

Straff, behandling og rettferdig gjengjeldelse

Jeg er blitt bedt om å skrive en kommentar om samfunnets reaksjoner mot strafferettslige handlinger begått av (u)tilregnelige personer og om hvordan strafferettssystemet – om mulig – kan avveie de ulike hensyn til behandling, samfunnsbeskyttelse og rettferdig gjengjeldelse.

 Engelsk oversettelse på www.tidsskriftet.no

Utgangspunktet er de handlingene som Anders Behring Breivik utførte ved bombeanslaget i regjeringskvartalet etterfulgt av massedrap på ungdom på Utøya 22.7. 2011. Det er velkjent at de to først oppnevnte sakkyndige konkluderte med at Breivik oppfyller kravene til diagnosen paranoid schizofreni og at han var psykotisk på gjerningstidspunktet og dermed strafferettslig utilregnelig. Dette er dratt i tvil av andre fagfolk. I skrivende stund (12.3. 2012) er han under tvungen judisiell observasjon av to andre rettsoppnevnte sakkyndige. Observasjonen startet 29.2. 2012 i en spesialbygd celle på 60 m² i Ila fengsel. Det er første gang en slik observasjon skjer inne i et fengsel.

Jeg har ikke lest den opprinnelige sakkyndighetsrapporten og må derfor vurdere saksforholdene ut fra medienes dekning. Den gir ingen mulighet til å kunne konkludere om hvorvidt Breivik er strafferettslig tilregnelig eller utilregnelig. Mitt bidrag her er å klargjøre hva denne sondringen medfører rent strafferettslig og hvilke reaksjonsformer som er aktuelle.

Fordi de generelle spørsmålene oftest er knyttet til medieomtalt attentater rettet mot politiske ledere og de tilhørende rettsakene, vil jeg sette Breivik-saken i perspektiv med å gå nesten 170 år tilbake (1).

Et drap og et uskyldsgrunnlag

En skotsk trearbeider og protestant, Daniel M^cNaghten (1813–65), utviklet sterke forfølgelsesideer. Først gjaldt de politiet, siden utviklet ideene seg slik at det syntes å være en internasjonal sammensvergelse mot ham. Både pavekirken og statsminister Robert Peel (1788–1850) deltok i sammensvergelsen.

20.1. 1843 rettet han et målrettet skudd mot en person han trodde var Peel. Han hadde fulgt etter Peel i flere dager og skjød ham bakfra idet han nærmet seg Downing Street. Men mannen han skjød, var privatsekretær Edward Drummond (1792–1843), som døde etter et kort sykeleie.

Det var ingen tvil om drapsforsettet – retten la til grunn at pistolen var blitt ladet og skuddet avfyrt «feloniously, wilfully, and of his malice aforethought». I retten sa M^cNaghten bl.a. at han ble «driven to desperation by persecution». På grunnlag av hans åpenbart paranoide forstyrrelser kom retten til konklusjonen «not guilty by reason of insanity». Dronning Victoria

(1819–1901) ville ikke avfinne seg med at attentatmannen skulle slippe straff. Det ble oppnevnt til sammen ni sakkyndige, men alle uttalte seg samstemmig.

Dommen førte til sterke reaksjoner blant både leg og lærd. Dommerne i House of Lords oppstilte 19.6. 1843 en standard som ble det rettslige sluttpunktet, the M^cNaghten Rules:

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

«Spørsmål om ansvar, valg, fri vilje og straff har opptatt menneskene så lenge lovbrudd er blitt møtt med samfunnsmessige sanksjoner»

Dronning Victoria, som hadde en lang regjeringsstid (1837–1901), ble i 1870-årene utsatt for nye attentater av utpreget forstyrrede personer. Hun fant det påfallende at personer som antastet dronningen, kunne bli kjent «not guilty». Hun presset derfor frem en lovending i 1883 slik at domstolens svar dersom kravene i M^cNaghten Rules ble funnet oppfylt, skulle være «guilty, but insane».

Det var også den gang en overdrevet frykt for at de gale som angriper samfunnets støtter, skulle slippe raskt ut. M^cNaghten ble overlatt til forvaring på ubestemt tid, først i Bedlam asyl. Her tilbrakte han nær 20 år før han som en av de første ble overført til det nyoppførte kriminalasylet Broadmore, der han døde av tuberkulose i 1865.

Begrunnelser for straff og straffritak og om straffbarhetsvilkår

Det er dels et moralfilosofisk spørsmål om alle mennesker – uavhengig av personlige forutsetninger for å kunne forstå handlingers

rettsstridige karakter og/eller uheldige konsekvenser – kan pålegges straffansvar. Spørsmål om ansvar, valg, fri vilje og straff har opptatt menneskene så lenge lovbrudd er blitt møtt med samfunnsmessige sanksjoner.

Strafferettslige reaksjoner bygger på et grunnleggende aksiom om at mennesket har en *fri vilje*. Denne utvikles i barneårene og anses tilstrekkelig utviklet når personen passerer den kriminelle lavalder. Uten fri vilje ville det fremstå som urettmessig å dømme folk til samfunnsbestemte «onder». Mangel på «fri vilje» kan rettferdiggjøre at enkelte fritas for straffansvar. Da reises spørsmål om hensynet til samfunnsvernet.

Samfunnets «rett» til å straffe er basert på en rettmessig *gjengjeldelse*. Det overflødiggjør «privatrettslige» hevnaaksjoner som vikingtidens blodhevn og moderne lynsjing og æresdrap. I tidligere tider, og også i andre kulturkretser, er denne rettferdige gjengjeldelsen sett som en nødvendig utøvelse av Guds rettferdige vilje. Ut fra slike teorier bør straffen avspeile selve lovbruddets grovhet. Dette fører til en detaljert gjerningsbestemt straffelovgivning, noe som satte sitt preg på den europeiske strafferettstradisjonen helt frem mot siste halvdel av 1800-tallet. Da overtok de strafferettslige nytteteoriene («relative» begrunnelser), som vanligvis deles inn i allmennprevensjon og individualprevensjon.

Det er mulig å problematisere rasjonale bak begrunnelser for å straffe, men det faller utenfor rammene her. De nevnte begrunnelser vil imidlertid stort sett svikte dersom lovbrøtteren mangler skyld og ikke vil kunne ansvarliggjøres for lovbruddet.

Breivik-saken viser like fullt at gjengjeldelsen som strafferettslig begrunnelse ikke er forsvunnet. Dette ligger under mange av innleggene om at Breivik bør finnes strafferettslig tilregnelig, slik at samfunnet får gitt ham «straff som fortjent».

Straffbarhetsvilkårene

I vestlig strafferett oppstilles fire kumulative straffbarhetsvilkår for at en person kan pålegges straffansvar. Det første er *lovkravet*, ingen kan straffes uten etter lov. Det gjelder uavkortet og står i Grunnloven § 96. Straffebudet kan heller ikke gis etter lovbruddet (Grunnloven § 97). I tillegg må det ikke foreligge *straffrihetsgrunner* som nødrett, nødverge, samtykke mv. I Breivik-saken foreligger klart ingen nødrettslig

situasjon, og det er straffebud som rammer hans handlinger. Breivik er tiltalt etter terrorparagrafen, straffeloven § 147a, med en strafferamme på 21 års fengsel, med åpning for å kunne idømme forvaring. Foreløpig tar tiltalen sikte på å idømme Breivik tvungent psykisk helsevern, i tråd med den første rettspsykiatriske vurderingen.

Det er heller ikke tvil om at han har utvist tilstrekkelig grad av *skyld*. Han handlet utvilsomt forsettlig, fra tidlig planleggingsfase til gjennomføring. Tvilen gjelder bare om han var *tilregnelig* på handlingstidspunktet. Kravet om skyld og tilregnelighet blandes ofte sammen, bl.a. fordi en utilregnelig person sies å «mangle skyldene». Breivik handlet like forsettlig om M^cNaghten. Men er Breivik utilregnelig, slik M^cNaghten var? Domstolen må avgjøre dette spørsmålet etter bevisførselen, bl.a. basert på vurderinger fra rettsoppnevnte sakkyndige.

Ved utilregnelighetsvurdering etter anglo-amerikansk rett anvendes et «blandet prinsipp», som krever at det både foreligger en sterkt avvikende sinnstilstand på gjerningstidspunktet og at denne har hatt betydning for lovbruddet. Norsk rett anvender det biologiske prinsipp, dvs. at sinnstilstanden alene, dersom denne er avvikende nok på gjerningstidspunktet, vil frita for straffeskyld.

Nyttehensyn og samfunnskontroll

I 1890-årene, under arbeidet med straffeloven av 1902, kom nye impulser inn i norsk strafferettstenkning, basert på strafferettsskoler på det europeiske kontinent. Straffelovkommisjonen av 1885 med professor, senere riksadvokat, Bernhard Getz (1850–1901) som formann og ledende kraft ville legge større vekt på en individuell vurdering av lovbrøtteren ved valget av en hensiktsmessig reaksjonsform. Det differensierte straffesystemet skulle tjene flere formål:

- Forbedring av dem som kunne behandles
- Avskrekking av dem som ikke hadde behov for behandling
- Uskadeliggjøring av de uforbederlige

Ut fra slike nyttebegrunnede betraktninger vil straffritak pga. utilregnelighet reise særlige problemer. Det ville bli lakuner i systemet dersom de «gale» eller «halvgale og slemme» gikk fri. Forbryterens karakter burde kartlegges, og man innførte begrepet «sjelsevner», hentet fra russisk strafferett. Psykiaterne måtte derfor pålegges å vurdere om lovbrøtteren hadde «mangelfullt utviklede» og/eller «varig svekkede» sjelsevner. Det ville føre til lengre reaksjoner og økt samfunnsbeskyttelse.

Politilege Paul Winge (1857–1920) ville ha seg frabedt å bli forelagt slike spørsmål – de tilhørte den metafysiske sfæren, ikke naturvitenskapen. «Vil man ha psykiaterne som sakkyndige, får man forelegge dem psykiatriske spørsmål. Ønsker man ikke sådanne spørsmål løst, men derimot meta-

«Norsk rett anvender det biologiske prinsipp, dvs. at sinnstilstanden alene, dersom denne er avvikende nok på gjerningstidspunktet, vil frita for straffeskyld»

fysiske, løste, ja, da kan det bli å overveie hvorvidt man skal tilkalle filosofer eller, som det vel heller bør kalles, metafysikere. (...) På de ovennevnte juridisk-metafysiske problemer om sjelsevnenes beskaffenhet, forstår en psykiatiker seg ikke det minste bedre enn andre folk.»

Dagens strafferettslige regler er barn av 1990-årene med utgangspunkt i den offentlige utredningen *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner* (2). Med våre nåværende regler er vi tilbake til det som ble lovfestet i 1902. Det foreligger i dag forslag om også å kunne plassere de «halvgale og slemme» – ofte omtalt som de «bryssomme» – under tvungent psykisk helsevern. Da er vi tilbake til sikringsinstituttet fra sent i 1920-årene. Jeg har derfor omtalt disse regelendringene tidligere under overskriften *Intet nytt under solen* (3).

Selv om debatten tidlig i 1990-årene var innholdsmessig lik den som foregikk i årene 1885–1902, og med tilsvarende argumenter, ble den verken så analytisk, ført med tilsvarende kunnskapsbredde og lidenskap eller med et utsyn mot prinsipielle spørsmål som straffens begrunnelse, tilregnelighetens grunnlag og vurderingers godhet som for hundre år siden.

Verken moralfilosofien eller jusen – og vel heller ikke rettspsykiatrien – står stort sterkere rustet til å gi allmenngyldige og varige svar i dag enn for hundre år siden. I det mellomliggende hundreåret har vi sett fremveksten av den moderne naturvitenskapelige medisinen inkludert neurologien

og den biologisk baserte psykiatrien, psykoanalysen, atferdsvitenskapen og andre medisinske og psykologiske teorier til forklaring av menneskelig atferd. Samfunnsvitenskapelige fag som sosiologi, kriminologi og rettsososiologi har videre i hele dette århundret hatt sammenheng mellom lovbrudd, strafferettslige reaksjoner og samfunn som viktige forskningsfelter.

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

Breivik kan være strafferettslig utilregnelig og bli idømt tvungent psykisk helsevern som særreaksjon. Dette er en prinsipielt tidsbestemt reaksjon som stadig kan fornyes. Dersom han blir vurdert til å være tilregnelig, er det rimelig grunn til å tro han blir idømt forvaring, som er en annen tidsbestemt særreaksjon. Og han synes å bli sittende på Ila, enten som fange eller som pasient. Det hjalp heller ikke M^cNaghten å bli «frikjent». Men det er grunn til å tro at det i etterkant av Breivik-dommen – hva enn resultatet blir – vil komme fornyede krav om å vurdere forholdet mellom straff og behandling av (u)tilregnelige lovbrøttere.

Aslak Syse

aslak.syse@jus.uio.no
Universitetet i Oslo

Aslak Syse (f. 1946) er professor dr.juris., lege og instituttleder ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo.

Forfatter har fylt ut ICMJE-skjemaet og oppgir ingen interessekonflikter

Litteratur

1. Syse A. Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer. Tidsskrift for strafferett 2006, nr. 3: 141–75. <http://rettsdata.blogspot.com/2012/01/strafferettslig-utilregnelighet.html> [13.3.2012].
2. Norges offentlige utredninger. Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. NOU 1990: 5.
3. Syse A. Dømt til behandling – frikjent til fengsel. Nye strafferettslige ansvarsregler og særreaksjoner. Nytt i strafferetten 1997, nr. 1: 43 flg.

Mottatt 13.3. 2012, første revisjon innsendt 15.3. 2012, godkjent 15.3. 2012. Medisinsk redaktør Erlend Hem.