes evne til å føle ansvar for handlingen, det vil si at handlingen må være et resultat av lidelsen. Som eksempel gis det at en kleptomans sykdom ikke resulterer i at denne ikke klarer å følge loven med hensyn til voldtekt.

(mental incompetence) til å stilles foran retten, kontra en person som er/var utilregnelig på handlingstidspunktet. Dersom vedkommende er “unable to understand the nature and consequences of the proceedings against him or to assist properly in his defence”, altså ute av stand til å forstå rettsprosessen han er underlagt og konsekvensene av den, og ikke kan bidra til sitt eget forsvar, kan han ikke dømmes av retten. Denne regelen er et eksempel av dette.

§ 4247: General provisions for chapter

Denne regelen gir under bokstav a en oversikt og definisjoner av begrep slik de er ment brukt i disse bestemmelsene.

Bokstav b gir regler for den psykiatriske/psykologiske evalueringen. Denne evalueringen skal resultere i en rapport som leveres til retten. Etter bokstav b skal denne evalueringen utføres av en eller (dersom retten finner det nødvendig) flere sertifiserte psykiatrisk eller psykologisk fagkyndige, skjønt ved observasjon vedrørende §§ 4245, 4246 eller 4248 kan den som skal observeres be om å velge en fagkyndig i tillegg.

Retten er begrenset til å beordre observasjon og evaluering i egnet miljø i 30 dager dersom evalueringen gjelder forhold regulert av §§ 4241, 4244 eller 4245, eller 45 dager dersom den gjelder forhold regulert av §§ 4242, 4243, 4246 eller 4248. Disse kan forlenges én gang med henholdsvis 15 og 30 dager når anmodet og begrunnet av behandlende institutts administrator.

Under § 4247 bokstav c skal den psykiatriske/psykologiske evalueringen inneholde:

Nr. 1: Observandens historie (med dette menes antagelig medisinske historie) og nåværende symptomer.

Nr. 2: En beskrivelse av de psykiatriske, psykologiske og medisinske tester som ble benyttet og deres resultater.

Nr. 3: Den evaluerendes resultater.

Nr. 4: Den evaluerendes vurdering angående diagnose, prognose og;

A: Om evaluering er beordret etter § 4241, om observanden er i en slik tilstand som beskrevet i § 4241.

B: Om evaluering er beordret etter § 4242, hvorvidt observanden var “insane” eller sinnssyk

ved utførelsen av den ulovlige handlingen.

C: Om evaluering er beordret etter §§ 4243 eller 4246, om observanden lider av mental sykdom eller defekt som medfører at observanden utgjør en risiko som beskrevet i § 4243.

D: Om evalueringen er beordret etter § 4248, om observanden er en person som beskrevet i § 4247 bokstav a nr. 5.

E: Om evalueringen er beordret etter §§ 4244 og 4245, om observanden lider av en slik mental sykdom eller defekt at han har behov for behandling hos egnet institutt.

F: Om evalueringen er en del av undersøkelser før straffutmåling kan finne sted, hvilke anbefalinger den evaluerende har rundt hvordan observandens mentale tilstand bør påvirke straffutmålingen.

Denne hjemmelen er et eksempel på hvordan er psykiatrisk sakkyndig kan jobbe i USA.

§ 4248: “Civil commitment of a sexually dangerous person”

Denne bestemmelsen ble tilført under endringene gjennomført i den amerikanske kongressen i 2006; kalt “Adam Walsh Child Protection and Safety Act”. Bestemmelsen hjemler adgangen til tvangsbehandling av personer som utgjør en seksuell risiko slik beskrevet i § 4247 bokstav a nummer 5.

Typisk er dette ment til å brukes på mentalt syke voldtektsmenn, men helst pedofile. Gjennom bestemmelsen er det da mulig for myndighetene å holde tilbake utilregnelige som ikke utgjør en ellers voldelig trussel.

Bestemmelsen har blitt kritisert på grunn av at det ikke kreves at vedkommende har utført noen straffbare handlinger eller er tiltalt for noen handlinger. Så lenge vedkommende er i føderal varetekt og har blitt vurdert av påtalemyndighetene til å være en seksuell fare, vil retten kunne holde en høring om hvorvidt vedkommende er en seksuell fare, og dermed kan tvangsbehandles. Hjemmelen ble i en dom i den amerikanske høyesteretten i 2010 *United States v. Comstock*³³ holdt for å være i tråd med grunnloven og den amerikanske kongressens lovgivningsmyndighet. Den gir et eksempel på civil commitment.

³³ *United States v. Comstock*, 560 U.S. ____ (2010) www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1224.pdf

Dersom man blir kjent utilregnelig etter noen av disse reglene kalles resultatet “not guilty by reason of insanity”, NGRI. Altså eksplisitt frikjent fra den straffbare handlingen. Dette i kontrast med noen delstater i USA som har et resultat som kalles “guilty but mentally ill” eller GBMI, der den tiltalte holdes for å være skyldig *til tross for* sinnssykdom.

De føderale reglene blir selvsagt kun benyttet under saker som faller under de føderale domstolenes jurisdiksjon. Dette betyr at de aller fleste utilregnelighetssaker i USA behandles og avgjøres endelig i de forskjellige delstatenes rettssystem. Likevel er det formelt det føderale systemet som har høyest rang.

Som tidligere nevnt ble den føderale utilregnelighetsregelen vesentlig endret ved Insanity Defense Reform Act i 1984, som følge av dommen mot Hinckley i 1982 for attentatforsøket mot daværende President, Ronald Reagan. Før 1984 praktiserte de føderale domstolene Model Penal Code-regelen i en eller annen form³⁴.

IDRA 1984 gjorde en hel rekke endringer³⁵: Det ble innført begrensninger på hva en sakkyndig kunne konkludere med overfor “the ultimate issue”, fjernet muligheten til frikjennelse grunnet nedsatt tilregnelighet, skapte det spesielle domsresultatet “not guilty by reason of insanity” som automatisk medførte en kontroll etter prosessreglene gjengitt tidligere, og la til en mulighet for å tvangsbehandle straffedømte eller de som allerede var fengslet.

Ordlyden i § 17 gir en pekepinn på innsnevringen av utilregnelighetsregelen:

Fra første setning, fjerde komma: “severe mental disease or defect”. Som tidligere nevnt var det i Model Penal Code benyttet ordlyden “mental disease or defect”. Bruken av ordet “severe” kan neppe bety annet enn en betydelig innskrenkning i hvilke tilstander som kan sortere under mental sykdom og mental defekt, dersom man tar utgangspunkt i den daglige bruken av ordet.

Fra behandlingen av IDRA 1984: “This concept was added as a committee amendment “to emphasize that non-psychotic behavior disorders or neurosis such as an “inadequate personality, immature personality, or a pattern of antisocial tendencies do not constitute the

³⁴ http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00636.htm

³⁵ http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00634.htm

defense.”³⁶,³⁷

Videre kreves det i ordlyden at den tiltalte må ha vært “unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of his acts”. Dette er to forskjellige vilkår. Enten må den tiltalte ha en manglende evne til å forstå handlingens natur, altså det at den tiltalte ikke forsto handlingen *i seg selv*, eller så må den tiltalte ikke ha forstått at handlingen var moralsk eller legalt feil. Her oversettes ordet “appreciate” til forståelse i denne sammenheng.

Dette er tilbake til kjerneområdet til M'Naughten-regelen, tatt direkte fra ordlyden i behandlingen i House of Lords.

Med andre ord er en rekke mindre alvorlige mentale forstyrrelser utelukket fra definisjonen.

“This standard was intended to incorporate the conclusion of the case law that voluntary use of alcohol and drugs, even if they render the defendant unable to appreciate the nature and quality of the act, does not constitute insanity or any other legally valid affirmative defense.”

Og det den nye regelen medførte at utilregnelighet som følge av rus ikke skulle anses som straffrihetsgrunn.

“The explicit provision that mental disease or defect does not otherwise constitute a defense is intended to ensure that the requirements of the standard are not circumvented in the guise of showing some other affirmative defense such as “diminished capacity.” This provision does not necessarily bar, however, the use of psychiatric testimony to negate specific intent, where specific intent is an element of the crime.”³⁸

Det er interessant at det her nevnes bruken av psykiatrisk sakkyndige til å vitne om tiltaltes kriminelle hensikt, med andre ord en ekspertevaluering som går på vedkommendes subjektive skyld. Det vil bety at selv om det med dette er en rekke tilstander som er utelukket fra å falle inn under utilregnelighetsdefinisjonen i § 17 er man ikke totalt avskåret fra å i visse konkrete tilfeller å føre bevis for fraværende subjektiv skyld selv om denne skulle avstamme fra en mindre alvorlig tilstand. Noen delstater tillater likevel ikke dette.

³⁶ http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00637.htm 1/5 2013

³⁷ Jfr referanse 37, S.Rep. No. 225, 98th Cong., 1st Sess. 229, reprinted in 1984 U.S. Code Cong. & Admin. News 3182, 3411; *United States v. White*, 766 F.2d 22 (1st Cir. 1985)

³⁸ Jfr referanse 37, *United States v. Cameron*, 907 F.2d 1051, 1063-66 (11th Cir. 1990); *United States v. Pohlot*, 827 F.2d 889, 896-97 (3d Cir. 1987), *cert. denied*, 484 U.S. 1011 (1988); *United States v. Gold*, 661 F. Supp. 1127, 1128-31 (D.D.C. 1987).

De føderale reglene gir regler for hvordan de rettspsykiatriske sakkyndige skal presentere sin evaluering for retten og juryen, men gir ingen konkrete retningslinjer med tanke på diagnostikk, eller krever at den tiltaltes tilstand sorteres inn under noen kategorier. Det overlates stort sett til den sakkyndige å komme frem til en konklusjon om vedkommendes tilstand på handlingstidspunktet.

Men det ligger en viktig begrensning i Federal Rule of Evidence 704 som gir begrensninger i hva en psykiatrisk fagkyndig kan ta stilling til i sin evaluering³⁹:

Fra bokstav a: “Except as provided in subdivision (b), testimony in the form of an opinion or inference otherwise admissible is not objectionable because it embraces an ultimate issue to be decided by the trier of fact.”

Fra bokstav b: “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 matters for the trier of fact alone.”

Regelen omhandler uttalelser om “the ultimate issue”, altså om skyldigheten til den den tiltalte eller andre momenter av avgjørende betydning for domsresultatet. Som det fremgår av bokstav a gjelder ikke regelen generelt; det er ikke i seg selv en begrensning ved vitnemål at det tas stilling til vedkommendes skyld eller uskyld. Det er psykiatrisk ekspertvitnemål som begrenses til vedkommendes mentale tilstand, og der må det ikke fremkomme noe standpunkt eller en meningsytring som vedrører den tiltaltes faktiske skyld.

Eller for å si det på en annen måte; den rettspsykiatriske sakkyndige må overlate til den faktastadfestende å avgjøre om den tiltalte er sinnssyk, og dermed ikke straffbar, i lovens forstand.

Før 1984 kunne psykiatere presentere sin mening om vedkommende var sinnssyk etter lovens betydning og dermed uskyldig. Formålet med å begrense dette var for å “eliminate the confusing spectacle of competing expert witnesses testifying to directly contradictory conclusions as to the ultimate legal issue to be found by the trier of fact.”

Med andre ord var det et ønske om å unngå den berømte “battle of the experts” rundt det konkrete spørsmålet om den tiltaltes skyld.

³⁹ http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00639.htm

I rettspraksis har bruken av regelen blitt forklart slik, jfr. US vs. Edwards⁴⁰:

“Psychiatrists, of course, must be permitted to testify fully about the defendant's diagnosis, mental state and motivation (in clinical and commonsense terms) at the time of the alleged act so as to permit the jury or judge to reach the ultimate conclusion about which they and only they are expert.”

Congress did not enact Rule 704(b) so as to limit the flow of diagnostic and clinical information. Every actual fact concerning the defendant's mental condition is still as admissible after the enactment of Rule 704(b) as it was before. Rather, the Rule “changes the style of question and answer that can be used to establish both the offense and the defense thereto.

The prohibition is directed at a narrowly and precisely defined evil: When, however, “ultimate issue” questions are formulated by the law and put to the expert witness who must then say “yea” or “nay,” then the expert witness is required to make a leap in logic. He no longer addresses himself to medical concepts but instead must infer or intuit what is in fact unspeakable, namely, the probable relationship between medical concepts and legal or moral constructs such as free will. These impermissible leaps in logic made by expert witnesses confuse the jury.”

Dette gir et godt bilde på det samspill som forventes mellom rettspsykiatrisk sakkyndig og juryen, men det må spørres om en slik regel fungerer eller har fungert i henhold til denne hensikten.

Saken US vs. West⁴¹ har i ettertid blitt brukt for å kritisere denne regelen⁴². I saken refererte man til at regelen førte til en tolkning der man utelukket all bevisførsel om den tiltaltes mentale tilstand når en psykiater hadde konkludert med at det var ingen årsakssammenheng mellom den mentale tilstanden/sykdommen og handlingen. Dette var en uheldig tolkning av regelen og en uakseptabel begrensning i den tiltaltes mulighet til å forsvare seg.

Det er også på et mer generelt grunnlag betenkelig å begrense psykiatrisk sakkyndige på

⁴⁰ UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. Roland Arthur EDWARDS, Defendant-Appellant. <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/819/819.F2d.262.86-5373.html>

⁴¹ United States v. West, 962 F.2d 1243 (7th Circuit 1993)

⁴² Stephen A. Saltzburg *Trial Tactics*, kapittel 23 - American Bar Association, Criminal Justice Section

denne måten. Når man benytter seg av rettspsykiatrisk vitnemål er det nettopp den sakkyndiges personlige evaluering man spør om. Riktignok finnes det en vitenskapelig basis for de psykiatriske undersøkelsene og testene som benyttes, og det finnes retningslinjer medisinfaglige standarder som den sakkyndige må holde seg innenfor, men det er ikke til å komme bort ifra at man etterspør den sakkyndiges *mening*, hans *forståelse* av den tiltalte. Den sakkyndige vil ha formet seg en mening om vedkommendes evne til skyld eller uskyld, og det er i realiteten denne meningen man etterspør og denne meningen man vil få presentert, selv der man prøver å forhindre at den sakkyndige sier de konkrete ordene.

Amerikansk rettspraksis sier seg uenig i dette synet, se oppgavens behandling av Clark v. Arizona.

Med andre ord tvinger man den sakkyndige til å gå rundt grøten. Dette er unødvendig tungrodd, men så er også dette et resultat av en kraftig politisk påvirket prosess, og dette bør nok farge oppfatningen av regelen.

Effekten av Insanity Defense Reform Act er synlig i lovteksten, men lovteksten sier ikke noe om hva som ble fjernet fra regelen. Med denne omformingen av reglene skjedde det to viktige ting: Man fjernet den tidligere nevnte “irresistible impulse”-regelen og fjernet bevisbyrden fra påtalemyndighetene, og plasserte bevisbyrden på forsvareren i stedet.

I praksis betydde dette at man ikke lenger kunne hevde at handlinger som kom av en uimotståelig impuls førte til frikjennelse, handlinger som for eksempel kunne følge av tvangsnevroses, alvorlige angstlidelser eller og kanskje visse former for bevisstløshet. På den måten ble ufrivillighetskriteriet snevret betydelig inn, til fordel for M'Naughten-regelens formulering.

Når man så plasserte bevisbyrden på den tiltalte hadde dette en viktig praktisk effekt. For det første koster en slik sakkyndigevaluering en del penger. Ønsker en tiltalt å presentere bevis ut over det som kommer frem av den psykiatriske evalueringen, må han selv sørge for sakkyndig. Slik blir dette noe forbeholdt personer med relativt høy økonomisk status. En annen effekt er at når den tiltalte er den som presenterer slike bevis på sine egne vegne kan det fremstå for en jury som en “kjøpt” konklusjon.

Før IDRA 1984 var det påtalemyndighetene som hadde bevisbyrden for den tiltaltes tilregnelighet, og beviskravet var “beyond a reasonable doubt”, altså kunne ingen rimelig tvil være tilstede for at vedkommende var sinn syk. Dette var et resultat av en standard som ble

fastslått i 1895 i saken *Davis v. United States*⁴³.

Dette var derimot ikke et prinsipp av grunnlovs rang, som det ble fastslått i *Leland v. Oregon*⁴⁴. Ettersom det ikke var grunnlovsstridig å kreve av en tiltalt at vedkommende måtte bevise sin sinnssykdom “beyond reasonable doubt” eller hevet over rimelig tvil, var det også ikke grunnlovsstridig å kreve bevis etter de mindre strenge beviskravene⁴⁵. Kan man kreve det mer, kan man kreve det mindre.

For øvrig forsøkte Reagan å fjerne sinnssykdom som skyldfrihetsgrunn overhodet fra de føderale reglene, men dette ble ikke resultatet.

3.4 Rettspraksis

På et område dominert av case law virker det kanskje poenngløst å ha et eget kapittel om rettspraksis. Denne delen er heller ment til å være en samling relevante dommer om tema knyttet til utilregnelighetsreglene.

3.4.1 *United States v. John Hinckley Jr. 1982* – Stor effekt

Denne saken er eksepsjonell ikke så mye på grunn av det rent juridiske innholdet i dommen, men på grunn av den voldsomme effekten den har hatt på USA og det rettspolitiske klimaet etterpå.

Som tidligere nevnt forsøkte Hinckley å drepe daværende President, Ronald Reagan. Hinckley mente at mordet ville imponere skuespillerinnen Jodie Foster, da det ville gjøre ham til en historisk figur.

På det tidspunktet Hinckley var tiltalt på den tidligere omtalte D.C. Circuit, benyttet det føderale systemet seg av Model Penal Codes definisjon av sinnssykdom. Dette hadde stor betydning i følge Hinckleys forsvarsadvokat⁴⁶. I saken *United States v. Brawner* der mange av begrepene slik de var brukt i Model Penal Code, hadde man ikke definert begrepet

⁴³ *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895)

⁴⁴ *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 797 (1952)

⁴⁵ *United States v. Freeman*, 804 F.2d 1574, 1576 (11th Cir. 1986); *United States v. Amos*, 803 F.2d 419, 421 (8th Cir. 1986).

⁴⁶ Vincent J. Fuller, *United States v. John W. Hinckley Jr.* (1982), 33 Loy. L.A. L. Rev. 699 (2000).

<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2207&context=llr>

“appreciate”, som hadde erstattet det tidligere begrepet “know”. Ettersom begrepet “appreciate” var mer åpent, klarte forsvarerne å få frem en forståelse av at begrepet ikke bare betød en rent kognitiv forståelse, men også en emosjonell forståelse av handlingen. Ved hjelp av 4 sakkyndige presenterte de en slik sak at juryen følte seg bundet:

“We weren't lawmakers. We had to give a judgment back the way it was given to us. The evidence being what it was, we were required to send John back insane.” - George Blyther⁴⁷

Kritikken som oppsto i etterkant hadde mye å gjøre med Reagans popularitet som President. I det rettspolitiske klimaet som fulgte, med Insanity Defence Reform Act og de endringer de forskjellige delstatene gjorde i sine utilregnelighetsregler kan man slå fast at det ble betydelig vanskeligere å slippe straff på bakgrunn av sinnssykdom.

Det finnes neppe ett klarere eksempel på at hva som skjer når man lar enkeltsaker avgjøre en hel nasjons fremtidige rettspolitikk.

3.4.2 Clark v. Arizona 2006 – Sakkyndig bevis

Saken⁴⁸ gjaldt mordet på en politibetjent. Den tiltalte var paranoid schizofren, men ble ikke funnet til å være sinnsyk og skyldfri etter reglene i Arizona. I delstaten benytter man seg av en modifisert versjon av M'Naughten-regelen til å avgjøre sinnssykdom, der hovedfokuset er den tiltaltes evne til å skille rett fra galt.

Clark hadde forsøkt å benytte bevis om sin mentale tilstand til å overbevise retten om at han ikke hadde det nødvendige Mens Rea for handlingen, altså den riktige typen forsett eller kriminelle hensikt som kreves for å være skyldig. Arizona har en egen utilregnelighetsregel og bruker ikke Mens Rea-prinsippet slik det gjøres i de delstatene som har avskaffet utilregnelighetsreglene sine.

Høyesterett opprettholdt delstaten Arizonas rett til å begrense bevisførsel rundt den tiltaltes tilregnelighet til spørsmålet om vedkommende var sinnsyk i gjerningsøyeblikket.

Som begrunnelse for dette ble det blant annet påpekt at delstaten ikke hadde regler for nedsatt

⁴⁷ George Blyther, jurymedlem i Hinckley-saken. Se <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/hinckley/backlash.htm>

⁴⁸ Clark v. Arizona, 548 U.S. 735 (2006), http://www2.bloomberglaw.com/desktop/public/document/Clark_v_Arizona_548_US_735_126_S_Ct_2709_165_L_Ed_2d_842_2006_Cou#fn2000

tilregnelighet (diminished capacity) som straffrihetsgrunn, og at dette var et bevisst valg. Det ble også begrunnet ut fra en kritikk av de skiftende definisjonene av mental sykdom som den psykiatriske vitenskap opplever, basert blant annet på kritikken av DSM-IV systemet fra en av dets bidragsyttere⁴⁹. Et skiftende begrep for hva som var sinnssykdom måtte bety at begrepene som psykiatrien bruker og de lovlige begrep rundt sinnssykdom måtte derfor ikke knyttes for tett til hverandre. Fra rettens begrunnelse:

“Though we certainly do not “condem[n mental-disease evidence] wholesale,” Brief for American Psychiatric Association et al. as *Amici Curiae* 15, the consequence of this professional ferment is a general caution in treating psychological classifications as predicates for excusing otherwise criminal conduct.”⁴⁹

Med andre ord er det risikabel praksis å la psykiatriske vurderinger alene være ansvarlig for avgjørelsen av det rettslige spørsmål om skyld.

Et annet argument den amerikanske høyesteretten benyttet seg av var at psykiatrisk vitnemål ofte var egnet til å forvirre retten og særlig juryen. Retten uttalte:

“The limits of the utility of a professional disease diagnosis are evident in the dispute between the two testifying experts in this case; they agree that Clark was schizophrenic, but they come to opposite conclusions on whether the mental disease in his particular case left him bereft of cognitive or moral capacity. Evidence of mental disease, then, can easily mislead;”

Retten baserte dette på forskjellen mellom de juridiske spørsmål som måtte besvares og begrepsbruken innen psykiatrien. Retten går videre til å påpeke faren ved å trekke paralleller fra bevisbasert stadfestelse av den tiltaltes tankegang med tanke på de rettsfølger disse vurderingene har, og en basert i meningen til en sakkyndig:

“And even when an expert is confident that his understanding of the mind is reliable, judgment addressing the basic categories of capacity requires a leap from the concepts of psychology, which are devised for thinking about treatment, to the concepts of legal sanity, which are devised for thinking about criminal responsibility.”

Dette mener retten er en enda større feilkilde ettersom det i mange tilfeller er et element av kvalifisert gjetting i den sakkyndiges vurdering av tiltaltes mentale tilstand på gjerningstidspunktet. Retten siterte American Psychiatric Associations uttalelser vedrørende

⁴⁹ : P. Caplan, *They Say You're Crazy: How the World's Most Powerful Psychiatrists Decide Who's Normal* (1995)

sakkyndiguttalelser i domsbegrunnelsen:

“When . . . `ultimate issue' questions are formulated by the law and put to the expert witness who must then say `yea' or `nay,' then the expert witness is required to make a leap in logic. He no longer addresses himself to medical concepts but instead must infer or intuit what is in fact unspeakable, namely, the *probable relationship* between medical concepts and legal or moral constructs such as free will.”

Dette er da i sin helhet tatt til inntekt for et syn på bruken av rettspsykiatriske sakkyndige som en potensiell feilkilde.

3.4.3 O'Connor v. Donaldson - Menneskerettigheter

I saken O'Connor v. Donaldson⁵⁰ kom USAs høyesterett frem til at det strider mot menneskerettigheter å tvangsbehandle en person mot denne personens vilje, så lenge personen ikke utgjør en fare for andre og kan ta vare på seg selv enten ved egen evne eller med hjelp fra venner og familie.

Den praktiske virkningen av saken var å sørge for at mennesker som hadde psykiske lidelser men som ikke var farlige fikk en rett og en mulighet til å leve som normale mennesker. Den rene muligheten for fremtidige lovbrudd er ikke alene nok til å begrunne innesperring.

En annen praktisk virkning var en kraftig innsnevring i adgangen til tvangsbehandling grunnet risiko, “civil commitment”, der man ved dom ble sendt til tvangspsykiatrisk behandling uten noen befatning med det strafferettslige systemet. Ett eksempel på dette er U.S.C. Title 18 § 4248: “Civil commitment of a sexually dangerous person”, som kun krever at vedkommende er i føderal varetekt og utgjør en seksuell fare før vedkommende kan tvangsinnlegges.

I dommen uttalte Justice Stewart følgende:

“Commitment of mentally ill or incompetent persons against their will (involuntary) has long involved weighing the person's civil rights with the rights of society to be protected from possibly dangerous individuals. Each state has its own laws for involuntary commitment. These laws define the types of mental illnesses and conditions that can lead to institutional commitment and those that can not. Those conditions generally excluded are drug or alcohol addi[c]tion, mental retardation, and epilepsy.”

⁵⁰ O'Connor v. Donaldson 422 U.S 563 (1975)

Her får vi også vite noe om hvilke tilstander som normalt faller utenom og som ikke kan føre til frihet fra straff, skjønt selv om dommen er fra USAs sisteinstans gjelder den ikke helt generelt for hele USA på det punktet. Om ingenting annet vil nok antagelig flere av disse tilstandene kunne føre til skyldfrihet i New Hampshire, den eneste delstaten som fremdeles praktiserer Durham-regelen (den er også kalt New Hampshire-regelen).

Vi ser også at adgangen til tvangsbehandling er også i USA begrunnet med hensynet til samfunnssikkerhet.

3.4.4 Frendak v. United States - Den sinnsykes ønsker

I saken *Frendak v. United States*⁵¹ kom D.C. Circuit frem til at retten ikke kunne tvinge en tiltalt til å fremme påstand om frifinnelse grunnet sinnssykdom.

Retten kom til at det hadde flere klare ulemper å bli holdt for å være sinnsyk. Det ble blant annet lagt vekt på at tvangsbehandling kunne ha lenger varighet enn fengsel, sinnssykdom hadde et sosialt stigma, og det kunne gå imot den tiltaltes uttalte motivasjon for handlinger, for eksempel at handlingen var kom av religiøse eller politisk overbevisning som måtte bli tatt på alvor.

Utover det påpeker retten at “Ms. Frendak, in particular, has indicated that she considers the hospital worse than any prison and, in order to avoid institutionalization there, has gone on hunger strikes, attempted suicide, and refused medication.”

Retten mener at så lenge vedkommendes mentale tilstand er kompatibel med at vedkommende kan ta en slik avgjørelse, må retten respektere det.

Dette ble videre behandlet i USAs Høyesterett i sakene *Godinez v. Moran* og *Indiana v. Edwards*, der de kom frem til at så lenge den tiltalte var “competent to stand trial”, altså i en slik mental tilstand at han kan fremstilles for retten og dømmes, så har han rett til å erklære seg selv skyldig og ha en rett til å representere seg selv, og derfor retten til å nekte å bli holdt for å være sinnsyk.

Forhåpentligvis er den psykiatriske kontrollen slik at den egner seg til å avgjøre om

⁵¹ *Frendak v. United States*, 408 A.2d 364 (D.C. 1979)
http://scholar.google.com/scholar_case?case=8884757738165900061&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar,
Godinez v. Moran, 509 U.S. 389 (1993), *Indiana v. Edwards*, 554 U.S. 164 (2008)

vedkommende er sinnsyk eller ikke, fordi det er det spørsmålet retten i praksis forsøker å avgjøre ved undersøkelsen av den tiltaltes mentale tilstand. Det er eksplisitt sagt i de føderale reglene i U.S. Code at vurderingen om den tiltalte er i stand til å fremstilles for retten ikke skal påvirke behandlingen av spørsmålet om vedkommende var sinnsyk i gjerningsøyeblikket, jfr. U.S.C. Title 18 Del 3 kapittel 313 § 4241 bokstav f. Dette må bety at det er to forskjellige vurderinger.

Men som tidligere påpekt er mental sykdom en glidende skala, og sykdomsgrad kan variere. Om en tiltalt er frisk nok til å fremstilles men var for syk i gjerningsøyeblikket til å straffes, og er syk nok til å oppleve sine handlinger som logiske og fornuftige, vil vedkommende etter å ha sluppet gjennom nåløyet for å fremstilles for retten være uten vern dersom hans sykelige oppfattelse av sine handlinger fører til at han nekter å bli evaluert av psykiatrisk fagkyndige.

Om denne praksisen virkelig åpner for feil eller ikke, vil antagelig avhenge av hvordan hver enkelt jurisdiksjon praktiserer dette. En ting som bør påpekes er derimot det faktum fra Friendak-saken at, som sitatet opplyser, den tiltalte sultet seg selv og begikk selvmordsforsøk for å bli erklært frisk nok til å ikke tvangsbehandles. Det bør spørres om dette i seg selv ikke er en indikasjon på at retten burde ha påtvunget Friendak psykiatrisk behandling, om enn ikke en psykiatrisk evaluering.

3.5 Guilty But Mentally Ill (GBMI)

Etter Hinckley-dommen og Insanity Defence Reform Act, begynte en rekke stater å benytte domsresultatet Guilty But Mentally Ill, altså skyldig og sinnsyk. Dette er ikke det samme som en utilregnelighetsdom, og det har heller ikke noe å gjøre med nedsatt tilregnelighet slik vi kjenner begrepet fra Norsk rett. Domsresultatet fører ikke til nedsatt straff i noen av delstatene som bruker domsformen, og utelukker heller ingen straffereformer.

Resultatet Guilty But Mentally Ill fører til at den tiltalte blir kjent skyldig, men får en rett til behandling så lenge han er for syk til å sone. I praksis fører dette ofte til lengre tid innsperret, da vedkommende ofte vil tilbringe lang tid i tvangsbehandling før han blir overført til fengsel for å sone sin dom i helhet.

Dette var en ordning som først dukket opp i 1975 i delstaten Michigan, men som etter Hinckley-dommen også ble praksis i disse andre statene: I skrivende stund, Alaska, Delaware, Georgia, Illinois, Indiana, Kentucky, Michigan, Montana, New Mexico, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota og Utah.

Med andre ord er ikke dette noen uvanlig eller sjelden praksis, men er stort sett allment akseptert, selv om domsformen ikke brukes på det føderale nivået. Dette er et godt eksempel på rettsutviklingen i USA fra tiden rundt Durham-regelen og Model Penal Code sitt første inntog i amerikansk rett på 60-tallet, og frem til dagens rettsklima. Til sammenligning uttalte den amerikanske høyesteretten følgende i 1962:

“It is unlikely that any State at this moment in history would attempt to make it a criminal offense for a person to be mentally ill.” SCOTUS⁵²

Den samme dommen er også bemerkelsesverdig fordi den amerikanske høyesterett ga uttrykk for sitt syn på narkotikaavhengighet som en sykdom, og betenkelighetene med å behandle disse som kriminelle.

Årsaken til at Michigan startet praktiseringen av denne regelen allerede i 1975 har sammenheng med den kontroversielle *People v. McQuillan* dommen i Michigans høyesterett i 1974.

I denne dommen kom Michigans høyesterett frem til at alle som hadde blitt frikjent grunnet sinnssykdom og som befant seg under tvangsbehandling, måtte ha en like stor adgang til å få gjennomføre høringer angående deres nåværende mentale status som de som var tvangsinnlagt uten straffedom (Civil commitment), og kriteriene for fortsatt tvangsbehandling måtte være de samme.

Disse kriteriene var at både en nåværende, aktuell risiko for samfunnet og mental sykdom måtte være tilstede.

Dette førte til at 64 tvangsinnlagte som tidligere hadde blitt holdt for å være sinnssyke i gjerningsøyeblikket ble sluppet fri. Dette førte til kraftige reaksjoner fra offentligheten, som økte voldsomt i styrke når to av de løslatte kort tid etter å ha blitt sluppet fri utførte alvorlige voldshandlinger. Som følge av denne dommen, som sammen med dommen *O'Connor v. Donaldson* utgjør den ytre grensen i amerikansk rett for rettighetene til tvangsinnlagte og tvangsinnlagte lovbrøtere, og det politiske og rettspolitiske klimaet den skapte innførte Michigan *Guilty But Mentally Ill* resultatet.

Avgjørelsesformen GBMI var tiltenkt å være en mellomting mellom skyldig og frikjent grunnet sinnssykdom. Argumentet var at det var behov for en mellomreaksjon for de

⁵² *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962)

forbryterne som ikke var syke nok til å dømmes til tvangsbehandling, og ikke øyeblikkelig friske nok til å sone. Med andre ord så skal hensynet til samfunnsikkerhet ivaretas samtidig som det sikrer mentalt syke en rett til behandling.

Hvorvidt dette helt stemmer med virkeligheten er et annet spørsmål. De fleste av statene dom benytter GBMI tillater at straffutmålingen på basis av dette resultatet kan føre til en dødsdom. Med andre ord, et resultat der man kan henrette de som ikke er syke nok til å være utilregnelige. Denne domsformen er derfor direkte ansvarlig for den kritikken som det amerikanske rettsvesen har mottatt for sin praksis med å henrette mentalt syke mennesker. Hva denne kritikken består i er åpenbart; det kan vanskelig hevdes at det er med tanke på de mentalt sykes rett til behandling at de blir henrettet.

GBMI-resultatet er blitt kritisert⁵³ av flere grunner, for det meste med bakgrunn i praktiske konsekvenser.

Det er en forutsetning for at GBMI kan brukes at den tiltalte påberoper seg sinnssykdom i gjerningsøyeblikket, og derfor blir en av konsekvensene av GBMI at det totale antallet frifinnelser grunnet sinnssykdom reduseres. Ved tvil blir det altså da lettere for retten å dømme GBMI, og bare de tilfellene der sinnssykdom er utvilsomt kan resultatet bli frifinnelse. Dette vil da være en svekkelse av retten til "due process" under den amerikanske grunnlovens 14th Amendment.

Dette problemet forverres med tendensen til å ha lignende definisjoner for hva som utgjør Guilt But Mentally Ill og Not Guilty By Reason of Insanity. Et konkret eksempel på dette kan sees i ordlyden av utilregnelighetsbestemmelsen i Alaskas statutter⁵⁴:

Fra § 12.47.010(a), som fører til dommen Not Guilty By Reason of Insanity:

"In a prosecution for a crime, it is an affirmative defense that when the defendant engaged in the criminal conduct, the defendant was unable, as a result of a mental disease or defect, to appreciate the nature and quality of that conduct."

⁵³ Fentiman, Linda C, Boston Law Review: "*Guilty But Mentally Ill! The Real Verdict is Guilty!*"(1985) http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/326?utm_source=digitalcommons.pace.edu%2F1awfaculty%2F326&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

⁵⁴ Alaska Stat. § 12.47.010(a), Alaska Stat. § 12.47.030(a) <http://codes.lp.findlaw.com/akstatutes/12/12.47./12.47.010>. <http://codes.lp.findlaw.com/akstatutes/12/12.47./12.47.030>.

Fra § 12.47.030(a), som fører til dommen Guilty But Mentally Ill:

“(a) A defendant is guilty but mentally ill if, when the defendant engaged in the criminal conduct, the defendant lacked, as a result of a mental disease or defect, the substantial capacity either to appreciate the wrongfulness of that conduct or to conform that conduct to the requirements of law. A defendant found guilty but mentally ill is not relieved of criminal responsibility for criminal conduct and is subject to the provisions of AS 12.47.050.”

Her er forskjellen på bestemmelsene om vedkommende var “unable” mot at vedkommende “lacked substantial capacity” til å forstå sine handlinger.

Den første paragrafen kommer fra en strengere fortolkning av M'Naughten regelen, uten adgangen for frifinnelse etter “irresistible impulse”-testen. Den andre paragrafen følger Model Penal Codes forslag til ordlyd. Som tidligere nevnt er Model Penal Code i praksis en betydelig mindre streng regel enn M'Naughten regelen. Dette betyr at det helt i utgangspunktet er lettere for en sinnsyk person å falle inn under en Model Penal Code definisjon av sinnsyk enn en definisjon fra M'Naughten regelen. Det er altså betydelig lettere å falle innenfor § 12.47.030(a).

En jury må altså skille og vurdere mellom begrepene “substantial capacity”, “quality”, “nature” for å komme frem til hva som skiller sinnssykdom fra mental sykdom, “Insane” kontra “Mentally Ill”. Med tanke på det syn som en gjennomsnittlig jury medlem kan tenkes å ha på en mentalt forstyrret kriminell, og de holdninger som dagens USA har mot utilregnelighet som skyldfrihetsgrunn, er det ikke vanskelig å forstå at de fleste juryer foretrekker det alternativet som i hvert fall tilsynelatende sikrer både behandling og straff, som vi kan se av statistikken i oppgavens kapittel 3.5.

En annen pekepinn på dette problemet kommer fra undersøkelser⁵⁵ av juryers avgjørelser og begrunnelser i prøverettssaker. I undersøkelsene kommer det fram at juryer foretrekker å bruke domsformen GBMI 2.5 ganger så ofte som sinnssykdom eller skyldig, og dette er nærmest upåvirket av graden av sinnssykdom. En endring av definisjonen av GBMI endrer heller ikke resultatene.

⁵⁵ Roberts C, Golding S, Fincham F: *Implicit theories of criminal responsibility: decision-making in the insanity defense*. Law Hum Behav 11:207–232, 1987, Finkel N. *Common Sense Justice: Juror's Notions of the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995

En slående ting fra en studie i 2005⁵⁶ av jurymedlemmers holdninger var at 68,4 % av medlemmene var av den feilaktige oppfatning at resultatet GBMI ikke kunne føre til dødsstraff.

Et annet argument mot GBMI er at resultatet ofte ikke fører til at den tiltalte får den behandling som regelen forespeiler. Undersøkelser fra American Psychiatric Association⁵⁷ etter regelen ble innført i Michigan konkluderte med at straffedømte ikke fikk mer behandlingen etter at regelen kom enn før.

Et argument *for* denne domsformen er at den er lettere å praktisere, da den utgjør et trygt sted å lande på dersom det foreligger tvil. Det er tidligere i oppgaven advart mot å legge for stor vekt på praktiske hensyn når det angår spørsmål av en så avgjørende natur. Selv om det er lettere for juryen å komme frem til et resultat som GBMI betyr ikke det at dette er et godt resultat.

I det hele tatt er domsformen kontroversiell og kritisert, men dette endrer ikke det faktum at den praktiseres i USA i dag. Disse statenes implementering av GBMI domsformen er likevel ikke den mest innskrenkede adgangen til skyldfrihet grunnet sinnssykdom i USA.

3.6 Sinnsfriske delstater: Ingen utilregnelighetsregel, takk!

Noen av USAs delstater fjernet i etterkant av Hinckley-saken og Insanity Defense Reform Act sine utilregnelighetsregler, og tillot ikke lenger sinnssykdom som egen frifinnelsesgrunn.

Delstatene Kansas, Utah, Idaho og Montana har i etterkant av Hinckley-dommen fjernet sine utilregnelighetsregler fra lovverket. En femte delstat Nevada gjorde også dette, men dette ble holdt for å være grunnlovsstridig av Nevadas høyesterett i en dom fra 2001⁵⁸.

Høyesterett i Kansas opprettholdt denne nye ordningen⁵⁹ med støtte i lignende resultat fra

⁵⁶ Lisa M. Sloat, MD, and Richard L. Frierson *Juror Knowledge and Attitudes Regarding Mental Illness Verdicts* *Am Acad Psychiatry Law* 33:208 –13, 2005

⁵⁷ Insanity Defense Work Group, American Psychiatric Association Statement on the Insanity Defense, 140 *AM.J. PSYCHIATRY* 681, 684 (1983)

⁵⁸ *Finger v. State*, 27 P. 3d 66 - Nev: Supreme Court 2001

http://scholar.google.com/scholar_case?case=5823155415112888602&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar

⁵⁹ Supreme Court of the state of Kansas, Case No. 87,989 *State of Kansas vs Michael A. Bethel*
<http://www.kscourts.org/cases-and-opinions/opinions/supct/2003/20030418/87989.htm>

høyesterett i Montana, Idaho og Utah⁶⁰, og med en kritikk av dommen fra Nevada.

Det nye prinsippet som disse delstatene erstattet utilregnelighetsbestemmelsene sine med har blitt kjent som Mens Rea-prinsippet. I stedet for å holde utilregnelighet som en egen skyldfrigjørende grunn, vil man etter Mens Rea-prinsippet bruke bevisførsel rundt den tiltaltes mentale tilstand til å vurdere om vedkommende har utvist den nødvendige kriminelle hensikt, den onde vilje Mens Rea, som er en forutsetning for straffeskyld.

Dette prinsippet er en konsekvens av en reduktiv tolkning av utilregnelighet, der utilregnelighet kun blir sett på som en skyldfrihetsgrunn siden det betyr at den tiltalte manglet subjektiv skyld. Høyesterett i Nevada beskrev Mens Rea-prinsippet på bakgrunn av forståelsen til Professor Joshua Dressler⁶¹:

“[I]f D is prosecuted for intentionally killing V, D may introduce evidence that, due to mental illness, she believed she was squeezing a lemon rather than strangling V and, therefore, that she lacked the intent to kill. Evidence of D's mental condition would be inadmissible, however, to show that she did not realize that taking a life is morally or legally wrong, that she acted on the basis of an irresistible impulse to kill, or even that she killed V because she hallucinated that V was trying to kill her.”

Slik forkastes alle tidligere forsøk på å definere hva mental sykdom og utilregnelighet som følge av denne er, og fokuserer kun på kravet om Mens Rea.

Høyesterett i Kansas kom frem til i dommen at Mens Rea-prinsippet kunne appliseres universalt til alle situasjoner der en domfellelse krever kriminell hensikt.

For å finne den juridiske begrunnelsen og årsaken til endringen i reglene, siterte høyesterett i Kansas Professor Raymond Spring⁶².

“By focusing on mens rea jury confusion should be eliminated or at least reduced substantially. Jurors will be given the instruction defining the crime and its mental state component, as they always are and must be, and they will be told that any evidence they may hear relating to the mental condition of the defendant is to be considered on that issue alone.

⁶⁰ *State v. Korell*, 213 Mont. 316, 690 P.2d 992 (1984), *State v. Searcy*, 118 Idaho 632, 798 P.2d 914 (1990), *State v. Herrera*, 895 P.2d 359 (Utah 1995)

⁶¹ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (2. utgave 1995) § 25.07(C)(1) s. 330

⁶² Raymond Spring, *Farewell to Insanity: A Return to Mens Rea*, 66 J.K.B.A. 38, 45 (1997)

They will be asked to so state if they find that the defendant is not guilty solely because of mental disease or defect which rendered the defendant incapable of criminal intent. . . . Like insanity, diminished capacity disappears as a separate defense. Mens rea simply carries diminished capacity to the logical extreme.

With the separate definition of insanity gone, there is no barrier to accepting the idea that if one's capacity can be so diminished by mental disorder as to destroy the capacity to form a special intent, then it may in some circumstances be so diminished as to destroy capacity to form any criminal intent at all. That has always been an illogical limitation, thought necessary only to avoid overlap of insanity and diminished capacity.”

Her argumenteres det altså for at både nedsatt mental evne “diminished capacity” som er et eget forsvar egnet til å redusere en tiltalts skyld eller la den falle bort, og frifinnelse grunnet sinnssykdom kan og bør samles under og begrunnes i manglende Mens Rea. Merk at Spring mener at manglende Mens Rea bør dekke alle tilfeller av kriminell eller bebreidelsesverdige tankegang. Det er ikke slik regelen praktiseres.

Hovedargumentet mot denne forståelsen som kom frem i dommen i Nevadas høyesterett var hovedsakelig begrunnet i tradisjon og rettspraksis. Retten holdt muligheten til å være straffri som følge av sinnssykdom som et fundamentalt prinsipp i amerikansk rett og en rettighet etter den amerikanske grunnlovens 14th Amendment.

Her siterte retten American Bar Association angående Mens Rea-prinsippet⁶³:

“This approach, which would permit evidence of mental condition on the requisite mental element of the crime but eliminate mental nonresponsibility as an independent exculpatory doctrine, has been proposed in several bills in Congress and adopted in Montana, Idaho and Utah. The ABA has rejected it out of hand. Such a jarring reversal of hundreds years of moral and legal history would constitute an unfortunate and unwarranted overreaction to the Hinckley verdict.”

Med andre ord en uakseptabel endring av dagens praksis forårsaket av Hinckley-dommen.

Til slutt bemerket retten følgende: “Finally we note that these opinions appear to assume that wrongfulness, that is the knowledge that you are acting in an unauthorized manner, is not a

⁶³ American Bar Association, Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice, Report to the House of Delegates, August, 1984, Standard 7-6.1 kommentarer side 327. jfr referanse 79

necessary component of the crime of murder.”

Høyesterett i Nevada aksepterte altså ikke at Mens Rea-prinsippet kunne benyttes på alle typer kriminelle handlinger. Retten tok utgangspunkt i at det var mulig å gjennomføre lovbrudd uten å kunne bebreides for kriminell hensikt. Det ble antatt at det måtte eksistere en anledning til å bli betraktet som uskyldig i de tilfeller der den tiltalte ikke hadde forståelse av handlingen.

Det tradisjonalistiske synspunktet retten tok til orde for ble sterkt tilbakevist i avgjørelsen fra Kansas. Retten stadfestet på bakgrunn fra de nevnte dommer i de andre delstatene som har avskaffet utilregnelighetsreglene sine at: “We find the reasoning of the Supreme Courts of Montana, Idaho, and Utah persuasive. We conclude that the affirmative insanity defense is a creature of the 19th century and is not so ingrained in our legal system to constitute a fundamental principle of law.”

Retten holdt tanken om en egen utilregnelighetsregel å i hovedsak stamme fra M'Naughten-regelens begynnelse i 1843, og begrunnet tidligere bruk av redusert eller bortfalt straff på grunn av galskap eller andre forstyrrelser med en forståelse av Mens Rea-prinsippet.

Hva den praktiske effekten av disse statenes fjerning av utilregnelighetsregler har hatt er vanskelig å si. Grunnet sjeldenheten av frikjennelse på slike grunnlag og mangelen på sentralisert føring av statistikk er det ikke mulig å skaffe seg en oversikt over hvilken effekt dette har hatt på akkurat disse delstatene over de siste 5-10 år.

I Utah og Montana har man også domsformen Guilty But Mentally Ill, som brukes i tillegg til Mens Rea-prinsippet. Det er vanskelig å forstå annet enn at det må ha veldig uheldige konsekvenser med tanke på hvor lett juryer kommer til konklusjonen GBMI.

USAs Høyesterett SCOTUS har ikke uttalt seg om hvorvidt utilregnelighetsregelen er å forstå som en del av den grunnlovsmessige garantien i 14th Amendment. De har dermed ikke tatt stilling til Mens Rea-prinsippet.

En gruppe professorer som er eksperter på området utilregnelighet fra forskjellige fakulteter i USA har bedt den amerikanske høyesteretten om en avklaring på dette spørsmålet⁶⁴ men

⁶⁴ <http://prawfsblawg.blogs.com/files/26715-pdf-morse.pdf>

saken ble avvist behandlet av SCOTUS⁶⁵.

Der argumenteres det med at prinsippet i praksis alltid betyr at den tiltalte vil dømmes, slik at sinnssyke i praksis ikke har noen beskyttelse. Dette er urimelig med tanke på at det anerkjennes som et generelt prinsipp at man ikke bør straffe individer som ikke kan bebreides for sine handlinger. Som et eksempel er en person som på grunn av en vrangforestilling tror han skyter på en dukke, men i realiteten skyter på en person. Han kan da etter Mens Rea-prinsippet ikke dømmes for mord, da dette krever at han hadde til hensikt å drepe. Men han kan dømmes for uaktsomt drap, fordi uaktsomt drap ikke krever hensikt.

Dersom denne regelen har blitt praktisert slik gruppen fremstiller det, har de nok et poeng. Hvis Mens Rea-prinsippet som en regel i praksis brukes som en straffnedsettende faktor, og ikke i realiteten kan benyttes for å frikjenne mentalt syke, er den temmelig feilslått.

At de har valgt akkurat Delling-saken til å representere dette spørsmålet er litt rart, og kanskje grunnen til at SCOTUS valgte å avvise saken. Det er på det rene at Delling planla sine drap grundig over en lengre periode, og til og med hadde et mislykket drapsforsøk han lærte av slik at han i neste omgang lyktes. På dette grunnlag er det ikke garantert at han ville falt inn under andre delstaters utilregnelighetsregler, til tross for diagnosen paranoid schizofreni.

Uansett er ikke prinsippets grunnleggende idé noe som uten videre bør avvises, og det kan være verdt å undersøke hvordan en utilregnelighetsregel som kun tar for seg spørsmålet om subjektiv skyld kan fungere.

3.7 Temporary insanity

Det amerikanske konseptet “temporary insanity” eller midlertidig utilregnelighet er et konsept som er relatert til utilregnelighetsreglene. Det faller inn under utilregnelighet i mange delstater, men står dels også utenfor som en generell frifinnelsesgrunn. Det er til dags dato fremdeles et varierende konsept. Den mest relevante formen for “temporary insanity” når det gjelder utilregnelighetstemaet er skyldfrihet som følge av rus.

Det finnes påstander om at på grunn av reglene som forbyr sinnssyke å fremstilles for retten, jfr. for eksempel U.S.C. Title 18 § 4241 under de føderale reglene, er per definisjon alle

⁶⁵ <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/delling-v-idaho/>

former for “insanity”-forsvar “temporary insanity”, se behandlingen av temaet av Russel D. Covey⁶⁶.

Dette blir en litt for enkel fremstilling, om ingenting annet fordi en påstand om midlertidig utilregnelighet har blitt fremmet på bakgrunn av en rekke meget varierende årsaker som i noen tilfeller har ingenting med faktisk mental sykdom å gjøre.

Som Covey påpeker ligger “temporary insanity” i skjæringspunktet mellom faktisk utilregnelighet grunnet sinnssykdom, manglende Mens Rea, beruselse/intoksikasjon og provokasjon. Tradisjonelt har det vært brukt til alt fra å frikjenne kvinner for affektdrap av spedbarn til menns drap av utro kvinner og deres elskere.

Tilstander som har blitt brukt som grunnlag for frifinnelse inkluderer: Barnedrap, konemishandling, menstruasjonsrelaterte forstyrrelser, raseri, fødselsdepresjon, æresdrap og krigsforbrytelser.

I moderne tid krever alle delstater som tillater midlertidig utilregnelighet som en straffrihetsgrunn at handlingen fulgte av en “diseased mind”, eller en variasjon av dette. Altså følger midlertidig utilregnelighet definisjonene av sinnssykdom per utilregnelighetsreglene i større eller mindre grad når det er dette aspektet som påberopes. Men som Covey påpeker er dette begrepet gjennom rettspraksis blitt så utvannet at det gjelder nær sagt alle tilstander som er egnet til å endre mentaltilstanden i forhold til det spesifikke krav som stilles, eksempelvis å vite rett fra galt eller forståelse av handlingen.

Dette betyr også at det er noen delstater som ikke aksepterer dette forsvaret overhodet. De tidligere nevnte statene Idaho, Utah, Michigan og Kansas som ikke tillater utilregnelighet som skyldfrihetsgrunn overhodet utover å bevise manglende Mens Rea tillater ikke midlertidig utilregnelighet som forsvar. Det gjør heller ikke Arizona og Colorado, selv om de har utilregnelighetsregler, og flere andre delstater har restriksjoner på bruken av midlertidig utilregnelighet som forsvar.

Når det gjelder “temporary insanity” som følge av rus, har dette ført frem i flere tilfeller men da stort sett på bakgrunn av spesielle omstendigheter. I saken *People v. Kelly* i Californias høyesterett⁶⁷ var et mord begått under en rus-relatert psykotisk tilstand nok til frifinnelse.

⁶⁶ Russel D. Covey, *Temporary Insanity: The strange life and times of the perfect defence* Georgia State University College of Law <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/COVEY.pdf>

⁶⁷ *People v. Ray*, 533 P.2d 1017, 1023 (Cal. 1975)

Forsvaret har også ført fram grunnet unormale reaksjoner på rus eller unormale reaksjoner på medisiner.

3.8 Diminished capacity

Konseptet “diminished capacity” som kan oversettes til nedsatt tilregnelighet, er ikke en utilregnelighetsregel i den forstand at den kan føre til frifinnelse. I likhet med straffeloven § 56 er den en regel for å sette ned straff under lovens minstemål for de forbryterne som kvalifiserer.

Regelen er begrunnet i at en tiltalt under noen omstendigheter ikke vil være i stand til, på grunn av sin mentale tilstand, å forme den nødvendige kriminelle hensikt som en dom for forbrytelsen krever. Et typisk eksempel er å gå fra forsettlig drap til uaktsomt drap.

Nedsatt tilregnelighet har klare fellestrekk med praktiseringen av Mens Rea-prinsippet i de delstatene som har avskaffet utilregnelighet. Det har også fellestrekk med “temporary insanity”. Men der disse kan teoretisk brukes til å få en tiltalt frikjent, vil “diminished capacity”-forsvaret kun føre til en reduksjon av straff eller en endring i forbrytelsen vedkommende er tiltalt for.

Under United States Sentencing Guidelines, de føderale retningslinjene for straffeutmåling, kan man etter U.S.S.G. § 5K2.13 sette ned straff på grunn av nedsatt tilregnelighet dersom den kriminelle handlingen ikke var voldelig. Under U.S.S.G. § 5K2.0 kan man gjøre tilsvarende også for voldelige forbrytelser.

Et eksempel på bruken av “diminished capacity” er saken California v. White⁶⁸ der forsvarerne brukte det såkalte “Twinkie-defence”. White klatret inn vinduet på rådhuset og drepte den daværende borgermesteren i San Francisco, George Moscone i tillegg til en tidligere kollega. Hans forsvarere overbeviste juryen om at hans overforbruk av junk-food og sukkerholdig mat var et symptom på hans depresjon, og hans reduserte tilstand som følge av denne depresjonen førte til at han ble dømt for forsettlig drap i stedet for overlagt drap, og fikk derfor mindre straff.

Dette er ikke i seg selv veldig bemerkelsesverdig, men etter at reportere kalte dette for

⁶⁸People v. Daniel James White 117 Cal.App 3d 270 (March 25, 1981)
<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/milk/peoplevwhite.html>

“Twinkie-forsvaret” der en Twinkie er en type godteri og påsto at han hadde fått redusert straff på grunn av inntak av junk-food, førte dette til en voldsom offentlig forargelse. Som en konsekvens av denne offentlige reaksjonen og de offentlige protester som fulgte, startet det som senere ble kalt for “the White Night Riots”, voldelige demonstrasjoner som førte til over hundre skadde.

Etter dette og på grunn av den voldsomme offentlige reaksjonen ble “diminished capacity”-forsvaret fjernet i California gjennom Proposition 8 (1982) kalt “The Victims' Bill of Rights” og erstattet med et lignende, men strengere konsept kalt “diminished actuality”.

3.9 Litt statistikk

Det er i det hele tatt vanskelig å få et bilde over hvor vanlig det er å påberope seg utilregnelighet i USA. Selv om utilregnelighet er kontroversielt og meget omdiskutert i USA, er det ikke noen vanlig situasjon at noen påstår seg selv sinnssyk i det amerikanske rettsvesenet.

Statistikk⁶⁹ fra tidligere år gir en pekepinn:

I New York ble skyldfrihet grunnet sinnssykdom påberopt i 0.17 % av sakene, det vil si 220 av de 127,068 straffesakene domstolen behandlet i 1978. Kun 55 av disse, eller nøyaktig en fjerdedel av sakene resulterte i frifinnelse grunnet sinnssykdom.

I Michigan ble det i 1977 påberopt i 0.11 % av alle alvorlige straffesaker. Det førte frem i 8 % av sakene, altså ca. 0.009 % av alle alvorlige straffesaker.

I California i 1980 ble skyldfrihet grunnet sinnssykdom resultatet i 259 saker, ca. 0.6 % av sakene det året.

New Jersey hadde i 1982 mer enn 32,500 saker der det ble oppnevnt en offentlig forsvarer. Av disse sakene ble sinnssykdom påberopt i 52 saker, og førte frem i 15, som utgjør ca. 0.046 % av sakene. Denne er ikke helt nøyaktig, ettersom det kun er tall på saker med offentlig forsvarer. De som benyttet egne forsvarere er ikke med på statistikken, og det kan gås ut ifra at de vil ha en høyere prosent da det er mer sannsynlig at de har råd til å engasjere egne

⁶⁹ Se referanse 54, første side, andre sitering side 601.

eksperter. Men det kan likevel gås ut ifra at denne statistikken er representativ, da New Jersey legger bevisbyrden på påtalemyndighetene.

Som vi kan se av dette er utilregnelighet en sjelden konklusjon i amerikanske domstoler. Sakene der det har blitt brukt et slikt forsvar er likevel ansett som kontroversielle, og har skapt mye juridisk debatt. Mest berømt av disse er nok den saken som har fått mest betydning for USAs nåværende rettsklima, Hinckley-saken, som er behandlet i kapittelet om rettspraksis.

Utilregnelighet i Tyskland

4.1 Innledning

I tysk rett ble begrepet “geisteskrankheit” (sinnssykdom) lenge brukt, for eksempel i Bürgerliches Gesetzbuch § 6, der begrepet ble brukt for å avgjøre om en person var umyndig frem til 1992, men i psykologisk språkbruk anvendes helst begrepet „psychischen Störungen” (psykiske forstyrrelser eller lidelser) eller „seelischen Krankheiten/Störungen” (mental sykdom/forstyrrelse).

De tyske strafferettslige prinsipper har sitt grunnlag fra den tyske grunnloven; Grundgesetzes Art. 20 nummer 3 er som tolket av Bundesverfassungsgericht (BverfG), den tyske føderale sisteinstansdomstolen, grunnlaget for rettsprinsippet „nulla poena sine culpa” eller „ingen straff uten skyld”.

Tysk rett anerkjenner begrepet subjektiv skyld, eller Schuld⁷⁰ og bruker begrepene forsett (Vorsatz) og uaktsomhet (Fahrlässigkeit) på en måte som ligger nært nok den norske bruken av begrepene at det ikke er nødvendig å behandle dette separat.

4.2 Metode

Da den tyske rettskildelære ligger betydelig nærmere den norske enn den amerikanske, tas det utgangspunkt i formell lov for å finne grunnlaget til den tyske utilregnelighetsregelen.

Deretter vil tysk juridisk teori, tysk rettspsykiatrisk teori og tysk rettspraksis danne grunnlaget for å presentere regelen, og de spesielle tilfeller som er nyttige å se på. Dette vil ikke skje i

⁷⁰ Reinhard Frank: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907

grundig detalj, grunnet problemet med en språklig undersøkelse av de tyske reglene som ligger i språkbarrieren. I oversettelsen av tysk til norsk ligger det en stor risiko for feil. Man vil alltid ønske å oversette mening i tillegg til den bokstavelige forståelsen av ordene, ettersom kontekst ofte er like viktig som ordenes selvstendige betydning for meningen av en setning. For en som ikke har tysk som morsmål og som ikke er utdannet juridisk i tyskland er det utfordrende å i tillegg få en god oversikt over den spesielle juridiske uttrykksmåte som ofte benyttes særlig i domsgrunner. Man kan rett og slett ikke stå inne for en riktig forståelse av alle aktuelle kildene som *kunne* vært benyttet.

Det er derfor forsøkt å bruke en bred variasjon av kilder, slik at noen av begrepene blir omformulert og dermed mer forståelige, med begrenset suksess.

Alle oversettelser er gjort av forfatteren.

4.3 Unzurechnungsfähigkeit – Utilregnelighet

I tysk strafferett er den tyske utilregnelighetsregelen hjemlet i § 20 i Strafgesetzbuch, Zweiter Abschnitt, Erster Titel⁷¹ (Straffelovens andre avsnitt, første tittel) som etter tittel Grundlagen der Strafbarkeit omhandler vilkår for straffbarhet.

Selve utilregnelighetsregelen er hjemlet i § 20, med overskriften “Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen” eller “manglende skyldevne grunnet mental forstyrrelse”. Den har følgende ordlyd:

“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.”

Direkte oversatt: “Uten skyld handler den, som under utførelsen av handlingen på grunn av en sykkelig mental forstyrrelse, på grunn av en dyptgripende bevissthetsforstyrrelse eller på grunn av svaksinn eller annen kraftig mentalt avvikende tilstand mangler evne, til å forstå handlingens urettmessige/urettferdige natur eller handle etter denne forståelsen.”

⁷¹ www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf

Denne regelen har klare fellestrekk med den norske, men introduserer noen andre kriterier for å holde en person for å være skyldfri. I tillegg til å fremstille en rekke mer generelle begrep for å beskrive den mentale tilstanden utilregnelig, krever regelen også at denne mentale tilstanden har sammenheng med vedkommendes evne til å forstå handlingens natur.

Regelen gjelder som det fremgår av første setning sinnstilstanden på det tidspunktet handlingen blir utført “bei Begehung der Tat”.

Sinnstilstanden det her refereres til er kun definert løst i teksten. “Sykelig mental forstyrrelse”, “dyptgripende bevissthetsforstyrrelse” og “svaksinn eller annen kraftig mentalt avvikende tilstand” er alle ganske vage begrep, som etter en normal forståelse dekker en rekke tenkelige mentale defekter. Man levner ikke i tvil om at disse begrepene favner vidt, og det er vel også tanken bak å bruke en slik formulering, da det levner rom for å inkludere selv ganske spesielle tilfeller.

Derfra krever bestemmelsen at vedkommende mangler evne til å forstå urettmessigheten iboende i handlingen, eller at vedkommende mangler evne til å handle ut i fra denne forståelsen. Det er på grunn av dette tilleggskriteriet at denne utilregnelighetsregelen hører til det psykologiske prinsipp.

Hvordan er det meningen at sykelig mental forstyrrelse, dyptgripende bevissthetsforstyrrelse og svaksinn eller annen kraftig mentalt avvikende tilstand skal forstås?

Tysk rett benytter seg av rettspsykiatrisk fagkyndige slik det norske rettsvesen gjør, men ettersom den tyske utilregnelighetsregelen ikke har en ordlyd som referer til konkrete diagnoser eller diagnosegrupper, og ikke inneholder legaldefinisjoner må begrepene som brukes fylles av psykiatrisk fagkunnskap. Den psykologiske/psykiatriske vitenskap praktiseres temmelig likt over landegrensene, jfr. ICD-10 systemet som sørger for et felles grunnlag for diagnostikk, men det er det den tyske rettspsykiatrien som brukes for å definere hva som faller under disse begrepene, og det er denne vi derfor må bruke som utgangspunkt.

Tyskland har flere rettspsykiatriske institutter og temaene undervises det i på universitetsnivå. Det er slik undervisning og relevante fagkurs det tas utgangspunkt i for denne fremstillingen⁷².

⁷² <http://tinyurl.com/Schuldf-higkei> sist besøkt 24/4 2013 <http://tinyurl.com/Forensische-Psychiatrie-f-r-Ju> sist besøkt 24/4 2013

For det første tas det utgangspunkt i en diagnose på handlingstidspunktet, etter lovens krav.

Det er ikke i arbeidet med oppgaven funnet noen tysk litteratur som tar for seg problemet med at den sakkyndiges diagnose må omhandle den tiltaltes sykdom på handlingstidspunktet. Sannsynligvis er dette en feilkilde som er uunngåelig, i skjæringspunktet mellom psykiatrien som har sin vitenskapelige basis i direkte observasjon, og jussens krav om kunnskap om tiltaltes tankegang i handlingsøyeblikket.

Diagnosen må ordnes inn under lovens begrep. Så må den sakkyndige beskrive den kausale sammenhengen mellom sykdom og handling.

For det andre må den sakkyndige beskrive effekten av den psykiske lidelsen på den tiltaltes evne til å ha innsikt, og evnen til kontroll over sine handlinger og hva dette betyr for den tiltaltes straffbarhet.

Det følgende ble gitt som eksempler på tilstander som faller inn under de forskjellige begrepene i § 20:

Sykelig mental forstyrrelse:

- Exogen psykose: Psykose med en utenforliggende årsak. Eksempel: Delirium tremens, alkoholindusert psykose, annen ruspsykose, epilepsi, hjernesvulst, stoffskiftesykdom, infeksjonspsykose.
- Endogen psykose: Schizofreni, Cyklotymi (ICD-10 F34)
- Medisinmisbruk: Akutt intoksikasjon.
- Oligofreni: Nedsatt intellektuell kapasitet med organisk årsak.

Dyptgripende bevissthetsforstyrrelse:

- Psykogen reaksjon (akutt belastningsreaksjon, også stupor etter ICD-10 R40)

Svaksinn:

- Oligofreni: Nedsatt intellektuell kapasitet uten kjent årsak.

Annen kraftig mentalt avvikende tilstand:

- Nevrose: Angstnevrose, tvangsnevrose, fobi, Neurasteni (ICD-10 F48, kronisk utmattelsessyndrom)
- Uorganisk psykose: Reaktiv psykose (dette er ikke lenger en diagnose, nå til dags kaller man disse for kortvarige belastningspsykoser eller lignende tilstander for akutt forbigående psykose), Paranoia querulans (F22.8)
- Psykogen reaksjon: Langvarig alvorlig depresjon, hospitalisme (ICD-10 F43.2)
- Personlighetsforstyrrelse: Paranoia, Cyklotymi, schizoide lidelser, dyssosial personlighet, avhengig personlighetsforstyrrelse (ICD-10 F60.7)
- Seksuelt avvikende: Bestialitet, pedofili, eksibisjonisme
- Avhengighetslidelser: Alkoholavhengighet, spillavhengighet, narkotikaavhengighet.

Som i Norge kreves det av tyske rettspsykiatere at de er objektive, uavhengige og baserer seg på gjeldende vitenskap. De må holde seg innenfor de juridiske rammebetingelsene og ta tydelig standpunkt til spørsmålet de skal besvare.

Sentralt for hva de sakkyndige skal svare på er i hvilken grad den tiltalte *forsto* hva det var han gjorde. Men dette er ikke holdt for å være det avgjørende kriteriet, og er kun et moment. Det skal også avgjøres hvilke handlingsalternativer den tiltalte forsto var tilstede.

Den sakkyndige skal bygge på vedkommendes handlinger sett i sammenheng med diagnosen, om det var elementer av planlegging eller forsøk på å skjule handlingene eller unnslippe straff.

Det at de forskjellige utilregnelighetstilstandene som blir presentert i § 20 blir koblet opp mot psykiatriske diagnoser gjør den tyske utilregnelighetsregelen til den blandede typen. Man må først ha en psykiatrisk diagnose før man ser på sammenhengen med handlingen og den tiltaltes forståelse. Men det kreves ikke en direkte kobling mellom lidelse og handling, eller med andre ord, tysk rett krever ikke at sykdommen *forårsaker* handlingen. Slik sett er den tyske regelen et steg nærmere det medisinske prinsipp enn det psykologiske.

Ettersom tysk rett ikke presenterer noen spesifikk liste over tilstander som kan falle inn under utilregnelighetsbegrepet, kan hjemmelen få anvendelse på de aller fleste tilfeller som man kan tenke seg egner seg til å forstyrre evnen til forståelse eller handling slik hjemmelens siste

setning beskriver.

Eksempelvis kan affektforbrytelser som affektdrap falle inn under dyptgripende bevissthetsforstyrrelser i kategorien “akutt belastningsreaksjon”⁷³ Dette er det som, bortsett fra rustilstander, ligger nærmest kategorien midlertidig sinnssykdom eller midlertidig utilregnelighet. Dette fremstår som en slags samlebetegnelse på en rekke tilstander fra depresjon til kvasipsykotiske tilstander, og er i det hele tatt lite konkret.

Det at tysk rett slik ikke fremstiller noen helt avgrenset liste over tilstander som kan føre frem til skyldfrihet kan være en fordel, ettersom det tyske systemet fremstår som fleksibelt nok til å ta hensyn til tilfeller som ligger utenfor det vanlige. Men det må også bety at domstolene må benytte seg av en god del skjønn i anvendelsen av disse reglene, ettersom man ikke avgjør saken allerede ved en konstatering av en tilstand som kan være egnet til å føre til utilregnelighet, men inviterer til en helhetsvurdering

4.4 Verminderte Schuldfähigkeit – redusert skyldevne

§ 21 StGB har overskriften “Verminderte Schuldfähigkeit” (redusert skyldevne) og er en regel om reduksjon av straff som ved første øyekast kan minne om den norske regelen i straffeloven 1902 § 56. Den har følgende ordlyd:

“Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden”

Bestemmelsen går på lovbrüterens evne til å ha innsikt i handlingens urettmessige natur og evne til å handle eller la være å handle på bakgrunn av denne, og om denne er vesentlig redusert, på grunn av forhold som nevnt i § 20 StGB, og etter dette kan straffen settes ned etter § 49 StGB nr. 1.

Denne bestemmelsen må sees i sammenheng med § 20 StGB, da det er tilstander som beskrevet i utilregnelighetsregelen som avgjør om den tiltalte kan få sin straff redusert. Ordlyden “erheblich vermindert” er mindre streng enn ordlyden i § 20 StGB, da det kreves en

⁷³ Andreas Marneros *Affektaten und Impulstaten: Forensische Beurteilung von Affektdelikten*, kapittel 6 side 109. ISBN-10: 3-7945-2517-5/ISBN-13: 978-3-7945-2517-1

redusert evne heller enn en fullstendig manglende evne for å få redusert straff.

Ettersom vilkårene for bruken av denne hjemmelen er de samme er det ingen grunn til å gjenta de tilstander som faller inn under denne hjemmelen,

4.5 Rettsfølger

Skulle en person bli holdt å være skyldfri etter § 20 StGN eller har fått nedsatt straff etter § 21 StGB, jfr. § 49 StGB nr. 1, skal vedkommende med hjemmel i Strafgesetzbuch, sjette tittel § 63 “Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus” overføres til tvungent psykisk helsevern dersom det etter en totalvurdering av vedkommende er kommet til at han utgjør en fare for offentligheten.

Under samme tittel hjemles det i § 64 StGB “Unterbringung in einer Entziehungsanstalt”, muligheten til å anbringe en ruset eller rusmisbrukende lovbryster til avrusningsanstalt, *uavhengig* av om vedkommende er funnet utilregnelig etter §§ 20 og 21 StGB.

4.6 Rus og utilregnelighet

4.6.1 Actio libero in causa (a.l.i.c.)

En sentral og kontroversiell problemstilling i tysk rett er de tilfeller der en lovbryster med forsett har induisert i seg selv en tilstand der vedkommende er utilregnelig for å komme i en utilregnelig tilstand før gjennomføring av handlingen, med tanke på å slippe straff eller kanskje for å gjøre handlingen lettere å gjennomføre grunnet manglende impuls kontroll og evne til refleksjon.

Med andre ord, der en tiltalt har forårsaket sin egen uskyld.

Bruken av a.l.i.c. er begrunnet i at straffrihet som følge av egenforskyldt beruselse ikke stemmer overens med det offentliges rettsfølelse. Det er ikke dermed sagt et ukontroversielt eller generelt anvendbart prinsipp.

Begrepet kan sammenlignes med “*actio illicita in causa*”, som er et lignende prinsipp som kommer til anvendelse der den tiltalte har forårsaket situasjonen som gjør hans handling skyldfri. Det typiske eksempelet er Notwehrprovokation eller nødrettsprovokasjon, der vedkommende har provosert noen til å gjennomføre et angrep og så påberoper seg selvforsvar/nødrett. I rettspraksis er ikke dette akseptert som en motgåelse av retten til selvforsvar, skjønt retten har beveget seg nærmere en slik tenkning, jfr. Bundesgerichtshofs dom fra 2000, avsnitt 15⁷⁴.

A.l.i.c. behandler ikke rustilstanden i seg selv som det straffbare forholdet, men forsøker å finne en begrunnelse for å straffe vedkommende for den faktisk straffbare handlingen til tross for den utilregnelige tilstanden.

Actio libera in causa følger av at handlingen kan være ufrivillig, men årsaken er frivillig og dermed er hele situasjonen en av frivillighet. Handlingen er frivillig i sin årsak.

Det finnes i teorien både forsettlig og uaktsom *Actio libera in causa*. Det skilles også mellom forsettlig og uaktsomt forårsaket utilregnelighet, slik at man teoretisk sett får fire potensielle situasjoner: Forsettlig utilregnelighet med straffbar handling som krever forsett, uaktsom utilregnelighet med straffbar handling som krever forsett, forsettlig utilregnelighet med straffbar handling som krever uaktsomhet, og uaktsom utilregnelighet med straffbar handling som krever uaktsomhet.

I det første eksempelet: Den som med vilje vil være utilregnelig for å slippe straff for en straffbar handling han allerede i tilregnelig tilstand har planlagt. Det kan være et drap som vedkommende vil slippe straff for, slik at han med vilje sørger for å ruse seg nær offeret slik at han forventer å drepe vedkommende i en slik tilstand.

I det andre eksempelet: Den som planlegger en straffbar handling og gjennomfører den i utilregnelig tilstand, der tilstanden er et resultat av uaktsomhet. Det kan være slik at vedkommende hadde til hensikt å gjennomføre den straffbare handlingen uansett, men tilfeldigvis var ruset til en utilregnelig tilstand oppsto akkurat når han gjennomførte handlingen.

Det tredje eksempelet: Den som med vilje setter seg i en utilregnelig tilstand og uaktsomt gjennomfører en straffbar handling. Vedkommende ruser seg til et punkt han vet gjør ham

⁷⁴ BGH 3 StR 331/00 15. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/00/3-331-00.php3> jfr BGH NJW 1983, 2267

utilregnelig, og i den tilstanden forårsaker han et tilfeldig dødsfall på grunn av uforsiktighet.

Det fjerde eksempel: En som uaktsomt setter seg i en utilregnelig tilstand og gjennomfører en uaktsom handling. Handlingen kan for eksempel være et uaktsomt drap i form av en jaktulykke der vedkommende på grunn av et uforsiktig inntak av alkohol kom i en utilregnelig tilstand og skjøt en annen person.

En viktig begrensning kommer fra § 15 StGB om forsett og uaktsomhet, med følgende ordlyd: “Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.”

Med andre ord kan kun de tre tilfellene av a.l.i.c. der uaktsomhet er inn i bildet benyttes i de situasjoner der straffehjemmelen tillater uaktsomhet som grunnlag for skyld. Dette vil bety at regelen ikke kan benyttes på tilfeller som tyveri, som krever vinnings hensikt, i likhet med den norske regelen i straffeloven § 45.

Etter tysk rettsteori og praksis oppstår situasjonen når tre vilkår er tilstede;

1: Når vedkommende har satt seg selv i en utilregnelig tilstand slik definert i § 20 StGB

2: Når han har satt seg i denne tilstanden uaktsomt eller forsettlig.

3: Vedkommende har satt i gang en kausal kjede hendelser som førte til den straffbare handlingen i tilregnelig tilstand, enten uaktsomt eller forsettlig.

Det finnes flere modeller i tysk juridisk teori for å begrunne en slik regel.

Den såkalte “Ausdehnungsmodell” eller utvidelsesmodellen baserer seg på å tolke handlingstidspunktet slik det er brukt i § 20 til å utvides slik at det inkluderer det tidspunkt som vedkommende satte seg i en utilregnelig tilstand, altså regnes den straffbare handlingen for å ha begynt når vedkommende gjorde seg selv utilregnelig, og den ses som en helhetlig enkelthandling.

Den tradisjonelle “Tatbestandslösung/modell” begrunner regelen ut ifra kausalitet. Ettersom handlingen å sette seg i en utilregnelig tilstand er en nødvendig forutsetning for den senere handlingen. Ofte blir medskyldighetsbegrepet festet til dette synet, der man på den måten også betraktes som medskyldig på grunn av gjennomføringen av denne forutsetningen. Dersom man anser den tilregnelige personen før vedkommende setter seg i en utilregnelig tilstand som

en egen person som er medskyldig til den som senere i utilregnelig tilstand utfører den straffbare handlingen, kan vedkommende straffes som en medskyldig. Det samme gjelder dersom man anser gjerningsmannen som et verktøy eller et medium som den tilregnelige skaper gjennom sin handling å gjøre seg selv utilregnelig.

Problemer oppstår dersom man undersøker konsekvensen av disse modellene ved forsøk på en straffbar handling. Dersom man betrakter starten på den straffbare handlingen til å være det øyeblikk man blir utilregnelig, vil man i følge disse modellene kunne være skyldig i forsøk på en straffbar handling når man har plassert seg selv i den utilregnelige tilstanden, selv om man skulle la være å gjennomføre handlingen etterpå.

En slik betraktning kommer også farlig nær en analogisk anvendelse av § 25 StGB om medskyldige som kan bli rammet av analogiforbudet.

En mindre vel ansett modell er “Ausnahmemodell”, eller unntaksmodellen. Etter denne modellen behandles a.l.i.c. som et unntak til kravet om samtidighet i handlingen og den subjektive skylden, altså for å stadfeste subjektiv skyld før gjerningsøyeblikket. Denne behandles ikke videre, ettersom den blir rammet av analogiforbudet (Analogieverbot, Art. 103 II GG) i tysk rett som forbyr bruken av analogisk tolkning for å ramme handlinger som ikke er straffbare. Også i tysk strafferett er det såkalte “Koinzidenzprinzip” eller samtidighetsprinsippet, altså *subjektiv skyld i handlingstidspunktet* en nødvendig forutsetning for skyld.

Disse beskrivelsene er hentet fra tysk juridisk teori og rettspraksis, der både kategorisering og beskrivelser varierer, med forskjellige navngivelser. Professor Claire Finkelstein og Professor Leo Katz behandler a.l.i.c. prinsippet i en utgivelse i *Ohio State Journal of Criminal Law*⁷⁵ der de vurderer regelens logiske innhold, blant annet det ovennevnte, men bruker ikke de samme kategoriseringene. Ellers er begrepet oversiktlig behandlet i *Öbungen im Strafrecht*⁷⁶.

Bundesgerichtshov uttalte seg om a.l.i.c.-prinsippet i en dom fra 1996⁷⁷. Dommen gjaldt et bildrap der den tiltalte også kjørte uten førerkort. Retten hadde holdt handlingene for å være forsettlige og idømt straff etter dette. Bundesgerichtshov undersøkte grunnlaget for denne avgjørelsen.

⁷⁵ Finkelstein/Katz *Contrived Defenses and Deterrent Threats: Two Facets of One Problem* <https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/cfinkels/workingpapers/ContrivedDefensesFinkelsteinKatz.pdf>

⁷⁶ Harro Otto, Nikolaus Bosch *Öbungen im Strafrecht*, side 234, ISBN 978-389949-706-9

⁷⁷ BGH 4 StR 217/96 – Dom fra 22. August 1996 <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/96/4-217-96.php3> sist besøkt 1/5 2013

Fra dommens avsnitt 18:

“Mit der Erwägung, daß, wenn der Alkoholkonsum zur Schuldunfähigkeit führt, bereits das Sichbetrinken die eigentliche Tatbestandshandlung darstellt [...], kann die Anwendung der actio libera in causa auf die Straßenverkehrsgefährdung und das Fahren ohne Fahrerlaubnis nicht begründet werden. [...], der die Vorstellung zugrunde liegt, daß bereits das Trinken ein Anfang der Ausführung der geplanten Tat ist [...], mag, was hier keiner Entscheidung bedarf, trotz aller grundsätzlichen Bedenken gegen ihren Ansatz [...], bei anderen Delikten eine tragfähige Grundlage für die Rechtsfigur der actio libera in causa darstellen. Bei Tatbeständen aber, die wie die §§ 315c, 316 StGB und § 21 StVG ein Verhalten verbieten, das nicht auch als die Herbeiführung eines dadurch verursachten, von ihm trennbaren Erfolges begriffen werden kann, kann sie die Annahme schuldhafter Taten trotz schuldausschließenden Vollrausches bei der eigentlichen Tathandlung nicht rechtfertigen [...]. Das gilt nicht nur für den von der Strafkammer angenommenen Fall eines vorsätzlichen Verstoßes gegen diese Vorschriften, sondern auch für fahrlässige Zuwiderhandlungen “

Her behandler domstolen om a.l.i.c. som beskrevet i “Tatbestands”-modellene. Den kan etter rettens syn ikke gjelde for tilfeller som gjelder kjøring uten førerkort eller farlig/uaktsom kjøring etter §§ 315c, 316 StGB og § 21 StVG, men retten betrakter det som mulig, til tross for de grunnlovsmessige betenkeligheter med actio libera in causa, at regelen kan benyttes på andre forbrytelser.

Retten aksepterer heller ikke at “Ausdehnungsmodell” (i avsnitt 21) eller “Ausnahmemodell” (i avsnitt 22) kan pålegge den tiltalte ansvar for en forsettlig handling. Retten påpeker derimot at:

“Ob der Gesetzgeber die Rechtsfigur der actio libera in causa als richterrechtliche Ausnahme von § 20 StGB akzeptiert hat, ist angesichts des eindeutigen Wortlautes des § 20 StGB ohne Bedeutung, solange er dies nicht im Gesetzestext zum Ausdruck bringt.”

Retten uttaler her at hvorvidt lovgiver har akseptert a.l.i.c. som unntak for utilregnelighetsregelen i § 20 er ikke avgjørende, så lenge dette ikke uttrykkelig kommer frem fra lovteksten. Men domstolen slo med denne avgjørelsen fast at actio libera in causa ikke kan anvendes på §§ 315c, 316 StGB og § 21 StVG.

Actio libera in causa er altså fremdeles en regel som teoretisk sett kan benyttes for de tilfeller som ikke blir tilfredsstillende løst av Vollrausch-regelen. I dommen kom retten frem til at

vedkommende var skyldig i å ha satt seg selv i en utilregnelig tilstand gjennom rus, og ble dømt til den maksimale straff Vollrausch-regelen tillater.

Regelen har klare fellestrekk med den norske regelen for fingering av skyld ved selvforskyldt rus. Den er derimot ikke like akseptert i tysk rettspraksis, og er ikke kodifisert slik den er i Norge. For den som ønsker en grundig drøftelse rundt fingering av skyld er det mye å hente fra tysk juridisk teori på dette området.

4.6.2 Vollrausch

I § 323 StGB bokstav a med tittelen “Vollrausch” hjemles følgende:

“(1) Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist.”

Nummer 3 er utelatt. Denne bestemmelsen er en spesiell tilnærming til problemet med lovbrytere som er utilregnelige som følge av selvforskyldt rus.

Vollrausch kan best oversettes som fullstendig eller overstadig beruset, og korresponderer til det man i norsk rett vil betrakte som en rustilstand som medfører utilregnelighet. Hjemmelen har følgende ordlyd:

1) Den som forsettlig eller uaktsomt gjennom bruk av alkohol eller andre berusende middel setter seg i en rustilstand, straffes med bot eller fengsel med inntil fem års varighet, dersom man i denne tilstanden gjennomfører en straffbar handling og ikke kan straffes for denne, fordi vedkommende som følge av rusen ikke har skyldevne eller dette ikke kan utelukkes.

2) Straffen kan likevel ikke være høyere enn den straff som er vanlig for den straffbare handlingen.

Begrunnelsen for denne regelen har sin rot i utilregnelighetsbestemmelsen i Strafgesetzbuch § 20. Rustilstanden kan føre til at den tiltalte var uten evne “til å forstå handlingens urettmessige/urettferdige natur eller handle etter denne forståelsen” og dermed normalt skal holdes for å være utilregnelig og skyldfri.

Hva som utgjør fullstendig eller overstadig beruselse blir i tysk rett basert blant annet på rettspraksis fra Sveits⁷⁸. Her tar man utgangspunkt i at utilregnelighet som følge av rus inntreffer når blodalkoholprosenten er målt til å ligge mellom 2 og 3 promille. Men vurderingen er ikke så enkel at den er avgjort ved blodalkoholprosent alene.

I følge *Öbungen im Strafrecht*⁷⁹ betrakter man at muligheten for nedsatt tilregnelighet og dermed nedsatt straff for å begynne ved en promille på 2.0, og utilregnelighet etter § 20 StGB er det først snakk om ved en promille på 3.0.

Etter tysk rett⁸⁰:

“Bei einer Blutalkoholkonzentration in der festgestellten Höhe ist die Möglichkeit einer krankhaften seelischen Störung durch einen akuten Alkohol- rausch zu erörtern. Einen Rechts- oder Erfahrungssatz, wonach ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration regelmäßig vom Vorliegen dieses Merkmals auszugehen ist, gibt es jedoch nicht. Entscheidend ist vielmehr eine Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände aus der Persönlichkeitsstruktur des Täters, seinem Erscheinungsbild vor, während und nach der Tat und dem eigentlichen Tatgeschehen. Die Blutalkoholkonzentration ist in diesem Zusammenhang ein zwar gewichtiges, aber keinesfalls allein maßgebliches oder vorrangiges Beweisanzeichen, wobei deren Bedeutung auch von der - hier sehr hohen - Alkoholgewöhnung des Täters beeinflusst sein kann”

En høy blodalkoholprosent kan medføre en “krankhaften seelischen Störung”, dette da etter kravet i § 20 StGB, men dette medfører ikke noe fastsatt prinsipp eller lov som sier at en slik tilstand er tilstede etter at man har passert et visst punkt. Avgjørelsen om dette faller inn under utilregnelighetsbegrepet kan først gjøres på basis av en vurdering av de subjektive og objektive omstendigheter rundt “personlighetsstrukturen”, antagelig en helhetsvurdering av vedkommende, hvordan han fremsto før, under og etter handlingen og de forskjellige fakta i

⁷⁸ BGE 122 IV 49, http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_122_1996/BGE_122_IV_49.html

⁷⁹ Jfr referanse 77, side 233

⁸⁰ BGH NstZ 2005, 329 <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=30814&anz=1&pos=0&Frame=4&.pdf>

saken. Blodalkoholkonsentrasjonen er da en svært viktig, men ikke avgjørende faktor i å avgjøre hvilken grad av forstyrrelse som var til stede.

Retten påpekte at retten sto fritt til å vurdere alle relevante forhold rundt handlingen med tanke på anvendelse av den straffnedsettende regelen i § 21 StGB, og var ikke låst til de sakkyndiges uttalelser.

4.7 Rettspraksis

4.7.1 Bruken av sakkyndige

Bundesgerichtshof, eller BGH er siste instans for kriminalsaker i det tyske rettssystemet, og kan bare overprøves av Bundesverfassungsgericht, den øverste føderale domstolen i Tyskland.

I en dom angående en mordsak kom retten med en rekke uttalelser⁸¹ som i ettertid dannet grunnlaget for den tyske rettens adgang til selvstendig vurdering av sakkyndiguttalelser og sakkyndige.

Saken gjaldt en 21 årig mann som drepte sin kusine ved kvelning. Deretter dissekerte og parterte han liket og bevarte indre organer og andre kroppsdelene rundt om i huset, med unntak av hodet og hoftebenet som han tok med seg til et steinbrudd og knuste og begravde. Politiet fant noen av kroppsdelene stekt og med rester av ris sittende fast, skjønt det ble aldri fastslått om mannen hadde spist av dem eller ikke.

I Landgericht (landsretten) ble han dømt for drap ettersom handlingen ikke oppfylte noen av kravene som tysk rett stiller til mordtiltalen, men ble holdt for å være skyldfri som følge av at han var utilregnelig etter § 20 i StGB. Retten begrunnet dette i vitnemålet til en psykiatrisk sakkyndig som hadde vitnet om dette. Den sakkyndige hadde videre uttalt at den tiltalte var farlig for offentligheten slik at kravene i § 63 StGB var oppfylt. Dermed kunne den tiltalte dømmes til tvangsbehandling på psykiatrisk sykehus.

Forsvareren til tiltalte protesterte på dette og produserte eget ekspertvitnemål for å kontrahere

⁸¹ BGHST 49, 347, <http://openjur.de/u/178316.html>

den første sakkyndige. Retten tillot ikke dette beviset ført under seksjon 244 (2) 2 StPO, uten å vurdere bevisets innhold som sådan. Etter den tyske straffeprosesslovens bestemmelse kan nye bevis som ønskes ført avvises dersom de allerede er tilstrekkelig belyst gjennom en god sakkyndig evaluering fra en kvalifisert sakkyndig.

Under ankebehandlingen uttalte Bundesgerichtshov at det var rettens oppgave å styre arbeidet til sakkyndige som skal presentere retten med bevis i form av evalueringer og sakkyndiguttalelser, og vurdere innholdet i disse på eget grunnlag. Retten skulle ikke blindt gå ut ifra de sakkyndiges uttalelser i avgjørelsen av sakene:

“Das Gericht, das sich zur Prüfung der genannten Voraussetzungen der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen hat (§ 246 a StPO), muß dessen Tätigkeit überwachen und leiten. Dazu gehört insbesondere auch die Prüfung, ob Grundlagen, Methodik und Inhalt des Gutachtens den anerkannten fachwissenschaftlichen Anforderungen genügen (zur Sachleitungs- und Prüfungspflicht des Gerichts vgl. Jähnke in LK 11. Aufl., § 20 Rdn. 89, 92 f.; Tröndle/Fischer aaO § 20 Rdn. 63, 64 a ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung).”

Bundesgerichtshov uttaler at rettslig kontroll medfører at retten må på eget grunnlag undersøke og evaluere faktagrunnlaget, metodene og innholdet i de sakkyndiges bevisførsel. Retten må undersøke om disse aspektene ved bevisførselen holder mål når de sammenlignes med samtidig vitenskap og faglige standarder, at ekspertvitnemålet er verifiserbart og korresponderer med moderne klassifikasjonsmetoder (ICD-10, DSM-IV).

Derfra konkluderer Bundesgerichtshov at den sakkyndiges evaluering ikke holdt mål.

“In formaler Hinsicht war auffällig, daß das schriftliche Gutachten weder eine Sexualanamnese noch eine detaillierte Beziehungsanamnese enthielt. Auch die bewertenden Darlegungen zur Biographie und zur psychiatrischen Entwicklung (Gutachten S. 36 ff.) erscheinen teilweise auf formale Aspekte beschränkt.”

Blant annet var det manglende sykdomshistorikk/diagnostisk historie og evaluering av den psykologiske utviklingen.

Som et minstemål krevde retten at en psykiatrisk sakkyndigs evaluering av en tiltalt måtte inneholde en generell analyse av personlighet, bakgrunn og de generelle livsomstendighetene vedkommende befant seg i. Disse komponentene var påkrevd for en tilstrekkelig helhetsvurdering.

Evalueringen måtte også ta et klart standpunkt til og kvalifisere hvordan den tiltaltes mentale forstyrrelse påvirket hans handlinger på gjerningstidspunktet. Dette hadde ikke den sakkyndige gjort.

Videre ble det av retten slått fast at tvangsbehandling etter § 63 StGB var en så alvorlig reaksjonsmetode at det måtte kreves mye av en evaluering som skulle benyttes som grunnlag for en slik avgjørelse. Det må komme klart fram fra en ekspertuttalelse på hvilket konkret grunnlag den tiltalte utgjør en trussel for samfunnet.

“Auch die Schlußfolgerungen, die der Sachverständige aus diesen eher unklaren und unsicheren Feststellungen auf die Einsichtsund Steuerungsfähigkeit des Angeklagten vom Tatzeitpunkt gezogen hatte, hätten dem Gericht Anlaß zur kritischen Überprüfung geben müssen.”

Etter Bundesgerichtshovs syn måtte domstolen på selvstendig basis vurdere den sakkyndiges evaluering for å finne brister i logikk, inkonsekvent praksis og selv språket brukt i evalueringen burde vurderes som basis for å oppdage eventuell forutinntatthet hos den sakkyndige.

Den sakkyndige hadde i saken endret sin forklaring muntlig i retten fra det han hadde lagt fram skriftlig, og dette ble ikke videre begrunnet eller forklart. Ut fra språkbruken virket også den sakkyndige forutinntatt og nedsettende i sine beskrivelser av den tiltalte. Den sakkyndige hadde benyttet seg av begrep og formuleringer som var heller esoteriske og uvanlige; retten mente at dette førte til vanskeligheter for andre sakkyndige dersom de skulle evaluere eller presentere sin mening for å gi retten i tilsvaret til dette.

Dette utgjorde så retningslinjene for tysk retts behandling av psykiatriske sakkyndiguttalelser. Det ble eksplisitt gjort klart at det ikke var aktuelt for retten å frigjøre seg fra ansvar ved å legge avgjørelsen av spørsmål i hendene på sakkyndige.

4.7.2 Fagkyndiges ansvar

I en annen sak uttalte Bundesgerichtshov⁸² seg om grensene rundt de psykiatrisk fagkyndiges ansvar, og hvordan de fagkyndige kan gjøre seg selv strafferettslig ansvarlig.

Saken gjaldt en mann som i løpet av åttitallet hadde begått, og deretter blitt dømt for en rekke kriminelle handlinger. Han hadde fått en dom på fengsling med en varighet på 17 år, men ble i 1986 overført til behandling på psykiatrisk sykehus. På permisjon fra instituttet forsøkte han å voldta flere kvinner. Under straffesaken mot ham ble han undersøkt av psykiatrisk sakkyndige, og de konkluderte med en narsissistisk personlighetsforstyrrelse. Han ble derfor igjen overført til behandling på psykiatrisk sykehus.

I 1997 klarte vedkommende så å rømme fra sykehuset, men ble fanget og tilbakeført. Deretter ble han i 1998 tillatt permisjon fra sykehuset, men som han ikke kom tilbake fra. I stedet rakk han å gjennomføre to ran før han igjen ble fanget og returnert til sykehuset etter 7 måneders fengsling. På dette punktet konstaterte de psykiatrisk sakkyndige som senere ble holdt ansvarlige at vedkommendes konstante kriminelle impulser ikke var kurerbare.

Likevel tillot disse psykiaterne vedkommende enda en permisjon i oktober 1998 til å ta det som var fremstilt som en gåtur med en kjæreste. Mannen kom ikke tilbake. Etter cirka et halvt års tid hadde han tatt livet av 2 eldre kvinner og angrepet flere andre. Han ble etter dette dømt til livstid i fengsel, med ingen mulighet for straffereduksjon jfr. § 57a StGB nummer 1.

I etterkant ble de psykiatrisk fagkyndige som hadde ansvar for vedkommende og som tok beslutningen om å tillate ham permisjon tiltalt for å uaktsomt ha medvirket til angrepene og mordene, jfr. § 229 StGB og § 222 StGB. Her kom Bundesgerichtshov til en annen konklusjon enn Landsrecht.

Her hadde Landsrecht ikke betraktet psykiaternes handling som en sine qua non forutsetning for handlingene, da vedkommende hadde demonstrert en evne til å rømme før. Dermed tok ikke retten stilling til om psykiaternes handling var uaktsom.

Bundesgerichtshov var uenig i dette, og den fant at spekulasjon om hvorvidt vedkommende kunne rømt på egen hånd var en uakseptabel vurdering. Videre uttalte retten at når en person var innsatt til tvangsbehandling med grunnlag i hensynet til samfunnssikkerhet etter § 63 StGB, kunne psykiatere med ansvaret for å vurdere pasienten og avgjøre adgangen til permisjon holdes ansvarlig for de konsekvenser som kunne oppstå som følge av permisjon.

⁸² BGHST 49, 1-7. <http://openjur.de/u/179021.html>

Retten mente videre at for at det skulle være adgang til å gi permisjon måtte dette begrunnes i terapeutiske formål, noe som kun gjelder pasienter som faktisk har en mulighet for å bli kurert. Retten fremstilte to særlige poeng av viktighet; at pasienten var diagnosert med en narsissistisk forstyrrelse som både var ukurerbar og predisponerte vedkommende for straffbare handlinger, og at pasienten tidligere hadde rømt eller nektet å returnere etter permisjon.

Saken er et interessant eksempel på hvordan sakkyndige kan holdes ansvarlige for handlingene til farlige pasienter de har ansvar for.

Kapittel 5: Avslutning

5.1 Avslutning – Kom til poenget!

Hva er utilregnelighet? Både i Norge, Tyskland og USA er begrepet knyttet opp mot subjektiv skyld. Om man skal finne et utgangspunkt som beskriver en generell holdning, vil det være at en utilregnelig person ikke kan bebreides for sin handling da han ikke har skyld i handlingen. Den utilregnelige har mer til felles med en tilfeldig ulykke enn en ondsinnet handling.

Det er gjort flere forsøk som jeg vil kalle forgjeves på å definere konkret en juridisk standard for å avgjøre hvem som er uten skyld. Når man reduserer M'Naughten-regelen, Durham-regelen, Model Penal Code, den tyske § 20 StGB eller den norske § 44 ned til de helt essensielle bestanddeler beskriver disse reglene en person som ikke kan bebreides for sine handlinger fordi han ikke forsto sin handling eller fordi han ikke evnet å handle annerledes.

Etter det blir det et spørsmål om grad og kvalitet, der rettsutøveren blir bistått av eksperter på menneskelig atferd og tankeprosesser.

Når det koker ned til dette, bør man starte helt fra bunnen av når man skal lage en regel som skal ivareta hensynet til at kun de faktisk skyldige bør straffes.

5.2 Utilregnelighetsreglene – trengs de?

Det første jeg vil spørre om er om en egen utilregnelighetsregel strengt tatt er nødvendig. Det er et spørsmål som har blitt tatt opp før, men ikke som jeg kunne finne tilstrekkelig besvart.

Dersom man begrunner utilregnelighet ut ifra prinsippet om subjektiv skyld, er spørsmålet om straffeskyld allerede avgjort dersom man konkluderer med at skyld ikke er til stede på grunn av mental sykdom. Det kan vanskelig tenkes en mer presis regel enn dette. Den er også i tråd med en strafferettslig tenkemåte som har en lang tradisjon. På denne måten unngår man også å være nødt til å gi uttømmende lister, beskrivelser eller oversikter over akkurat hvilke tilstander som fører til tilregnelighet. Man er ikke, for eksempel, nødt til å drøfte hvordan ordet psykose skal forstås.

Spørsmålet blir hvordan dette ville fungert i praksis. Det finnes et eksempel fra USA i de delstater som har avskaffet utilregnelighetsreglene sine og nå praktiserer et slikt prinsipp. Jeg vil påstå at det er en dårlig praktisering av en slik regel. Den hadde i USA som rettspolitisk mål å redusere muligheten til å bli kjent utilregnelig, og det har den sannsynligvis klart. En slik fiendtlig holdning til mentalt syke personer er ikke forenelig med humanistiske idealer og er uakseptabel i det norske rettssystem.

Dersom en slik regel blir brukt til å la skyld falle helt bort i alle de tilfeller man anser subjektiv skyld for ikke å være til stede, vil den forhåpentligvis fungere slik at den oppnår sitt formål. Debatten om en slik regel bør ikke skyves til side, men være et hovedpoeng i utviklingen av en ny utilregnelighetsregel.

5.3 Det medisinske prinsipp – humanisme

En regel som baserer seg på å utelukke subjektiv skyld er likevel ingen garanti for at en syk person ikke havner i fengsel. Dersom man begrunner en utilregnelighetsregel med at det er inhumant å tvinge syke mennesker til å sone, vil en regel som baserer seg på det medisinske prinsipp være idéell. Så lenge sykdommen er alvorlig nok, vil ikke vedkommende sone uansett.

Men denne løsningen støter på problemer når det gjelder de som ikke har alvorlige lidelser, men som fremdeles ikke er å bebreide fordi de ikke evnet å handle annerledes. Man får et avgrensingsproblem; ikke alle lidelser kan være alvorlige nok til at de resulterer i skyldfrihet, og noen lidelser er alvorlige nok men gir resultater som gråsone-tilfellene der en særreaksjon ikke kan begrunnes.

Derfor blir denne regelen ekstra sårbar overfor den alminnelige rettsfølelse når saker som gråsone-tilfellene havner i media.

5.4 Det psykologiske prinsipp

Aslak Syse⁸³ tar i Tidsskrift for strafferett til orde for å kritisere det medisinske prinsipp på dette grunnlag. Han tar også til orde for et blandet prinsipp, der man konkluderer med utilregnelighet ved psykisk sykdom og der et tilleggskriterie er tilstede.

Den tyske regelen i § 20 StGB er et godt eksempel på en slik regel. Den tillater en bred adgang til å oppfylle sykdomskriteriet, bredere enn det norske som ikke kan ta hensyn til de mindre alvorlige tilfellene. Men regelen krever også at retten vurderer hvilken evne til forståelse og handling den tiltalte har. Dette er en regel som overlater mer til rettens skjønn.

Fra lovens forarbeider kan man tolke et sterkt signal om at rettens skjønn ikke skal brukes på saker om utilregnelighet og skyldfrihet. Det er kanskje fornuftig når man praktiserer en det medisinske prinsipp, men det er lite gunstig for anvendelsen av andre regler, og fører til problemer ettersom man ikke har den samme mulighet til rettslig kontroll av resultatet. Man trenger denne kontrollen.

Arbeidsmetodene til rettspsykiatere og de evalueringene de leverer til retten har store likhetstrekk både i Norge, Tyskland og USA. Går man bort ifra det medisinske prinsipp gjelder de samme argumenter for rettens ansvar for på selvstendig grunnlag å bedømme de sakkyndiges konklusjoner slik rettspraksis fra Tyskland viser.

Dette bidrar også til å løse problemet med kontradiksjon, ettersom man ikke kan gå ut ifra at dette problemet kommer til å bli løst av de sakkyndige selv.

5.5 Guilty But Mentally Ill kontra tvangsbehandling

Som en rettstat er Norge bygget på humanistiske prinsipper og det er uakseptabelt å la syke mennesker sone i fengsel. Det er ikke akseptabelt å ha en regel som plasserer mennesker som er syke i en situasjon der de sannsynligvis ikke vil få god nok behandling, og der de vil bli sykere. Erfaring fra USA tilsier at behandling i fengsel vanskelig kan få samme effekt som i et klinisk miljø.

⁸³ Aslak Syse, *Tidsskrift for strafferett* 2006, del 6.1, 6.2 og 6.3, se referanse 6.

Etter den nåværende regelen om tvangsbehandling er hovedbegrunnelsen for tvungent psykisk helsevern hensynet til samfunnssikkerheten. Dette er et tungtveiende hensyn, men kravet til å bli idømt tvungent psykisk helsevern har vært tolket ganske forskjellig og ut ifra en rekke faktorer. Til felles har de alle at en stadfestelse av sykdom ikke er nok. Man blir ikke automatisk behandlet selv om man er utilregnelig. Dette har også en del av skylden for denne gruppen av gråsonetilfeller som faller mellom reaksjonsformer.

Tvangsbehandling er en såpass alvorlig og inngripende særreaksjon at jeg ikke ser noen grunn til å endre dagens regel. Kun de alvorligste tilfellene og de farligste individene bør gis en reaksjon som kan være tidsbestemt og oppleves meget belastende, altså kun der det er strengt nødvendig.

Men det trengs en tilleggsregel som evner å fange opp de utilregnelige eller de med nedsatt tilregnelighet som ikke nødvendigvis er farlige nok, men som trenger systematisert behandling. Retten bør ha adgang til å velge mellom tvangsinnleggelse for alvorlige tilfeller og kontrollert behandling for de mindre alvorlige tilfeller. Dette kan også begrunnes i hensynet til samfunnsvern, og er mer proporsjonal med den risikoen de mindre alvorlige tilfeller representerer.

5.6 Rus og utilregnelighet – fingering av skyld?

Spørsmålet om hvor grensen går ved fingering av skyld der utilregneligheten er selvforskyldt er vanskelig. Både USA og Tyskland har regler om at selvforskyldt rus ikke kan være en straffrihetsgrunn. Tysklands *actio libera in causa*-regel er omstridt og delvis grunnlovsstridig. Vollrausch-regelen er knapt noe bedre, men fungerer fordi den legger den straffbare handlingen til det å gjøre seg selv utilregnelig, og dermed kan man ikke være skyldfri på grunn av utilregnelighet.

Ettersom fingering av skyld er valgt beholdt i den nye straffeloven av 2005, jfr. §§ 20 og 25, tar jeg utgangspunkt i at fingering av skyld er ønskelig og nødvendig. Høyesterett har avgjort at § 45 kan anvendes analogisk, og mener at bestemmelsen også gjelder for selvforskyldt psykose. Spørsmålet er om dette skal begrenses til rus, eller om det kan gjelde all selvforskyldt utilregnelighet.

Svaret er; antagelig ikke. Når man bruker ord som selvforskyldt, er det en mer naturlig forståelse av ordet at det krever en aktiv handling. En rent passiv unnlattelse av å ta medisiner kan ikke likestilles med å aktivt ruse seg til en utilregnelig tilstand, og man bør ikke gå for

langt med å utvide grensene for en allerede kontroversiell regel på legalitetsprinsippets område. Det er ikke funnet grunnlag hverken i forarbeider eller rettspraksis for å tolke fingering av skyld slik, og med tanke på den motstanden som finnes mot bruken av regelen vil nok en ytterlige utvidelse av bruken møte protester.

Dersom fingering av skyld skal gjelde også for slike tilfeller må det i så fall gå klart frem av hjemmelen eller forarbeidene at en slik tolkning har støtte i lovgiverviljen.

5.7 Hinckley-effekten

I arbeidet med denne oppgaven har jeg gjennomgått en rekke rettsavgjørelser, noen kontroversielle nok til å i etterkant ha endret rettstilstanden. Men ingen har hatt like stor effekt som Hinckley-saken.

Hinckley-effekten demonstrerer et litt unikt problem med utilregnelighet. Rettsområdet og avgjørelser som har med utilregnelighet å gjøre fører til voldsomme reaksjoner fra det offentlige. I USA endret saken praktiseringen av utilregnelighetsreglene voldsomt.

Man bør vokte seg vel for denne effekten. Selv om enkeltstående saker kan være nyttige for å belyse spesielle problemstillinger og skape diskusjon, bør man tillate situasjoner der en liten tue velter et stort lass. I Norge førte Breivik-saken til en voldsomt negativt mediepress på rettsvesenet og særlig de rettspsykiatriske sakkyndige. I etterkant har gråsonetilfeller fått mye oppmerksomhet. Dette bør ikke føre til en drastisk omorganisering av systemet.

Breivik-saken er underrettspraksis. Selv om erfaringene fra saken er nyttige, er de ikke og bør de ikke være styrende for rettsutviklingen. Hva som kommer til å resultere fra det som for Norge sitt tilfelle er vår Hinckley-sak, vil kun tiden vise.

Det Hinckley-effekten betyr for rettsanvenderne er åpenbart. Ettersom dette rettsområdet er så sårbart, må man ved avgjørelser som har med utilregnelighet å gjøre ta ekstra hensyn til at avgjørelsen er i harmoni med den alminnelige rettsfølelse, for å unngå å skape rettspraksis som setter rettsvesenet i dårlig lys. Konsekvensene av det kan være katastrofale, både for rettstilstanden og de utilregnelige.

Siste ord – en takk

Jeg ønsker å få takke Advokatkontoret Hovstad, Kvernød & Flatmo for generell støtte og hjelp til studiematerialer.

Jeg vil gjerne rette en stor takk til Rettspsykiatrisk Forum⁸⁴ for å ha latt meg delta uoffisielt på ett lukket møte med kjernen i fagfeltet. Mer lærerike timer kan man knapt be om.

Antall ord: 39 992

⁸⁴ http://sifer.no/hva_skjer/detalj/rettspsykiatrisk-forum