



Agder lagmannsrett

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Sendt elektronisk til lovavdelingen@jd.dep.no

Deres referanse
14/6745 ES LLE/bj

Vår referanse
14-122 008 dbn

Dato
15. april 2015

Høring - Tilregnelighetsutvalgets utredning NOU 2014:10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern

Innledning, rammen for uttalelsen

Jeg viser til departementets høringsbrev 25. november 2014 med høringsfrist 27. mars 2015. Vår frist er etter anmodning utsatt til 15. april 2015.

På vegne av Agder lagmannsrett gir jeg uttalelse. Temaet for utredningen reiser en del viktige rettspolitiske spørsmål som det kan være ulike oppfatninger om, og hvor den enkeltes verdisyn kan ha betydning for det standpunkt man inntar. Jeg finner det mest korrekt at lagmannsretten er tilbakeholden med å gi uttrykk for vurderinger av slike mer grunnleggende spørsmål. Rammen for uttalelsen vil derfor i hovedsak være spørsmål som gjelder utformingen av lovforslagene.

Vi konsentrerer oss om utredningens del II – Skyldevne og tar først opp utformingen av vilkårene for utilregnelighet i straffeloven § 44/ straffeloven 2005 § 20. Dette er spørsmål som i det vesentlige er behandlet i utredningens kapitler 8 og 10, som bør ses i sammenheng. Deretter behandles kapittel 9 om selvforskyldt utilregnelighet.

Viktige spørsmål som gjelder utformingen av vilkårene for utilregnelighet i loven, forholdet mellom retten og de sakkyndige og bevisvurdering og rettsanvendelse i kapittel 8 og 10, har vært drøftet i dommerkollegiet. Jeg anses uttalelsen representativ for dommerkollegiets synspunkter i hovedsak, uten at jeg kan innestå for at den på alle punkter har opplutning fra samtlige av lagmannsrettens 22 dommere.

Arbeidet med høringsuttalelsen viste seg å bli mer omfattende og tidkrevende enn jeg hadde forutsett. Kapittel 9 ble det dessverre ikke tid til å undergi felles behandling. Den del av uttalelsen står derfor for min regning.

Vi er kjent med høringsuttalelsen fra Borgarting lagmannsrett og kan i det vesentlige slutte oss til synspunktene der for så vidt gjelder utredningens del III – Sakkyndighet og del IV – Samfunnsvern.

Kapittel 8 Utilregnelighetsregel og kapittel 10 Bevis

1. Hovedpunkter i utvalgets forslag

Utvalgets forslag har fått konkret uttrykk i følgende utkast til endring av straffeloven § 44 (side 374):

"Den som retten anser for å ha vært psykotisk på handlingstiden eller i en tilstand som med hensyn til sviktende funksjonsevne, forstyrret tenkning og for øvrig manglende evne til å forstå sitt forhold til omverdenen, må likestilles med å være psykotisk, er ikke strafferettslig ansvarlig. Det samme gjelder den som handlet i en sterk bevissthetsforstyrrelse.

Den som var psykisk utviklingshemmet i høy grad eller tilsvarende svekket, holdes heller ikke ansvarlig."

Forslaget til endring i straffeloven 2005 § 20 har en tilsvarende utforming.

Vi har vesentlige innvendinger mot utkastet. Vår uttalelse vil munne ut i et alternativt lovforslag.

- "*Psykotisk*"

Kort oppsummert foreslår utvalget å basere utilregnelighetsregelen på et "noe modifisert medisinsk prinsipp", men understreker at "psykotisk" er rettslig begrep med et annet meningsinnhold enn det medisinske psykosebegrepet:

"Ved skarpt å skille mellom den medisinsk-faglige og den rettslige bedømmelse, og således mellom det medisinske og det rettslige psykosebegrepet, kan det være riktig å si at den foreslåtte utilregnelighetsregel bygger på et noe modifisert medisinsk prinsipp." (side 24 spalte 1)

Vi oppfatter det slik at utvalget ikke foreslår noen realitetsendring av betydning av hvilke tilstander som dekkes av gjeldende § 44 (side 139). Utvalget mener imidlertid at skillet mellom tvil om faktum og rettslig tvil ikke har vært avklart i norsk rettspraksis, og at mye av det som har vært ansett som faktisk tvil, i realiteten har dreid seg om rettslig tvil ved rettens konkrete vurdering av om gjerningsmannen var psykotisk i lovens forstand. (side 25 spalte 1) Utvalget følger dette opp på side 50 spalte 1:

"Det kan imidlertid synes noe usikkert om lovforståelsen og nyansene mellom det medisinske og det rettslige psykosebegrepet har sunket inn blant de som støter på bestemmelsen i sin praksis. Også lovforberedende instanser ser ut til å ha hatt problemer med forståelsen av gjeldende rett på dette punkt."

Som dommere i straffesaker i lagmannsretten, står vi langt fremme i rekken av dem som støter på bestemmelsen i praksis. Vi drister oss til å anmelde motforestillinger mot utvalgets antakelse om at forståelsen av forskjellen mellom det medisinske og rettslige psykosebegrepet ikke har "[s]unket inn blant oss", men er ikke uenige i at man ved utformingen av en ny bestemmelse bør legge vekt på å trekke en klar grense mellom bevisbedømmelse og rettsanvendelse ved utilregnelighetsvurderingen.

- Forholdet mellom retten og de sakkyndige

Utvalgets ønske om å skille skarpt mellom den medisinsk-faglige og den rettslige bedømmelsen preger også utvalgets syn på de sakkyndiges rolle. En rød tråd gjennom utredningen er at de sakkyndige kun skal vurdere fagmedisinske spørsmål og ikke uttale seg om hvorvidt tiltalte var psykotisk i rettslig forstand, se eksempelvis:

"Det har vært viktig for utvalget å skille klart mellom psykiatri og jus, slik at de sakkyndige begrenser sin deltakelse til det fagområde de behersker og er skolert for, og slik at retten kan ta et tydeligere selvstendig ansvar for med endelig virkning å avgjøre spørsmålet om tiltalte skal frifinnes eller domfelles.

Etter den regelen utvalget foreslår, vil de sakkyndiges oppgave være å utrede lovbryterens sinnstilstand utelukkende på egne faglige premisser og etter det internasjonale klassifikasjonssystemet for psykiske lidelser, som for tiden er ICD-10." (side 23)

"Etter utvalgets forslag skal den sakkyndige verken foreta rettslige subsumsjoner under utilregnelighetsregelen eller begi seg inn på vurderinger av regelens rettslige innhold. Dette er utelukkende rettens domene." (side 218 spalte 1)

Ønsket om å tydeliggjøre skillet mellom psykiatri og jus er begrunnelsen for at utvalget foreslår å endre dagens formulering i § 44 fra "[d]en som på handlingstiden var psykotisk" til "[d]en som retten anser for å ha vært psykotisk på handlingstiden." (side 139)

- Beviskrav, bevisvurdering og rettsanvendelse

Utvalget går inn for at den alminnelige uskyldspresumsjonen – prinsippet om at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist utover enhver rimelig tvil – også fullt ut bør gjelde ved tvil om gjerningspersonens tilregnelighet, se blant annet side 24–25 og sammenfatningen side 190–191. Utvalget anser dette for å være en viss skjerpelse av beviskravet som antas å gjelde i dag på grunnlag særlig av Rt-1979-173. Det er vi enige i at det er. Hvilke krav til bevis som bør stilles, bør imidlertid vurderes i sammenheng med spørsmålet om *anvendelsesområdet* for beviskravet, som omtales i neste avsnitt.

Uskyldspresumsjonen gjelder bevisvurderingen. For rettsanvendelsen gjelder at retten skal bygge på den løsning som alt i alt har de beste grunner for seg. I den enkelte sak beror subsumsjonen, den konkrete avgjørelsen om tiltaltes tilregnelighet, både på faktiske og rettslige premisser. Hvis man uten å ha sondringen klart for seg, formulerer vurderingstemaet som et spørsmål om det er ført bevis og i tilfelle med hvilken styrke for at gjerningspersonen var tilregnelig eller utilregnelig, vil resultatet kunne bli at det blir stilt for strenge krav til hvor *sikker* retten må være på konklusjonen. Vi finner det fortjenestfullt at utvalget fremhever dette

momentet tydeligere enn det har vært vanlig, men har innvendinger mot utvalgets gjennomføring av synspunktet.

Når utvalget foreslår å skjerpe beviskravet og samtidig insisterer på at man må skille skarpt mellom medisinsk-faglige og rettslige spørsmål, er det helt avgjørende å ha klart for seg hvilke elementer i tilregnelighetsvurderingen beviskravet gjelder for, og hvilke elementer som inngår i rettsanvendelsen. Utvalget behandler dette spørsmålet flere steder i utredningen, og uttaler i sammendraget:

"Mye av det som har vært ansett som faktisk tvil, har i realiteten dreid seg om rettslig tvil. Eksempelvis vil tvil om eksistensen av symptomene hos gjerningspersonen være av faktisk art og underlagt beviskravet. Tvil om hvorvidt gjerningspersonen medisinsk sett var psykotisk på gjerningstiden, eller om tilstanden - når de faktiske forhold er brakt på det rene - faller innenfor lovens begrep, vil derimot være en tvil av rettslig karakter, som retten må ta med seg inn i avgjørelsen av om det forelå en psykotisk tilstand i lovens forstand." (side 25 spalte 1)

Usikkerhet om psykosed diagnose er et springende punkt som særlig drøftes i punkt 10.4.3.4. (side 193–194)

Utvalget legger til grunn at spørsmålet om utilregnelighet bør ta utgangspunkt i medisinske diagnoser i henhold til ICD-10 og uttaler at diagnosene er gitt rollen som "[v]erktøy for å finne frem til dem som ikke har slik modenhet, sjelelig sunnhet eller bevissthet som skal til for å bære et straffansvar." Utvalget påpeker at psykosebegrepet ikke er entydig, og at det derfor ikke er skarpe grenser mellom lidelser som faller innenfor og utenfor begrepet. Diagnosesystemet er retningslinjebasert. Det angir ikke angir kriterier med et klart meningsinnhold, men forutsetter at gitte symptomer bedømmes med et klinisk medisinsk skjønn. Deretter uttaler utvalget:

"Psykosebegrepets vaghet knytter seg da til to forhold. For det første er symptomer som kan indikere psykoselidelse ikke absolutt angitt. Illustrerende er diagnosen paranoid psykose, hvor symptombeskrivelsen blant annet er angitt ved uttrykkene «forfølgelse» og «grandiositet», som peker mot et noe vagt meningsinnhold. For det andre er de kriteriene som ligger til grunn for det kliniske skjønnet som avgjør om symptomene er tilstrekkelige til en psykosed diagnose, naturlig nok, også skjønnsmessige.

Hvorvidt usikkerhet som knytter seg til symptomer og klinisk skjønn er til hinder for en psykosed diagnose, beror på en fortolkning av diagnosesystemet. Hvis denne typen usikkerhet ikke lar seg avklare eller bortfortolke ut fra diagnosesystemets egne kriterier, må betydningen av usikkerheten for spørsmålet om straffrihet bero på en fortolkning av psykosebegrepet slik dette er uttrykt i loven.

Poenget er dette: Det rettslige psykosebegrepet i straffeloven § 44 er knyttet direkte til de medisinske kriteriene for psykose etter diagnosesystemet. Usikkerhet om innholdet i de medisinske diagnostiske kriteriene innebærer da samtidig usikkerhet om innholdet i det rettslige psykosebegrepet. Denne usikkerheten er av en rettslig karakter. Usikkerhet knyttet til psykosed diagnose må derfor håndteres som et rettslig tolkningsspørsmål av utilregnelighetsregelen, og ikke som et bevisspørsmål. Dette tolkningsspørsmålet må som regel løses ut fra utilregnelighetsregelens legislative grunnlag. Til syvende og sist blir spørsmålet om de hensyn som bærer utilregnelighetsregelen, tilsier at tilstanden bør omfattes av regelen." (side 193 spalte 2)

Utvalget vender tilbake til temaet i punkt 10.4.4 "Rettsenhet".

"Å anvende det alminnelige strafferettslige beviskravet bidrar til å tydeliggjøre og å skille de rettslige og faktiske sidene fra hverandre ved utilregnelighetsvurderingen.

Tvil som knytter seg til hvorvidt en tilstand faller inn under utilregnelighetsregelen, herunder tvil om diagnostisering, vil etter utvalgets forslag i første omgang bli et spørsmål om å tolke regelen med et henblikk på medisinske diagnosesystemer for å avklare om tilstanden er å anse som en psykose, eller tolke utilregnelighetsregelen for å avklare om den er å anse som en likestilt tilstand. Deretter må retten ta stilling til om den aktuelle symptomtyngden er tilstrekkelig til å falle innenfor lovens vilkår.

Avklaringen av beviskravets dekningsområde sammenholdt med tillegget om likestilte tilstander, bidrar samlet sett til en rettsliggjøring av den tvilen som kan oppstå under utilregnelighetsregelen. Det er fordi disse to forholdene gjør det klart hva som er rettslige spørsmål som må løses ut fra en fortolkning av utilregnelighetsregelen. Denne klargjøringen er et utslag av utvalgets grunnleggende oppfatning om at psykiatere skal holde seg til psykiatri og jurister til jus, se 14.2 og 14.3.

Da utilregnelighetsvurderingen rettsliggjøres, vil domstolene med Høyesterett i spissen også gis et verktøy til å håndheve utilregnelighetsregelens rammer, og mulighet for å styre en eventuell regelutvikling som følge av økt kunnskap om psykiske avvikstilstander. Dette vil bidra til stor grad av rettsenhet, og være den beste garanti mot utglidinger og uensartet praksis. Utvalget anbefaler at slike spørsmål får sin avklaring basert på grundige prosedyrer i enkelt saker." (side 195 spalte 1).

2. Lagmannsrettens vurdering

- *Bevisvurdering og rettsanvendelse*

Utvalget pretenderer å ha gjort det klart hva som er "[r]ettslige spørsmål som må løses ut fra en fortolkning av utilregnelighetsregelen", og ser klargjøringen som utslag av sin "[g]runnleggende oppfatning om at psykiatere skal holde seg til psykiatri og jurister til jus."

Jeg må dessverre tilstå at det ikke innen høringsfristens utløp, heller ikke etter å ha fått den forlenget, helt har lyktes meg å få tak på det som i følge utvalget på side 193 er "poenget". Det later ikke å være bedre stilt med kollegene. Utvalgets fremstilling av grensen mellom bevisvurdering og rettsanvendelse spesielt med henblikk på medisinsk-faglige spørsmål om diagnosefastsettelse, har et teoretisk og abstrakt preg som gjør den vanskelig tilgjengelig. Savnet av konkrete eksempler til belysning av hva som menes, er påtakelig.

Selv om det er mindre fristende å løpe risikoen for offentlig å avsløre oss som tungnemme, anser jeg meg forpliktet til å si fra. Vi er viktige brukere av disse reglene. De skal forstås og håndheves også av lekdommere. I alvorlige straffesaker vil skyldspørsmålet bli avgjort av juryen. Det er min oppgave som rettens leder å gi dens medlemmer tilstrekkelig veiledning til at de kan løse oppgaven på en forsvarlig måte. I saker hvor det er usikkerhet om tilregneligheten, er det gjerne de psykiatriske sakkyndiges vurdering av tilstanden basert på sitt kliniske skjønn, usikkerheten særlig knytter seg til. Det er åpenbart et rettssikkerhetsproblem dersom de som skal avgjøre skyldspørsmålet ikke har en klar forståelse av hvilke elementer beviskravet gjelder for, når det er usikkerhet om diagnosen.

Vi har problemer med utvalgets gjentatte påpekning av at tvil om hvorvidt gjerningspersonen *medisinsk sett* var psykotisk på gjerningstiden, er en tvil av *rettslig* karakter, og at usikkerhet knyttet til psykodiagnostisering derfor må håndteres som et "[r]ettslig tolkningsspørsmål av utilregnelighetsregelen, og *ikke* som et bevisspørsmål." (side 193 spalte 2). Utvalgets begrunnelse er at det rettslige psykosebegrepet i straffeloven § 44 er knyttet direkte til de medisinske kriteriene for psykose etter diagnosesystemet, og at usikkerhet om innholdet i de

medisinske diagnostiske kriteriene da samtidig innebærer usikkerhet om innholdet i det rettslige psykosebegrepet.

Utvalget understreker også gjentatte ganger at de sakkyndige skal avholde seg fra alt som er rettsanvendelse, som er "[u]telukkende rettens domene" (side 218 spalte 1), og uttaler tillitsfullt at "[d]et er retten som kjenner lovene og skal undersøke og anvende disse." Utvalget finner dette nødvendig fordi "[d]e sakkyndige per i dag har for stor makt over spørsmål som de verken bør eller har særlige forutsetninger til å løse." (side 217 spalte 1)

Hvis man følger utvalget i at tvil om hvorvidt gjerningsmannen medisinsk sett var psykotisk på gjerningstiden, og at usikkerhet knyttet til psykosedagnostisering er rettsanvendelse, og at de sakkyndige skal avholde seg fra all form for rettsanvendelse, synes det å lede til den slutning at de sakkyndige ikke skal uttale seg om hvorvidt gjerningsmannen medisinsk sett var psykotisk på gjerningstiden eller gi uttrykk for noen vurdering av eventuell usikkerhet om innholdet i de medisinske diagnostiske kriteriene.

Dette er overraskende. Selv om dommerne skal kjenne lovene, blir de neppe bedre psykiatere av at utvalget gjør medisinsk diagnosevurderingen til rettsanvendelse.

Utvalget synes å snu saken på hodet når det fra den omstendighet at det rettslige psykosebegrepet i straffeloven § 44 er knyttet direkte til de medisinske kriteriene for psykose etter diagnosesystemet, utleder at usikkerhet om de medisinske kriteriene er rettsanvendelse. Slutningsrekken går vel den motsatte veien. Den medisinske diagnosen vil med få unntak være bestemmende for rettsanvendelsen, selv om det rettslige psykosebegrepet sies å være en modifikasjon av det medisinske. Den vesentligste modifikasjonen er at gjerningsmannen må ha en aktiv psykose på gjerningstiden, ikke bare en diagnose etter ICD-10.

Jeg er dessuten uenig i at de psykiatriske sakkyndige ikke har særlige forutsetninger for å vurdere om gjerningsmannen var psykotisk på gjerningstiden. Når man velger å basere utilregnelighetsregelen på et medisinsk prinsipp, om enn modifisert, er det en illusjon å tro at man kan trekke et skarpt skille mellom et medisinsk og et rettslig psykosebegrep. En psykiater som har satt seg inn i hva det rettslige psykosebegrepet betyr, vil være vel så godt kvalifisert til å vurdere om gjerningsmannen faktisk befant seg i den sinnstilstand på handlingstiden som utilregnelighetsregelen etterspør, som mange fagdommere og lekdommere. Diagnostisering på grunnlag av ICD-10 gir ikke en tilstrekkelig beskrivelse av omfanget av symptomene, slik at det vil være behov for et klinisk skjønn for å vurdere *hvor* psykotisk en person var på gjerningstiden.

Vurderingstemaet tilsier at man kunne være inne på tanken om å sette retten med fagkyndige meddommere for å få saken best mulig belyst, uten at jeg er kjent med at dette har vært vurdert. Straffeprosessloven § 277 første ledd gir en alminnelig adgang til å sette retten med fagkyndige meddommere i straffesaker i tingretten og § 332 første ledd siste punktum gir adgang til å sette retten med to fagkyndige og to alminnelige meddommere ved behandlingen av fullstendige ankesaker med meddomsrett i lagmannsretten. I jursaker har man ikke den muligheten,

Selv om vi ikke fremmer noe forslag om å sette retten med fagkyndige meddommere i saker hvor det er tvil om tilregneligheten, påpeker jeg at det ikke er noe prosessuelt prinsipp at personer med relevant ekspertise på et fagområde ikke skal delta direkte som dommere i

straffesaker. Også i sivile saker er det alminnelig adgang til å sette retten med fagkyndige meddommere både i tingretten og lagmannsretten, og blant annet i psykisk helsevern saker *skal* retten settes med én fagkyndig og én alminnelig meddommer i begge instanser, jf. tvisteloven § 36-4 første ledd og § 36-10 fjerde ledd.

Selv om det er utbredt enighet om at de rettspsykiatriske sakkyndige, som ikke er dommere, har fått for stor innflytelse over avgjørelsen av skyldspørsmålet i straffesaker, reiser jeg spørsmål om ikke utvalget lar pendelen svinge så langt i motsatt retning at kvaliteten på avgjørelsesprosessen blir svekket og tilregnelighetsvurderingen mindre treffsikker.

- "Psykotisk" som begrep i loven

Hovedårsaken til at utvalget får problemer med å beskrive grensen mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og mellom de sakkyndiges og rettens roller ved tilregnelighetsvurderingen, på en tilstrekkelig klar måte, er nok at utvalget vil beholde psykosebegrepet som et rettslig vilkår i lovteksten.

Man klarer ikke å etablere noe skarpt skille mellom psykiatri og jus ved å beholde det medisinske begrepet psykose som et rettslig begrep med et noe annet meningsinnhold.

Utvalget leverer selv argumenter som etter vår oppfatning taler mot å bruke psykose som rettslig vilkår for utilregnelighet:

"Angis utilregnelighetsregelens anvendelsesområde med utgangspunkt i et psykosekriterium vil regelen lett bli for snever, da det vil være tilfeller som ikke omfattes av dette begrepet, men hvor utilregnelighet og frifinnelse likevel bør bli resultatet etter en etisk, filosofisk og strafferettslig vurdering. Enkelte andre mentale avvikstilstander kan, som det fremgikk i 8.4 og 8.6.2, være vel så forstyrrende for gjerningspersonens virkelighetsforståelse og motivdannelse som psykosene.

Dette er ikke så overraskende. Den medisinskfaglige kategorisering av ulike sykdomstilstander forfølger et annet formål enn strafferettens avgrensning av hvem som mangler skyldene og bør fritas for straffansvar: Mens de kategorier som den medisinske profesjon anvender i sitt daglige virke, oppstilles og forstås i lys av et formål om å diagnostisere, foreskrive en behandling og behandle en pasients lidelser, tar strafferettens utilregnelighetsregler sikte på å bestemme hvilken grad av psykisk sunnhet og modenhet som må være til stede hos gjerningspersonen for at det fra samfunnets side skal være moralsk akseptabelt og hensiktsmessig å pålegge et strafferettslig ansvar." (side 124 spalte 1)"

"Å kun benytte kriterier som har klangbunn i medisinen for å avgjøre hvem som skal anses utilregnelige, vil medføre at avgrensningen av straffriheten i praksis i stor grad vil måtte bero på utviklingen og oppfatninger innenfor psykiatrien." (side 124 spalte 2)

"Rettens rolle blir dermed langt mer fremskutt, ved at den i hver sak må ta selvstendig stilling til om den medisinske beskrivelsen av tiltalte medfører et så sterkt avvik at han rettslig sett må anses «psykotisk». Det blir klarere at retten må anvende det rettslige begrepet «psykotisk», som vil være snevrere enn det tilsvarende medisinske begrepet. En slik regel vil ikke rammes av den innvending som er referert foran, om at det er lite hensiktsmessig å knytte straffrihet til likestilte tilstander i en regel basert på et «medisinsk prinsipp». Det juridiske skjønnet blir jo alltid sentralt og avgjørende, både ved spørsmålet om tiltalte var «psykotisk» eller i en «likestilte» tilstand på gjerningstiden." (side 127 spalte 1)

Vi finner det interessant at utvalget benytter seg av det forutsetningsvis meget snevre unntaket for likestilte tilstander for å forklare innholdet i det rettslige psykosebegrepet. Utvalget uttaler således at symptomangivelsen "[v]il få klarere frem at utilregnelighetsvurderingen innebærer stillingtagen til et verdispørsmål som ikke kan reduseres til medisinsk diagnostikk og klinisk skjønn", og fortsetter:

"I ordlyden er dette markert ved uttrykket «må likestilles med å være psykotisk», fremfor for eksempel i en tilsvarende tilstand med hensyn til sviktende funksjonsevne osv. Ordet «likestilles» er mer verdiladet, gir en mer normativ føring og dermed også klarere beskjed om at det er domstolen som må foreta en vurdering." (side 128 spalte 1)

- "*Alvorlig sinnslidelse*"

Innvendingene mot å bruke "psykose" med et tillegg for likestilte tilstander som rettslige vilkår i lovteksten, er etter vår oppfatning så tungtveiende at man bør finne en annen term for å beskrive de alvorlige psykiske avvik som begrunner straffrihet. Vi mener at "*alvorlig sinnslidelse*" utpeker seg som et godt alternativ.

Vi har ikke noe bestemt å innvende mot utvalgets redegjørelse for de tilstander som bør kunne lede til straffrihet. Å gjøre bruk av et kriterium hvor den rettslige bedømmelsen ikke "[i] noen grad er skjult bak en term som også er av medisinsk art". (side 139 første spalte), er likevel bedre egnet til å oppfylle utvalgets målsetning om å skille skarpt mellom den medisinsk-faglige og rettslige bedømmelsen. Kjernen i begrunnelsen for strafferettslig utilregnelighet er en massiv sykdom på sinnet. At symptomene må være av en viss mengde og styrke, blir markert ved at tilstanden etter rettens selvstendige vurdering av de sakkyndiges beskrivelse og diagnostisering må være "alvorlig."

"Alvorlig sinnslidelse" brukes i lovspråket også som hovedvilkår for tvangsbehandling i psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 1. Om dette kriteriet sier Aslak Syse i Norsk lovkommentar note 52:

"Noe enkelt sagt, men relativt godt dekkende, omfatter begrepet «alvorlig sinnslidelse» klare, aktive psykoser samt visse svært manifeste avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser. I tillegg innbefattes personer med en kronisk psykosesykdom, også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med antipsykotisk medikasjon."

Første setning synes å gi en relativt treffende beskrivelse av tilstander som kan medføre strafferettslig utilregnelighet. Noen full overlapping kan det ikke bli. Reglens forskjellige formål begrunner blant annet at personer med en kronisk psykosesykdom også i symptomfrie perioder vil oppfylle vilkåret for tvangsbehandling, mens de ikke vil oppfylle vilkårene for straffrihet.

- "*Utilregnelig*"

Som et grunnleggende hensyn ved reformen fremhever utvalget at

"[s]trafferettens utilregnelighetsregler (tar) sikte på å bestemme hvilken grad av psykisk sunnhet og modenhet som må være til stede hos gjerningspersonen for at det fra samfunnets side skal være moralsk akseptabelt og hensiktsmessig å pålegge et strafferettslig ansvar." (side 124 spalte 1)"

Dette normative perspektivet har fått en fremtredende plass i utvalgets vurderinger. Utvalget kommer flere steder tilbake til dette:

"Utilregnelighetens nærmere avgrensning må bero på hvem det er rettferdig og hensiktsmessig å straffe." (side 125 spalte 1)

"Avgrensningen av området for den strafferettslige utilregnelighet bør prinsipielt sett ikke bero på praktiske betraktninger om hva hensynet til samfunnsvernet krever, om hvem som bør falle innenfor eller utenfor ordninger som tar sikte på å ivareta dette hensynet, eller hva slags kriminalitet lovbrøteren har begått. Avgrensningen må tvert om bero på hvem som er så avvikende at det ikke er rimelig eller rettferdig å straffe vedkommende ut fra de alminnelige begrunnelsene for straff." (side 135 spalte 2)

Det etiske perspektivet gjennomsyrrer ikke bare utvalgets drøftelse av generelle legislative hensyn, men trekkes også inn som et tungtveiende moment ved rettens avgjørelse av spørsmålet om straffrihet i enkeltsaker:

"Det er altså rettens oppgave på selvstendig grunnlag å ta stilling til om gjerningsmannens tilstand var av en slik karakter og fremtrådte med slik symptomstyrke, at han ikke bør påføres straffansvar." (side 23 spalte 2)

"[p]sykiateren har ikke innenfor sitt fag forutsetninger for å besvare det avgjørende spørsmålet, som dyppest sett er av rettslig art: Var den tiltalte i gjerningsøyeblikket så psykisk forstyrret at han ikke bør og kan holdes ansvarlig?" (side 24 spalte 1)

"Angis utilregnelighetsregelens anvendelsesområde med utgangspunkt i et psykosekriterium vil regelen lett bli for snever, da det vil være tilfeller som ikke omfattes av dette begrepet, men hvor utilregnelighet og frifinnelse likevel bør bli resultatet etter en etisk, filosofisk og strafferettslig vurdering." (side 124 spalte 1)

"Dersom tiltalte på handlingstidspunktet fremstod som meget avvikende og symptomtynt, men ikke psykotisk i medisinsk forstand, bør altså norske domstoler, etter utvalgets oppfatning, gis mulighet til å fastslå utilregnelighet. Forutsetningen for en slik konklusjon må være at den etiske begrunnelsen som ordningen hviler på, gjør seg tilsvarende gjeldende." (side 124 spalte 2)

"Det juridiske skjønnet blir jo alltid sentralt og avgjørende, både ved spørsmålet om tiltalte var «psykotisk» eller i en «likestilt» tilstand på gjerningstiden." (side 127 spalte 1)

"Det er lovbrøterens tilstand som begrunner straffriheten. Hvorvidt han på handlingstidspunktet fremstod som så avvikende at det *ikke er rimelig, rettferdig eller formålstjenlig* å holde ham strafferettslig ansvarlig, er da det grunnleggende spørsmålet som dommeren må stille seg." (side 129 spalte 1)

 "Den særlige rollen sakkyndige har for å fremskaffe grunnlaget for anvendelse av utilregnelighetsregelen, vil gjøre det særlig viktig at fagdommeren og partene er seg bevisst at det er retten selv som på etisk og normativt grunnlag innenfor rammene av straffeloven § 44 selvstendig skal konkludere i tilregnelighetsspørsmålet - nå som tidligere." (side 138 spalte 2)

Vi er enige med utvalget i at dette etiske perspektivet, spørsmålet om hvilke psykisk avvikende gjerningspersoner som det i betraktning av formålet med straffrihetsregelen fremstår som rimelig og rettferdig å straffe, bør være styrende både for utformingen av vilkårene for straffrihet og for rettens konkrete avgjørelse.

Dette er etter vår oppfatning en prinsipielt annen måte å utforme skyldkravet på enn i gjeldende rett etter straffeloven § 44. Vi bruker skyldformene forsett og uaktsomhet for å forklare vårt poeng.

Selv om "forsett" er et rettslig begrep, beror det på en vurdering av faktiske forhold om vilkåret er oppfylt. Definisjonen av forsett i straffeloven 2005 § 22 første ledd er:

"Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud

- a) med hensikt,
- b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller
- c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet."

Hvorvidt gjerningspersonen har handlet med forsett, beror på en bevisbedømmelse med hensyn til gjerningsmannens subjektive forhold, hvor det alminnelige beviskravet i strafferetten gjelder fullt ut. Når det er klarlagt hvilket faktum som skal legges til grunn, vil rettsanvendelsen i praksis gi seg selv. Derfor gjør det ikke noe om man bruker den alminnelige talemåten bevis for forsett, selv om det strengt tatt ikke er helt presist.

Uaktsomhet er ikke bare en *lavere* skyldgrad enn forsett, men en prinsipielt annen måte å *utforme* skyldkravet på. Definisjonen av uaktsomhet i straffeloven 2005 § 23 er:

"Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse."

Avgjørelsen av spørsmålet om straffebudet er overtrådt ved uaktsomhet, beror på en konkret rettsanvendelse som ikke følger direkte av bevisvurderingen, men som alltid i tillegg forutsetter en normativ vurdering hvor spørsmålet er om gjerningspersonen kan bebreides for å ha handlet uforsvarlig.

For vurderingen av de faktiske forhold aktsomhetsvurderingen bygger på, gjelder beviskravet. Når det er beskrevet hvilke faktiske premisser avgjørelsen skal bygge på, er den konkrete aktsomhetsvurderingen ren rettsanvendelse. Retten bygger avgjørelsen på det standpunkt som har de beste grunner for seg, uten at tvilen kommer tiltalte til gode. Høyesterett kan ved anke

over rettsanvendelsen derfor overprøve den konkrete rettsanvendelsen fullt ved selv å avgjøre om gjerningspersonen basert på det saksforhold som er funnet bevist i den påankede dommen, har vært uaktsom. Det er derfor misvisende å bruke talemåten "bevis for uaktsomhet".

Etter gjeldende rett må straffeloven § 44 etter vår oppfatning tolkes slik at bevisvurderingen i realiteten er bestemmende for om skyldkravet tilregnelighet er oppfylt. Det forholder seg på samme måte som med skyldkravet forsett. Andenæs uttaler:

"Er først den medisinske psykose-diagnose på det rene, er dermed den strafferettslige utilregnelighet gitt, uten at det er nødvendig å stille spørsmålet om det er noen sammenheng mellom sykdommen og den straffbare handling." (Alminnelig strafferett, 5. utg. 2004 ved Magnus Matningsdal og Georg Frederik Rieber-Mohn side 305)

Som begrunnelse uttaler Andenæs videre på den påfølgende side:

"Ytterligere en innvending har vært anført mot å la den psykiatriske vurdering være avgjørende for straffriheten, nemlig at det i realiteten betyr å overlate avgjørelsen av et spørsmål om moralsk ansvarlighet til legene. Til dette er å si at systemet hos oss ser ut til å ha fungert tilfredsstillende, og at det for den alminnelige rettsbevissthet ikke synes vanskelig å akseptere at legens bedømmelse av tilstandens art er avgjørende for spørsmålet om straffansvar, på samme måte som den er avgjørende for spørsmålet om innleggelse og behandling i psykiatrisk sykehus etter loven om psykisk helsevern."

Samme forståelse kom til uttrykk i lovforarbeidene til straffeloven 2005:

«Psykose i strafferettslig forstand er de tilstander som psykiatrien til enhver tid regner som psykose». (Ot.prp. nr. 90 2003-2004 side 217)

Når straffeloven § 44 tolkes slik, er det ikke så farlig om man snakker om bevis for tilregnelighet, på samme måte som bevis for forsett.

Vi antar at utvalgets forslag til ny regel, når ordlyden ses i sammenheng med motivene, må tolkes slik at den innebærer en viktig endring. De forskjellige utsagnene i utredningen vi har gjengitt ovenfor, viser klart at utvalget legger til grunn at spørsmålet om straffeskyld i siste instans skal bero på en skjønnsmessig avveining fra rettens side: "Det er retten selv som på etisk og normativt grunnlag innenfor rammene av straffeloven § 44 selvstendig skal konkludere i tilregnelighetsspørsmålet...". Hvorvidt gjerningspersonen på handlingstidspunktet "[f]remstod som så avvikende at det *ikke er rimelig, rettferdig eller formålstjenlig* å holde ham strafferettslig ansvarlig, er da det grunnleggende spørsmålet som dommeren må stille seg."

Straffeloven § 44 endres med denne forståelsen til å være en avveiningsregel hvor avgjørelsen om straffrihet på grunn av utilregnelighet, i siste instans beror på en normativ vurdering fra rettens side slik som når skyldkravet er uaktsomhet.

At det er foretatt en slik prinsipielt viktig endring av skyldkravet, har utvalget ikke problematisert. Det er for fristende å replisere til utvalgets utfordring på side 60 at dette kanskje ikke har "sunket inn" blant medlemmene. Utvalget synes å forutsette at forslaget ikke innebærer en endring av de materielle vilkårene for straffrihet, men at skillet mellom rettsanvendelse og bevisvurdering blir klargjort, og at rettens mer selvstendige rolle signaliseres ved formuleringen "[d]en som retten *anser* for å ha vært psykotisk".

Vi er for vår del *enige* med utvalget at vilkårene for straffrihet på grunn av psykiske avvik bør omdannes etter disse retningslinjene, men at dette bør gjøres eksplisitt og derfor komme klarere frem i lovteksten.

Utvalget belyser spørsmålet om hvordan grensen for straffansvar bør trekkes ved hjelp av verdiladede eller vurderingspregede termer som "rimelig", "rettferdig", formålstjenlig", "hensiktsmessig", "etisk", "normativt" og "filosofisk". Utvalget fremhever også at det juridiske skjønnet blir sentralt og avgjørende og stiller gjentatte ganger spørsmål om gjerningspersonen "bør" holdes ansvarlig.

Etter vår oppfatning tilsier rettssikkerhetshensyn at man ved beskrivelsen av hvor grensene for straffeskyld går, bør være forsiktige med å legge vekt på hva som fremstår som hensiktsmessig eller formålstjenlig i den enkelte sak. Etter vår oppfatning bør det sentrale kriteriet være om det i betraktning av det psykiske avvikets karakter og styrke fremstår som rettferdig og etisk forsvarlig å holde gjerningspersonen strafferettslig ansvarlig for lovbruddet.

I utvalgets forslag til lovt tekst er den normative vurderingen fra rettens side kamuflert som et element i det rettslige psykosebegrepet. "Psykose" er imidlertid helt uegnet som kriterium for en slik avveining. Dette er et ytterligere argument mot å benytte dette begrepet i loven.

Vi foreslår å benytte "utilregnelig" som begrep i lovt teksten. Ordet står frem som en svært naturlig kandidat. Det er en rent juridisk term på samme måte som "uaktsom", og er et uttrykk for at gjerningspersonen etter en samlet vurdering mangler skyldevne. Man kan om ønskelig fremheve de mest sentrale momenter ved avveiningen i lovt teksten, eller man kan overlate til motivene og en videre utvikling i rettspraksis å gi nærmere retningslinjer for relevansen og vekten av ulike momenter ved tilregnelighetsvurderingen.

En avveiningsregel utformet etter disse retningslinjene vil ivareta hensynet til "rettsenhet" som utvalget drøfter i punkt 10.4.4:

"Da utilregnelighetsvurderingen rettsliggjøres, vil domstolene med Høyesterett i spissen også gis et verktøy til å håndheve utilregnelighetsregelens rammer, og mulighet for å styre en eventuell regelutvikling som følge av økt kunnskap om psykiske avvikstilstander. Dette vil bidra til stor grad av rettsenhet, og være den beste garanti mot utglidinger og uensartet praksis. Utvalget anbefaler at slike spørsmål får sin avklaring basert på grundige prosedyrer i enkeltsaker." (side 195 spalte 1)

Etter vårt forslag til lovregel vil avgjørelsen om hvorvidt gjerningspersonen var tilregnelig eller utilregnelig, den konkrete anvendelse av "tilregnelighetsnormen", være rettsanvendelse som Høyesterett kan prøve fullt ut på grunnlag av de faktiske premissene i den påankede dommen.

Alvorlig sinnslidelse og utilregnelighet vil være kumulative vilkår for frifinnelse.

- Alternativt lovforslag

Synspunktene ovenfor munner ut i følgende forslag til formulering:

Den som retten anser for å ha vært utilregnelig på grunn av en alvorlig sinnslidelse, kan ikke straffes.

Vi har ikke beskjeftiget oss nevneverdig med spørsmålene om straffansvar ved alvorlige bevissthetsforstyrrelser eller psykisk utviklingshemming. Med dette forbehold kan det gis en samlet regel om straffrihet ved psykiske avvik i straffeloven § 44 med denne ordlyd:

Den som retten anser for å ha vært utilregnelig på grunn av
a) en alvorlig sinnslidelse eller bevissthetsforstyrrelse, eller
b) psykisk utviklingshemming i høy grad eller tilsvarende svekkelse
kan ikke straffes.

I straffeloven 2005 må det i tilfelle gjennomføres en tilsvarende endring i § 20 som nå har overskriften "tilregnelighet". Bestemmelsen har imidlertid en noe annen utforming enn straffeloven § 44, idet den også omfatter straffrihet på grunn av gjerningsmannens alder.

Vi benytter anledningen til å bemerke at det etter vår oppfatning ikke er noen vellykket løsning i loven å betegne personer som ikke kan straffes fordi de var under den kriminelle lavalder, som utilregnelige. Det blir enda mindre treffende når utilregnelighet gjøres til et skyldkrav av normativ karakter. Paragraf 20 kan alternativt gis overskriften "personlige forutsetninger for straffansvar" og første og annet ledd kan lyde;

Den som på handlingstidspunktet var under 15 år, kan ikke straffes.

Det samme gjelder den som retten anser for å ha vært utilregnelig på grunn av
a) en alvorlig sinnslidelse eller bevissthetsforstyrrelse, eller
b) psykisk utviklingshemming i høy grad eller tilsvarende svekkelse.

I neste omgang blir det spørsmål om hvordan man bør utforme en bestemmelse om selvforskyldt utilregnelighet. Det kommer jeg tilbake til nedenfor.

- Beviskrav

Vi har hittil ikke beskjeftiget oss spesielt med spørsmålet om beviskravet ved vurderingen av tilregnelighet. Det skyldes at vi først har funnet det ønskelig å avklare hvilke elementer ved vurderingen som vil være rettsanvendelse i vårt forslag til regelformulering.

Vi er kjent med høringsuttalelsen til Borgarting lagmannsrett og kan på vesentlige punkter slutte oss til mye av den argumentasjonen lagmannsretten på side 3–8 gir for at det ikke bør gjelde et skjerpet beviskrav ved avgjørelsen av spørsmålet om tilregnelighet. Ved vårt forslag blir imidlertid de reelle hensyn Borgarting lagmannsrett fremhever, i hovedsak ivaretatt ved at konklusjonen blir en del av rettsanvendelsen.

Konsekvensen av vårt forslag er at subsumsjonen, den konkrete vurderingen av spørsmålet om tilregnelighet i den enkelte sak, vil være rettsanvendelse hvor retten innenfor rammen av det faktum som er beskrevet, treffer den avgjørelse som har de beste grunner for seg. Også den konkrete vurderingen av spørsmålet om gjerningspersonen har en "alvorlig sinnslidelse", vil være rettsanvendelse.

Til bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet vil det høre å beskrive arten og styrken av gjerningsmannens symptomer og foreta en diagnostisering etter medisinsk-faglige kriterier.

- Avslutning

Utvalget har redegjort for ulike prinsipper for utformingen av regler om straffrihet på grunn av psykiske avvik og sondret mellom medisinske og blandede prinsipper. Utvalget betegner selv sitt forslag som uttrykk for et modifisert medisinsk prinsipp.

Slike etiketter kan være et hjelpemiddel ved en grovkornet sammenligning mellom ulike måter å løse problemet med straffansvaret for psykisk avvikende lovbrøtere på, men gir ikke noe bidrag til den konkrete utformingen av en lovregel. Hvilken merkelapp noen måtte ønske å sette på vårt forslag, stiller vi oss likegyldige til. Vi ber om at forslaget blir bedømt etter sitt eget innhold.

Vi antar at vårt forslag i hovedsak svarer til det vi oppfatter som intensjonen i utvalgets lovforslag. Men en avveiningsregel som ikke gjør bruk av fagmedisinske uttrykk, er bedre egnet til å skille mellom bevisbedømmelse og rettsanvendelse ved tilregnelighetsvurderingen, tydeliggjøre de sakkyndiges oppgaver og fremheve rettens selvstendige rolle. I så fall skjønnte vi kanskje poenget allikevel, men om det er noe godt poeng, blir det opp til lovgiveren å vurdere.

Kapittel 9 Selvforskyldt utilregnelighet

Lovteksten

Utkastet til ny bestemmelse i straffeloven § 45 på side 374 lyder:

"Den som selvforskyldt har satt seg i en tilstand som nevnt i § 44 første ledd, kan straffes. Slike tilstander som er en følge av selvforskyldt rus, utelukker ikke straff.

Det som er kursivert, er endringer av nåværende § 45.

Utkastet til straffeloven 2005 § 20 annet ledd har en tilsvarende formulering.

Som en rent teknisk detalj bemerker jeg at utkastet til lovvedtak for straffeloven § 45 har en unødvendig tilføyelse av setningen "[n]åværende § 45 første punktum blir andre punktum." Den nåværende § 45 bare har ett punktum, og det må være meningen at bestemmelsen om bevisstløshet som følge av selvforskyldt rus, skal erstattes av utkastets annet punktum.

Anvendelsesområdet

Jeg har erfart at selv godt kvalifiserte strafferettsjurister i sitt første møte med utkastet til § 45 har hatt problemer med å få tak på hva som er den selvstendige betydningen av annet punktum. Jeg oppfatter utkastet slik:

Paragraf 45 inneholder to unntak fra hovedregelen om straffrihet på grunn av utilregnelighet i § 44 første ledd. Unntakene har som felles vilkår at utilregneligheten er en følge av gjerningspersonens egen adferd.

Første punktum er hovedregelen og kommer til anvendelse i alle tilfeller hvor utilregneligheten er "selvforskyldt". Med dette menes at "[g]jerningspersonen på en eller annen måte kan klandres for at den alvorlige psykiske avvikstilstanden oppstod." (side 168 spalte 2). Gjerningspersonen burde ha skjønnet at handlingen ville medføre en utilregnelighetstilstand, for eksempel ved å slutte å ta antipsykotiske medikamenter eller ved å ruse seg.

Hvis gjerningspersonen selvforskyldt har blitt utilregnelig ved å innta rusmidler, vil anvendelsesområdet for første og annet punktum overlappe. Forutsatt at rettsvirkningene er de samme, noe jeg kommer tilbake til nedenfor, vil *annet punktum* derfor bare ha selvstendig betydning når tilstanden *ikke* er selvforskyldt, men er forårsaket av en *rus* som er selvforskyldt.

Kort sagt etablerer § 45 unntak for utilregnelighet som enten er selvforskyldt, eller som uforskyldt er forårsaket av selvforskyldt rus.

Spørsmålet er så hvilke *rettsvirkninger* reglene gir anvisning på.

- Rettsvirkningene i § 45 første og annet punktum

I utkastet til § 45 er rettsvirkningene formulert ulikt i første og annet punktum. Selvforskyldt utilregnelighet etter første punktum medfører at gjerningspersonen "kan straffes". Utilregnelighet som følge av selvforskyldt rus etter annet punktum "utelukker ikke straff".

Det er nærliggende å anta at bruken av ulike formuleringer i en lovtekst for å uttrykke noe som tilsynelatende betyr det samme, har en begrunnelse. Jeg har imidlertid ikke funnet noen forklaring i utredningen. Om det er mer enn en rent språklig forskjell mellom rettsvirkningene i første og annet punktum, er derfor noe usikkert.

- Nærmere om § 45 første punktum, "kan straffes"

Utvalget drøfter regelens utforming i punkt 9.5.4.6.3 på side 174 og uttaler innledningsvis:

"Utvalget går inn for et straffansvar for selvforskyldt utilregnelighet formulert som et unntak fra regelen om straffrihet for den uforskyldte utilregnelighet. Ansvarer skal ramme den som selvforskyldt har fremkalt bevisstløshet, en psykotisk eller lignende tilstand og i tilstanden begått et lovbrudd.

Spørsmålet er hvordan regelen nærmere bør utformes. Én mulighet er å la utgangspunktet være et straffansvar for selvforskyldte utilregnelighetstilstander, men med straffrihet i særlige tilfelle. En annen mulighet er å utforme regelen slik at utgangspunktet også her er straffrihet, men med adgang til å pålegge ansvar."

Utvalget mener at bestemmelsen bør utformes som en "fakultativ straffileggelsesregel" (side 174 spalte 1 og side 376 spalte 2). Sett i sammenheng med ordlydens formulering "kan straffes", gir det meg assosiasjoner i retning av alternativ 2 i sitatet ovenfor, men det er nok ikke riktig:

"Utvalget mener det sentrale er å markere klart og tydelig at noen typer risikoadferd ikke aksepteres og «kan straffes». Regelen slår derfor fast at utgangspunktet er et strafferettslig ansvar for selvforskyldt utilregnelighet." (side 174 spalte 1)

Det fremgår at adgangen til å frita gjerningspersonen for straff, skal være snever. Intensjonen er at straffritaket

"[i] første rekke skal gjelde de overtredelser som ikke anses rettsstridige, som altså ikke er utilbørlige etter en sosialetisk vurdering, og som derfor faller utenfor de straffverdige farefremkallelser som bør rammes."
(side 174 spalte 2)

Jeg legger etter dette til grunn at utvalget i § 45 første punktum har ment å gi en hovedregel om straffansvar ved selvforskyldt utilregnelighet med en fakultativ adgang til å frita gjerningspersonen for straff under spesielle omstendigheter. Gjerningspersonen "kan" straffes, men må det ikke.

Jeg synes ikke ordlyden på noen klar måte formidler den regel utvalget har ment å gi. Uten å ha studert forarbeidene, ville jeg gått ut fra at § 45 første punktum, som dagens § 45, betyr at § 44 første ledd ikke kommer til anvendelse når utilregneligheten er selvforskyldt. Da er tiltalte skyldig og skal straffes. Det er i konteksten ikke naturlig å oppfatte det modale hjelpeverb "kan" som et uttrykk for at retten har en fakultativ adgang til å straffe. Det ville vært en svært uvanlig måte å formulere seg på i en lovt tekst å si at "den som selvforskyldt har satt seg i en tilstand som nevnt i § 44 første ledd *skal* straffes".

Jeg stiller også spørsmål ved behovet for en fakultativ adgang til straffritak i de tilfellene utvalget tar sikte på. Utilregneligheten vil ikke bli ansett for å være "selvforskyldt" hvis adferden etter en sosialetisk vurdering ikke er utilbørlig. Det er som nevnt ovenfor et vilkår at gjerningspersonen kan klandres. Jeg minner om definisjonen av uaktsomhet i straffeloven 2005 § 23 første ledd, som anses som et korrekt uttrykk også for gjeldende rett:

"Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.

At utilregneligheten er "selvforskyldt", forutsetter at den er uaktsomt fremkalt, og at gjerningspersonen derfor kan bebreides for å ha handlet i strid med de krav som må stilles til forsvarlig opptreden. Det er ikke behov for rettsstridsforbehold når skyldkravet er uaktsomhet.

- Nærmere om § 45 annet punktum – "utelukker ikke straff"

At utilregnelighet som følge av selvforskyldt rus ikke utelukker straff, er en formulering som er videreført fra gjeldende § 45. Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus, "utelukker ikke straff". Innføringen av en ny alminnelig bestemmelse om selvforskyldt utilregnelighet i første punktum, etterlater imidlertid lite til annet punktum.

Utvalget går inn for en viss utvidelse av adgangen til frifinnelse. Begrunnelsen er at dagens regel kan føre til urimelige resultater i enkelte tilfeller:

"Derfor bør også den gjeldende § 45 i fremtiden åpne for noe større handlefrihet, i tråd med den bedømmelse som vil kunne medføre ansvarsfrihet etter bestemmelsen i nytt første punktum, se 9.5.4.5 om den såkalte «rettsstridsreservasjonen». Ordlyden i den gjeldende § 45 er heller ikke til hinder for dette, jf. uttrykket «utelukker ikke straff». At straff ikke er utelukket, innebærer ikke at det med nødvendighet må idømmes." (side 377 spalte 1)

Jeg oppfatter utvalget dithen at annet punktum, på samme måte som første punktum, er ment å gi uttrykk for en hovedregel om straffansvar ved utilregnelighet som følge av selvforskyldt rus,

men med en fakultativ adgang til å frita gjerningsmannen for straff i spesielle unntakstilfeller som utvalget belyser ved å vise til rettsstridsreservasjonen.

Jeg har ikke funnet holdepunkter i utredningen for at formuleringen "utelukker ikke straff" i § 45 annet punktum har noe annet meningsinnhold enn formuleringen "kan straffes" i første punktum. I så fall er det svært uheldig at utvalget har gitt utkastet en utforming som skaper unødvendig uklarhet.

Risikoen for misforståelser blir ytterligere forsterket ved at utvalget viderefører kriteriet "utelukker ikke straff" i gjeldende § 45 med et endret meningsinnhold. Uansett hva ordlyden isolert sett kan gi åpning for rent språklig, er straffeloven § 45 etter gjeldende rett *ikke* en regel som gir retten en fakultativ adgang til å frita gjerningspersonen for straff. Det er derfor en prinsipielt viktig endring utvalget her foreslår, men utvalget kunne dessverre knapt nok kamuflert endringen bedre.

Er det behov for § 45 annet punktum?

Utvalget gir en sterk og prinsipiell begrunnelse for at dagens ansvar for rushandlinger i straffeloven § 45 favner for vidt:

"Et slikt straffansvar lar seg ikke forene med straffens begrunnelser, verken gjengjeldelses- eller prevensjonsbegrunnelsene. Man kan vanligvis ikke klandre en person som i godt selskap har drukket noen glass rødvin til maten eller noen halvliter med øl på et julebord. Å la vedkommende rammes av straff for en alvorlig forbrytelse begått i en utilregnelighetstilstand som skyldes en for ham helt fremmed og ukjent reaksjon på et moderat og akseptabelt inntak av alkohol, er urimelig. Selv uten straffen er denne personen havnet i en ulykkelig situasjon, som antagelig vil prege ham resten av livet. Heller ikke preventive grunner tilsier at samfunnet bør pålegge ansvar for handlinger som vedkommende ikke kan klandres for.

For å unngå et for vidtfavnende og lite treffsikkert straffansvar, bør det avgjørende være om selve utilregnelighetstilstanden er selvforskyldt, ikke om rustilstanden er det." (side 162)

Personen i eksempelet ville jeg ikke dømt. Vilkåret om selvforskyldt rus forutsetter at vedkommende kan bebreides for å ha handlet i strid med alminnelige krav til forsvarlig opptreden i sin omgang med rusmidler. Hvis personen reagerer helt atypisk på et moderat og akseptabelt inntak av alkohol, vil rusen bli ansett for å være uforskyldt. Det er heller ikke i en bestemmelse om selvforskyldt rus behov for et unntak for personer som ikke er noe å bebreide.

Det er overraskende at utvalget til tross for sine prinsipielle motforestillinger foreslår straffeloven § 45 videreført med den begrunnelse at "[d]et samlet sett er noe usikkert hvilke virkninger regelen om selvforskyldt utilregnelighet vil få," og at "[d]et vil være uheldig dersom bevismessige forhold fører til at regelen ikke blir effektiv i rustilfellene." (side 173).

Utvalgets ambivalente holdning kommer til uttrykk på side 377 spalte 1:

"Videreføringen av den gjeldende § 45, med den reservasjon som nettopp er nevnt, vil gi domstolene mulighet til å prøve den nye generelle regelen i første punktum i praksis, samtidig som man ikke risikerer at området for straffrihet blir for vidt som følge av vanskelige bevisspørsmål. Utvalgets klare oppfordring til samtlige aktører innenfor strafferettspleien er imidlertid å la alle spørsmål om selvforskyldt utilregnelighet, også der tilstanden er rusfremkalt, bli behandlet etter den nye regelen i første punktum, slik at den gjeldende § 45 etter hvert kan fases ut og til slutt oppheves. Dette vil også kunne bringe den norske rettstilstand på dette området nærmere andre lands regulering av rusansvaret."

Det er ikke vanlig at lovutvalg foreslår å gi en regel som utvalget fraråder alle å bruke i håp om at den etter hvert kan fases ut og til slutt oppheves.

Det er lettere for lovgiveren å avstå fra å gi regler man misliker, enn for domstolene å avstå fra å anvende dem. Et mer konsekvent uttrykk for utvalgets syn ville derfor vært å foreslå regelen opphevet. Om konsekvensene viser seg å bli uakseptable, er det ikke noe til hinder for å innføre regelen igjen.

Jeg finner utvalgets argumentasjon mot et straffansvar for uforskyldt utilregnelighet som følge av selvforskyldt rus overbevisende. Som sagt ovenfor, reduseres betydningen av dagens unntak sterkt som følge av innføringen av den alminnelige regelen i første punktum. De bevismessige hensyn utvalget nevner, kan etter min oppfatning klart ikke oppveie de prinsipielle innvendingene mot et så vidtrekkende straffansvar for rushandlinger. Jeg oppfordrer derfor lovgiveren til å ta mot til seg og oppheve bestemmelsen først som sist.

Det er dessuten en stor fordel å unngå de tolkningsproblemer utvalgets utkast til § 45 første og annet punktum gir opphav til. Om man velger å beholde § 45 annet punktum, bør i det minste paragrafen omformuleres for å unngå misforståelser.

- Skyldspørsmålet eller straffespørsmålet?

Avgjørelsen etter straffeloven § 45 om betydningen av selvforskyldt rus, hører prosessuelt til *skyldspørsmålet*.

Utvalget foreslår at avgjørelsen om straffritak etter den nye fakultative regelen i § 45 og straffeloven § 20 annet ledd derimot skal høre til straffespørsmålet, se blant annet side 376 annet spalte.

Det er en svært viktig endring. Om et tema hører til skyldspørsmålet eller straffespørsmålet, har en rekke prosessuelle konsekvenser. Utvalgets begrunnelse er:

"En straffeprosessuell virkning av å legge denne vurderingen til straffespørsmålet, og ikke til skyldspørsmålet, er at avgjørelsen blir grunnlagt fullt ut i alle saker for lagmannsretten, og at Høyesterett kan prøve spørsmålet fullt ut etter anke og således få en viktig rettsavklarende rolle i dette nye og utfordrende rettslige terrenget." (side 174 spalte 2)

Jeg er redd for at terrenget fort blir svært utfordrende når avgjørelsen etter § 44 hører til skyldspørsmålet og avgjørelsen etter § 45 til straffespørsmålet. Man kommer ikke frem til straffespørsmålet uten at skyldspørsmålet besvares med ja. Det forutsetter at gjerningspersonen er *tilregnelig*. Paragraf 45 kommer imidlertid bare til anvendelse når gjerningspersonen er *utilregnelig*.

Man kunne alternativt tenke seg den mellomløsning at det hører til skyldspørsmålet å avgjøre om utilregneligheten er selvforskyldt, men at det hører til straffespørsmålet å avgjøre hvilken virkning det skal få. Imidlertid vil det ikke være mulig å avgjøre om et ja-svar fra lagretten er begrunnet med at gjerningspersonen er tilregnelig eller med at han er selvforskyldt utilregnelig.

Retten kan ikke ved avgjørelsen av straffespørsmålet ta noe standpunkt til bevisvurderingen under skyldspørsmålet. Jeg ser derfor heller ikke da noe rom for å anvende regelen.

Det er heller ikke noen farbar vei å velge utvalgets alternativ 2 om fakultativ adgang til å pålegge straffansvar når utgangspunktet er straffrihet. Skyldspørsmålet vil da måtte besvares med nei, selv om utilregneligheten er selvforskyldt. Da ender saken uten at retten får anledning til å ilegge tiltalte noen fakultativ straff. I jursaker vet man jo heller ikke hva et nei-svar er begrunnet med,

- Forslag til løsning

Det må fortsatt høre til skyldspørsmålet å anvende et unntak for selvforskyldt utilregnelighet. En fakultativ adgang til å ilegge gjerningspersonen straff eller frita ham for dette, lar seg imidlertid ikke så lett forene med at avgjørelsen skal treffes under skyldspørsmålet.

Man kan imidlertid realisere intensjonen med utvalgets forslag ved å velge en annen modell. Spørsmålet om et det psykiske avviket er selvforskyldt, og hvilken virkning det i så fall skal ha, kan trekkes inn som en integrert del av tilregnelighetsvurderingen.

Når vilkårene for straffrihet på grunn av alvorlige psykiske avvik rettsliggjøres og verdilades i samsvar med utvalgets prinsipielle syn, men ved bruk av et normativt utilregnelighetskriterium i samsvar med vårt lovforslag, lar dette seg enklere og mer naturlig gjennomføre enn når man som utvalget bare bygger på et psykosekriterium. Utvalget uttaler treffende at "[u]tilregnelighetens nærmere avgrensning må bero på hvem det er rettfærdig og hensiktsmessig å straffe." (side 125 spalte 1). Årsaken til tilstanden er et relevant moment ved vurderingen av gjerningspersonens skylddevne.

I hvilken grad avviket er selvforskyldt, bør veie tungt ved avgjørelsen av skyldspørsmålet og eksplisitt komme til uttrykk i loven.

Avslutning - samlet lovutkast:

At betydningen av at avviket er selvforskyldt, uttrykkelig tas inn i lovteksten, gjør det med den modell som foreslås naturlig også å innta i lovteksten andre særlig tungtveiende momenter.

De viktigste momentene ved tilregnelighetsvurderingen for øvrig vil som utvalget også legger til grunn, være tilstandens virkninger; symptomenes karakter og tyngde på handlingstiden. I utkastet til § 44 nevnes "[s]viktende funksjonsevne, forstyrret tenkning og for øvrig manglende evne til å forstå sitt forhold til omverdenen." Dette er sentrale momenter. Jeg foretrekker likevel en noe enklere og dermed mer åpen formulering som klarere får frem at det ikke dreier seg om en uttømmende oppregning. Mine forslag er "virkelighetsforståelse og adferdskontroll".

Jeg har vanskelig for å se noen god grunn til at ikke disse momentene også skal være relevante ved vurderingen av hvilken betydning det har at vedkommende er psykisk utviklingshemmet i høy grad eller tilsvarende svekket, spesielt ikke etter utvidelsen av dette alternativet til å omfatte personer som er tilsvarende svekket. Spesielt med sikte på disse personene kan man vurdere å

tilføye "sviktende funksjonsevne", men jeg synes ikke det tilfører noe av betydning i tillegg som ikke er tilstrekkelig dekket av de øvrige alternativene.

Når det angis hvilke momenter det særlig skal legges vekt på, blir det gjort tydelig at oppregningen ikke er uttømmende. Det avgjørende blir en konkret helhetsvurdering.

Ved å frikobles fra et medisinsk prinsipp hvor diagnoser benyttes som kriterium i lovteksten, har bestemmelsen fått en utforming som ikke er til hinder for at man kan legge vekt på tilstandens antatte betydning for handlingen. Det er imidlertid et omstridt rettspolitisk og fagmedisinsk spørsmål om man bør trekke inn et slikt moment ved tilregnelighetsvurderingen. Også i lagmannsretten kan det nok være ulike oppfatninger om dette. På vegne av lagmannsretten uttrykker jeg ikke noe bestemt standpunkt til dette spørsmålet, og ønsker ikke at uttalelsen skal kunne tas til inntekt for det ene eller annet prinsipp. Det er derfor tilsiktet å gi utkastet til lovtekst en nøytral utforming.

Høringsuttalelsen munner ut i følgende alternative utkast til regler om utilregnelighet: Uten å ha drøftet problemstillingen særskilt, formulerer jeg også et forslag til endret formulering av bestemmelsen om adgang til å nedsette straffen i § 56 som må tilpasses endringen i § 44 og opphevelsen av § 45.

Straffeloven 1902:

§ 44 skal lyde:

Den som retten anser for å ha vært utilregnelig på handlingstiden grunn av

- a) en alvorlig sinnslidelse eller bevissthetsforstyrrelse, eller*
- b) psykisk utviklingshemming i høy grad eller tilsvarende svekkelse, kan ikke straffes.*

Ved avgjørelsen skal det særlig legges vekt på tilstandens betydning for

- a) virkelighetsforståelse, adferdskontroll og funksjonsevne, og*
- b) i hvilken grad tilstanden er selvforskyldt.*

§ 45 oppheves.

§ 56 bokstav c skal lyde:

Retten kan sette ned straffen under det lavmål som er bestemt for handlingen, og til en mildere straffart:

- a) ...
- b) ...
- c) når lovbryteren på handlingstiden var i en alvorlig psykisk avvikstilstand som ikke er omfattet av § 44

Straffeloven § 56 bokstav d oppheves.

Straffeloven 2005

§ 20

Overskriften endres til *personlige vilkår for straff*

Bestemmelsen skal lyde:

Den som på handlingstidspunktet var under 15 år, kan ikke straffes.

Det samme gjelder den som retten anser for å ha vært utilregnelig på grunn av

a) en alvorlig sinnslidelse eller bevissthetsforstyrrelse, eller

b) psykisk utviklingshemming i høy grad eller tilsvarende svekkelse.

Ved avgjørelsen etter annet ledd skal det særlig legges vekt på tilstandens betydning for

a) virkelighetsforståelse, adferdskontroll og funksjonsevne, og

b) i hvilken grad tilstanden er selvforskyldt.

Med vennlig hilsen

Dag Bugge Nordén
førstelagmann