

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Psykotisk i gjerningsøyeblikket

Beviskravet for den psykotiske tilstand etter straffeloven § 44

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17844



## INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1 Innledning</b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 Problemstilling</b> .....	<b>1</b>
1.1.1 Hvorfor er problemstillingen interessant? .....	2
1.1.2 Problemstillingens aktualitet .....	3
1.1.3 Formålet med oppgaven .....	4
<b>1.2 Oppgavens oppbygging</b> .....	<b>4</b>
1.2.1 Metode .....	4
1.2.2 Avgrensninger .....	5
1.2.3 Rettskilder .....	5
<b>2 Introduksjon til tema</b> .....	<b>6</b>
<b>2.1 Straffens historie og bakgrunn</b> .....	<b>6</b>
2.1.1 Hvorfor straffer vi? .....	6
2.1.2 Hvorfor fritar vi for straff? .....	10
<b>3 Vilkårene for å straffe</b> .....	<b>16</b>
3.1.1 Kravet til lovhjemmel .....	17
3.1.2 Skyld .....	18
3.1.3 Straffrihetsgrunner .....	18
3.1.4 Tilregnelighet .....	18
<b>4 Bevis</b> .....	<b>23</b>
<b>4.1 Beviskravsregler</b> .....	<b>23</b>
4.1.1 Fra legale bevisregler til fri bevisbedømmelse .....	24
<b>4.2 Beviskravslære</b> .....	<b>27</b>
4.2.2 Bør bevisbedømmelsen skje etter konkrete metoder? .....	29
<b>4.3 Det generelle beviskravet i strafferetten</b> .....	<b>30</b>
4.3.1 Hensyn bak beviskravet .....	30
4.3.2 Hjemmel .....	32
4.3.3 Hva menes med "rimelig tvil"? .....	32
4.3.4 Angivelser av beviskravet i prosent .....	34

4.3.5	Forholdet til Den europeiske menneskerettighetserklæring.....	35
4.3.6	Gjelder det samme beviskravet for alle bevistemaene i en straffesak? .....	36
<b>5</b>	<b>Beviskravet ved tilregnelighetsvurderingen: De lege lata .....</b>	<b>36</b>
<b>5.1</b>	<b>Lover.....</b>	<b>36</b>
<b>5.2</b>	<b>Rettspraksis og forarbeider .....</b>	<b>36</b>
<b>5.3</b>	<b>Komparativt perspektiv.....</b>	<b>39</b>
5.3.1	Rettstilstanden i Danmark.....	39
5.3.2	Rettstilstanden i Sverige.....	40
<b>5.4</b>	<b>Konklusjon dagens rettstilstand.....</b>	<b>41</b>
<b>6</b>	<b>Beviskravet ved tilregnelighetsvurderingen: De lege ferenda .....</b>	<b>43</b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>43</b>
6.1.1	Betydningen av at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.....	43
6.1.2	Betydningen av tiltaltes eget ønske.....	49
6.1.3	Beviskravet i forhold til det materielle sannhetsprinsipp .....	52
6.1.4	Bør et bestemt beviskrav lovfestes?.....	57
6.1.5	Hvilket beviskrav bør stilles? .....	58
<b>7</b>	<b>Avsluttende merknader.....</b>	<b>59</b>
<b>8</b>	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>61</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

”For, what is the point at issue in penal law? To decide whether a certain fact (...) be proved or not; and consequently whether the accused should be subjected to the obligation of suffering the legal punishment of that fact. Thus, the art of procedure is in reality nothing but the art of administering evidence”.<sup>1</sup>

Jeremy Bentham, 1825

Så lenge det har eksistert lover, har det også eksistert mennesker som ikke holder seg innenfor disse gitte lovene. Menneskene har derfor i lang tid vært opptatt av spørsmål om ansvar, fri vilje, valg og straff.<sup>2</sup> Fri vilje og straff er i norsk strafferett, og i de fleste lands straffesystemer, nært knyttet sammen. Vi ønsker å straffe de som ser konsekvensene av sine handlinger, men som likevel velger å handle i strid med de gitte lover. Etter gjeldende rett finnes det noen mennesker som har en så avvikende sinnstilstand at de ikke evner å vurdere omgivelsene på en realistisk måte, og derfor må fritas for straff. På grunn av dette kravet til en ”normal” sinnstilstand for å ilegge straff, oppstår spørsmålet om hvilken grad av overbevisning dommeren må inneha for å kunne straffe tiltalte. Hovedspørsmålet i denne oppgaven, er hvor sterke bevis som kreves for å konstatere tilregnelighet.

Videre vil oppgaven fokusere på betydningen av prinsippet *in dubio pro reo*<sup>3</sup> i forhold til tilregnelighetsvurderingen. Det vil bli gjort rede for prinsippet om at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, og hvilken betydning dette prinsippet har dersom det foreligger tvil omkring tiltaltes tilregnelighet. Dersom all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, skal denne tvilen føre til en utilregnelighetserklæring eller en tilregnelighetserklæring? Det vil også bli redegjort for det materielle sannhetsprinsipp og dette prinsippets betydning ved tilregnelighetsvurderingen.

---

<sup>1</sup> Bentham (1825) s. 2.

<sup>2</sup> Syse (2006) s. 149.

<sup>3</sup> Latin: ved tvil til fordel for anklagede. Se Strandbakken (2003) s. 27.

### 1.1.1 Hvorfor er problemstillingen interessant?

Som jeg skal komme tilbake til, ligger det moralske hensyn bak tanken om straffrihet. De strafferettslig utilregnelige er gjerningspersoner som av forskjellige årsaker mangler evnen til skyld, og de moralske hensyn som gjør seg gjeldende gjør det viktig å sikre at deres rettssikkerhet ivaretas, slik at det ikke begås feil i prosessen. Utvist skyld er et av straffbarhetsvilkårene i norsk strafferett, og rettsapparatet har derfor en plikt til å påse at mennesker uten evne til å utvise skyld faktisk ikke straffes. Det er også blant annet her hensynet bak et strengt beviskrav kommer inn. Jo strengere beviskrav som oppstilles, jo mer sikker kan en være på at utilregnelige lovovertridere ikke dømmes til fengselsstraff.

Spørsmålet om hvilke beviskrav som skal stilles til denne vurderingen, er et spørsmål som i liten grad har vært debattert i norsk rett. Det kan virke som om det gjennomgående har blitt lagt til grunn at tiltalte ved tvil må erklæres utilregnelig. Dette skyldes tanker om at straff er et onde, mens behandling er et gode.<sup>4</sup> For å unngå at dette onde påføres utilregnelige lovovertridere, er det tilregneligheten som må godtgjøres.<sup>5</sup> Dette utgangspunktet er interessant, fordi det er en slutning basert på premisser som ikke nødvendigvis kan legges til grunn uten nærmere vurdering. Det kan problematiseres hva som faktisk er det beste for tiltalte, og derav også hvilket beviskrav som må stilles for å sikre at tvilen kommer tiltalte ”til gode”. Dersom det skulle vise seg at utgangspunktet om at straff er et onde og behandling et gode ikke skulle stemme, forsvinner også muligens hensynet bak det strenge beviskravet. Denne oppgaven vil ta for seg dette tema.

Kan hende som en konsekvens av at beviskravet i liten grad har vært problematisert, har heller ikke forholdet til det materielle sannhetsprinsipp blitt vurdert i noen særlig grad. Jo større sikkerhet som kreves for tilregnelighet, jo mer øker også sjansen for at den materielle sannhet ikke kommer frem. Dette fordi det da vil oppstå tilfeller hvor dommeren med

---

<sup>4</sup> Hauge (1996) s. 15: Dette kan tolkes ut i fra definisjonen av ”straff”, som gir uttrykk for at ”straff et onde som påføres den som har begått en lovovertrjedelse, fordi han eller hun skal oppleve det som et onde”. Utilregnelige lovovertridere kan ikke straffes, og behandling er således ikke ”straff”.

<sup>5</sup> Strandbakken (2003) s. 403.

sannsynlighetsovervekt anser tiltalte som tilregnelig, men fordi det kreves en større overbevisning enn sannsynlighetsovervekt, må erklære han utilregnelig. Dette er temaer som vil bli vurdert nærmere i denne oppgaven.

### 1.1.2 Problemstillingens aktualitet

På tross av at tilregnelighetsbegrepet har vært vurdert og debattert så lenge det har vært aktuelt med straffritak for utilregnelige lovovertrедere, ble det blåst nytt liv i debatten med terrorangrepene 22. juli 2011. Bernt Gran illustrerer dette i sin avhandling "Hundreår med hodebry": I årene 1946-1989 er ordet "tilregnelighet/utilregnelighet" nevnt i pressearkivet<sup>6</sup> en til fem ganger per år. Etter terrorangrepene i 2011 beveget tallet seg opp mot tusen treff innen april 2012.<sup>7</sup>

Terrorhandlingenes karakter opprørte folk over hele verden. Alt fra pårørende og jurister, til opinionen, hadde et behov for å se rettferdigheten "seire" i denne saken. Særlige problemer oppstod fordi tiltalte selv ønsket å bli ansett tilregnelig, og han hevdet at han hadde krav på det, all den tid han mente dette var i hans favør. Dersom all rimelig tvil skulle komme tiltalte til gode, måtte han selv kunne mene noe om hvilket utfall som var ham til gode. Høyesterett hadde aldri tatt stilling til spørsmålet om hvilken betydning tiltaltes eget ønske skulle ha, og debatten førte således til delte meninger omkring dette svaret. Dette var blant annet bakgrunnen for den debatt som fulgte i kjølvannet av 22. juli-saken.

Det var ikke bare media og jurister på generell basis som fattet interesse for de spørsmålene som oppstod etter 22. juli-saken. 25. januar 2013 opprettet Regjeringen et utvalg som skal vurdere utilregnelighetsreglene, og da blant annet beviskravet. Det følger av mandatet at: "Utvalget skal ta stilling til hvor strengt beviskravet bør være og om det bør lovfestes."<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Pressearkivet Retriver: mediaovervåkningbyrå.

<sup>7</sup> Gran (2012) s. 75.

<sup>8</sup> Regjeringen (2013)

Utvalget skal altså ikke bare ta stilling til hvilket beviskrav som bør stilles, men også hvorvidt dette beviskravet bør lovfestes. Dette er temaer som vil gå igjen i denne oppgaven. For oppgavens del er det verdt å nevne at denne rapporten ikke forventes ferdig før september 2014, slik at oppgaven skrives uavhengig av det som måtte fremkomme av denne rapporten.

### 1.1.3 Formålet med oppgaven

I denne masteroppgaven vil jeg gjøre rede for dagens rettstilstand, for deretter å reise en del av de nevnte problemstillinger som gjør seg gjeldende på bakgrunn av denne rettstilstanden. Mitt mål er å reise de spørsmål som gjeldende rett fordrer, og å bidra til en klargjøring av de spørsmål det nå er på høy tid at det tas stilling til.

## 1.2 Oppgavens oppbygging

### 1.2.1 Metode

For å plassere oppgaven i et historisk perspektiv, har jeg valgt å redegjøre for utviklingen av både utilregnelighetsreglene og beviskravsreglene. Flere av de spørsmål som reises i oppgaven har vært drøftet så lenge straffrihet på bakgrunn av utilregnelighet har vært aktuelt. Jeg har derfor ansett det hensiktsmessig å presentere reglene i et historisk perspektiv.

Utilregnelighetsreglene er en del av en mye større sammenheng. Det ville vært vanskelig, og uoversiktlig, å presentere disse reglene uten å plassere dem i en bredere sammenheng. Det vil derfor også i korte trekk bli gjort rede for de generelle straffbarhetsvilkårene og det generelle beviskravet i strafferetten.

Når dette er klarlagt, vil jeg gjøre rede for gjeldende rett, før jeg til slutt vil foreta en de lege ferenda-vurdering. Denne vurderingen rettes mot de utfordringer vi står ovenfor, da særlig med tanke på en konkretisering av kravet til bevisets styrke.

### 1.2.2 Avgrensninger

I og med at oppgavens hovedfokus er på beviskravet i forhold til tilregnelighetsvurderingen, vil det ikke bli redegjort for beviskravet i sivile saker. Oppgavens fokus vil utelukkende være på beviskravet i straffesaker, da det er her spørsmålet om straffrihet på bakgrunn av utilregnelighet gjør seg gjeldende.

Jeg vil ikke gå nærmere inn på andre tilregnelighetsgrunner enn den ”psykotiske tilstand”. For å plassere tema i en bredere sammenheng vil jeg kun kort nevne hvilke andre tilstander som fører til straffrihet på bakgrunn av utilregnelighet.

Jeg vil gjøre rede for skillet mellom det medisinske og det psykologiske prinsipp så langt det er av betydning for oppgaven, men jeg vil ikke gå nærmere inn på hensiktsmessigheten rundt de forskjellige prinsippene.

Fordi hva som må regnes som ”til gode” for tiltalte vil avhenge av hvilken reaksjon han ilegges, vil jeg i en viss grad komme inn på de særreaksjoner som kan benyttes ovenfor utilregnelige lovovertridere. Jeg vil likevel ikke gå i dybden på selve gjennomføringen av særreaksjonene, med mindre dette er av betydning for vurderingen av hva som er ”til gode” for tiltalte.

Det vil også avgrenses mot diverse temaer underveis i oppgaven. Jeg har funnet det mer hensiktsmessig med tanke på oppgavens struktur å foreta enkelte avgrensninger underveis.

### 1.2.3 Rettskilder

Når det kommer til rettskildebildet omkring oppgavens tema, er dette av nokså snevert omfang. Beviskravet er ikke lovfestet, og det er derfor ingen kodifisering av dette kravet. Uttalelser om beviskravet finner vi i Rt. 1979 s. 143, og disse uttalelsene har blitt lagt til grunn i flere etterfølgende høyesterettsdommer. Når det kommer til tidligere rettstilstand, er



det ikke mange dommer som gir uttrykk for beviskravet i forhold til tilregnelighetsvurderingen. Rettskildebildet må derfor hovedsakelig utredes fra juridisk teori, forarbeider og diverse utredninger. Et av spørsmålene i oppgaven er jo også nettopp hvorvidt beviskravet bør lovfestes.

## 2 Introduksjon til tema

### 2.1 Straffens historie og bakgrunn

#### 2.1.1 Hvorfor straffer vi?

I følge Thomas Hobbes (1588-1679) er mennesket i utgangspunktet stadig på jakt etter makt og ære, og på grunn av knapphet i goder vil mennesket gjøre det som er nødvendig for å nyte best av disse godene selv. Uten regulering av menneskets samliv vil det utvikle seg en såkalt ”alles kamp mot alle”.<sup>9</sup> For at vi skal unngå en situasjon som beskrevet av Hobbes, er det avgjørende for mennesket å underkaste seg en statsmakt. Det er da også en nødvendig forutsetning at de som ikke respekterer regler gitt av denne overordnede makten, ilegges en form for sanksjon.

På grunn av tanker som dette, har straff siden samfunnets dannelse vært et hyppig anvendt verktøy for regulering av menneskenes samliv. Straff har i nyere tid blitt definert som ”et onde som påføres den som har begått en lovovertrødelse, fordi han eller hun skal oppleve det som et onde”.<sup>10</sup>

Tradisjonelt har det blitt hevdet at samfunnet påfører kriminelle straff av to årsaker: for å *forebygge* fremtidige lovbrudd og for å *gjengjelde* den handling som resulterte i lovbruddet.<sup>11</sup> I tillegg til dette har straff blitt ansett som en metode for å opprettholde ro

---

<sup>9</sup> Lærebok i filosofi- og vitenskapshistorie (2006) s. 65.

<sup>10</sup> Hauge (1996) s. 15.

<sup>11</sup> Ibid. s. 17.

blant samfunnets borgere, ved at samfunnsmakten på en synlig måte reagerer overfor brudd på reglene. Som Andenæs sa; straffen gis en mentalhygienisk funksjon.<sup>12</sup>

#### 2.1.1.1 Forebyggelse

At straff har blitt brukt ut i fra et ønske om å forebygge kriminelle handlinger, kan spores langt tilbake i tid. Dette kommer til uttrykk allerede i det gamle testamentet. I Paulus første brev til Timoteus 5, 20 heter det at “Dem som synder, skal du irettesette i alles nærvær til advarsel for de andre”.<sup>13</sup>

Det kommer klart frem av denne bibelteksten at straffen skulle pålegges gjerningspersonen til skrekk og advarsel for potensielle fremtidige forbrytere. Vi ser at den skulle ha en form for allmennpreventiv virkning.

Innenfor strafferetten er det blitt hevdet at den ”nyere tid” begynte med opplysningstiden på 1700-tallet. I opplysningstiden mistet de bibelske tekstene mye av sin autoritet, og fornuftens vekt økte.<sup>14</sup> Det utviklet seg da en tanke om at gjerningsmannen på den ene siden måtte straffes slik at han ikke selv skulle begå nye kriminelle handlinger, men også slik at straffen virket som avskrekkelse for andre.<sup>15</sup> Dette er tanker som har gått igjen helt frem til i dag, og som nå blir omtalt som allmennpreventive og individualpreventive hensyn.

Når straff brukes som *allmennprevensjon*, skjer dette enten ved at selve fullbyrdelsen av straffen fungerer som et avskrekkelsesmiddel for resten av samfunnet, eller ved at folk får kjennskap til loven slik at den virker som en trussel som får andre til å forstå fra å begå kriminelle handlinger.<sup>16</sup> Lovovertrederen brukes da som et middel for å unngå fremtidig kriminelle handlinger.

---

<sup>12</sup> Andenæs (1996) s. 19.

<sup>13</sup> Store norske leksikon, nettversjon. Det foreligger usikkerhet omkring når disse tekstene ble nedskrevet, men de hevdes å ha foreligget i den form de har i dag siden år 500 f.Kr.

<sup>14</sup> Andenæs (1996) s. 10-11.

<sup>15</sup> Ibid. s. 11.

<sup>16</sup> Hauge (1996) s. 18.

Når straff brukes som *individualprevensjon*, skjer dette ved at selve straffen i seg selv er så ubehagelig at vedkommende ikke begår kriminelle handlinger igjen, eller rett og slett ved at den kriminelle fjernes fra samfunnet slik at han ikke er i fysisk stand til å begå flere lovbrudd.<sup>17</sup> Den tredje måten å gi straffen individualpreventiv effekt på, er ved å behandle den kriminelle slik at han forstår den urett han har gjort, og dermed vil forstå fra å gjøre det igjen. Dette blir således et slags behandlingssynspunkt

#### 2.1.1.2 Gjengjeldelse

Straff har vært begrunnet i gjengjeldelse på forskjellige stadier av vår strafferettslige historie. Dette kom også til uttrykk allerede i det gamle testamentet. 2.Mosebok 21,23 gir uttrykk for at straff må ilegges på bakgrunn av en tanke om gjengjeldelse:

“Men skjer det en skade, skal du bøte liv for liv, øye for øye, tann for tann, hånd for hånd, fot for fot, brannså for brannså, flenge for flenge, skramme for skramme”.

Denne begrunnelsen for straff stod også særlig sterkt når vi ser hen til begrunnelsen for ”blodhevn”, som blant annet ble brukt som reaksjon mot urettmessige handlinger i vikingtiden fra rundt 800-tallet frem til 1000-tallet.<sup>18</sup> Dersom en mann ble drept, var det hans etterlattes oppgave å straffe gjerningspersonen, og i visse tilfeller var denne gjerningspersonen også ”fredløs”. Det vil si at gjerningspersonen ikke nøt beskyttelse etter loven, og således kunne de etterlatte uten frykt for sanksjoner drepe vedkommende.<sup>19</sup>

Straff begrunnet i gjengjeldelse bygger på tanken om at den som har blitt utsatt for en kriminell handling, har krav på at lovertrederen blir ilagt en sanksjon. Ifølge Andenæs er det slike rettferdighetsbetraktninger Immanuel Kant kalte absolutte straffeteorier.<sup>20</sup> Etter en

---

<sup>17</sup> Ibid. s. 19.

<sup>18</sup> Anners (2008) s. 15.

<sup>19</sup> Ibid. s. 17.

<sup>20</sup> Andenæs (1996) s. 11.

slik tankegang er formålet med straffen å oppnå en rettferdig gjengjeldelse, og dersom straffen også forhindrer nye lovbrudd er dette kun en positiv sidevirkning.<sup>21</sup>

Vår tids straffelov har tatt avstand fra tanken om at gjengjeldelse kan begrunne straff, og utviklingen har gått mot at vi ilegger straff av preventive årsaker.<sup>22</sup> Med stadig nye sanksjonsalternativ og muligheten til å ta gjerningspersonens individuelle forutsetninger i betraktning ved fastsettelse av sanksjoner, synes gjengjeldelse ikke lenger å kunne anses som den eneste begrunnelsen for straff.<sup>23</sup> Jo flere muligheter dommeren har ved reaksjonsfastsettelsen, jo mer reduseres også hensynet til at gjerningspersonen må straffes på bakgrunn av et ønske om gjengjeldelse. Dersom fengsel er eneste reaksjonsmulighet og det ikke er adgang til å legge vekt på tiltaltes muligheter til for eksempel rehabilitering, kan det muligens trekkes den slutning at det straffes hovedsakelig for å gjengjelde handlingen. Når det nå ved promillekjøring er adgang til å erstatte fengselsstraffen med et promilleprogram, kan det argumenteres for at hensynet til tiltaltes rehabilitering står sterkere enn en tanke om gjengjeldelse. Dette kommer også tydelig til uttrykk ved at utilregnelige lovovertredere etter gjeldende rett ikke kan ilegges fengselsstraff, men heller overføres til en psykiatrisk institusjon for behandling.

Det betyr likevel ikke at tanken om rettferdighet for fornærmede er totalt utelatt som begrunnelse for straff. I dag brukes nok heller begrepet ”rettferdighet” fremfor ”hevnt”, men for mange vil tanken om at tiltalte ”får som fortjent”, eller i iallfall at han ilegges en form for sanksjon, omfattes av begrepet ”rettferdighet”. Andenæs ga også uttrykk for dette, idet han fremhevet at det nok fremdeles ligger visse hevntanker bak en begrunnelse for straff.<sup>24</sup>

### 2.1.1.3 Absolutte og relative straffeteorier

Som nevnt viser Andenæs til absolutte straffeteorier, der formålet er å gjengjelde den kriminelle handling. Motsatsen til de absolutte straffeteorier, er de relative straffeteorier.

---

<sup>21</sup> I.c.

<sup>22</sup> Hauge (1996) s. 19.

<sup>23</sup> Andenæs (1996) s. 12.

<sup>24</sup> I.c.

Ifølge disse teoriene er straffen i seg selv ikke ønskelig. Dette ligger nettopp i definisjonen av straff; det er et *onde* som staten påfører borgerne, noe som i utgangspunktet ikke er ønskelig. Straffen er kun legitim dersom den kan forsvares på bakgrunn av at den er effektiv eller nyttig.<sup>25</sup> Denne tanken kom til uttrykk allerede i gresk filosofi rundt år 3-400 f.Kr.<sup>26</sup> Platon gjengir fra en dialog med filosofen Protagoras:

”Den som straffer med fornuft, straffer ikke fordi en forbrytelse er begått, for det som er skjedd, lar seg ikke gjøre om; men han straffer av hensyn til fremtiden, for at verken gjerningsmannen selv eller andre som ser at han blir straffet, skal begå ny urett.”<sup>27</sup>

Legger vi dette til grunn, ser vi at både forebyggelse og gjengjeldelse som begrunnelser for straff ser hen til fremtiden og konsekvensene av straffen, men de vektlegger konsekvensene forskjellig; forebyggelsesteoriene legger hovedvekt på at straffen skal forhindre fremtidig kriminalitet, mens gjengjeldelsesteoriene legger vekt på at situasjonen skal gjenopprettes slik den var før lovbruddet.<sup>28</sup>

### 2.1.2 Hvorfor fritar vi for straff?

Innenfor filosofien er et av de mest grunnleggende spørsmålene om mennesket faktisk har vilje til å handle fritt, eller om en er fange av sin forutbestemte skjebne. Dersom mennesket ikke har fri vilje, er det heller ikke legitimt å straffe. Det eneste som da kan begrunne bruk av straff, er hensynet til resten av samfunnet. Når det kommer til strafferettens område, bygger reglene i dag på tanken om at vi har en slik fri vilje, og at mennesket derfor ikke er slaver av sin skjebne. Straffens begrunnelse legitimeres ut i fra en forutsetning om at tiltalte hadde et valg, og at han hadde en mulighet til å handle annerledes, men at han likevel ikke gjorde dette. Dette valget må derfor sanksjoneres.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid. s. 13.

<sup>26</sup> Lærebok i filosofi- og vitenskapshistorie (2006) s. 3

<sup>27</sup> Sitert fra Andenæs (1996) s. 13.

<sup>28</sup> Hauge (1996) s. 21.

<sup>29</sup> Andenæs (1996) s. 21.

Det er utviklingen av tanker som dette som har ført til straffrihet for utilregnelige lovovertridere, og som fremdeles er med på å begrunne denne straffriheten. Når dine psykiske forutsetninger fratar deg evnen til realistisk vurdering av omgivelsene, kan dette resultere i en tanke om at gjerningspersonen ikke kan bebreides. Etter norsk rett har det lenge vært akseptert at det ikke er ønskelig å straffe lovovertridere som ikke kan bebreides. Dette kom for eksempel til uttrykk i en innstilling fra 1992 om bekjempelse av kriminalitet:

”Komiteen er enig i at praktisk kriminalpolitikk, som all annen samfunnspolitikk, forutsetter at individet er fritt og ansvarlig og har evnen til å velge mellom det som er rett og det som er galt...”<sup>30</sup>

I følge lovkommentaren til § 44 er begrunnelsen for dagens regler at ”de aktuelle persongruppene ikke fyller de minstemål til modenhet, sjelelig sunnhet eller bevissthet som bør kreves for strafferettslig ansvar”.<sup>31</sup>

Det er hevdet at sannsynligheten for at de utilregnelige mangler den nødvendige skyld,<sup>32</sup> er så stor at det ikke vil være rettferdig eller nyttig å straffe dem.<sup>33</sup> Dersom en legger allmennpreventive hensyn til grunn, vil målet med straffen være at andre skal avstå fra å begå kriminelle handlinger. Den psykotiske vil mangle denne evnen til å påvirkes av trusselen som ligger i en straff, nettopp fordi han ikke har et realistisk forhold til omverdenen. Straffen vil på denne måten ikke være nyttig anvendt ovenfor en utilregnelig lovovertreder, all den tid han mangler evnen til å påvirkes av straffebudet. En psykotisk person med for eksempel hallusinasjoner vil kanskje tro at han er nødt til å handle som han gjør, fordi hans eget eller andre menneskers liv er i fare. Bernhard Getz, som var med på å utforme dagens straffelov, var av en slik oppfatning. Han mente at det eneste som kunne være relevant, var hvorvidt straffen var effektiv eller ikke. Straffen ville etter hans mening ikke være effektiv anvendt mot utilregnelige personer.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Innst. S. nr. 192 for 1991-92 s. 5. Sitert fra Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett (2004) s. 69.

<sup>31</sup> Bratholm (2003)

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Andenæs (1996) s. 103.

<sup>34</sup> Ibid. s. 105.

Ifølge Andenæs kan vilkåret om tilregnelighet begrunnes i rettferdighetsbetraktninger.<sup>35</sup> Det vil stride imot en tanke om rettferdighet å straffe en person for en handling utført av en alvorlig syk person. Gjennom denne betraktningmåten er sykdommen noe gjerningspersonen ikke kan noe for, og dette skal han følgelig heller ikke straffes for.

Andre teoretikere har som nevnt, lagt avgjørende vekt på gjerningspersonens behov for behandling, og dette behovet gjør fengselsstraff uegnet som sanksjon.<sup>36</sup> Dersom en plasserer en psykotisk i fengsel, vil vedkommende ikke ha noen forutsetninger for å bli bedre. Fengselsvakter kan ha manglende kunnskap om psykiatriske diagnoser, og å dømme han til fengsel på tross av dette, vil kun være begrunnet i at fornærmede og dennes pårørende skal kunne føle en slags ”rettferdighet” ved at tiltalte fjernes fra samfunnet. Dette betyr likevel ikke at det ikke er anledning til å legge vekt på samfunnets behov for beskyttelse fra psykotiske lovovertredere der gjentakelsesfaren er stor. Dette kommer til uttrykk i psykisk helsevernloven § 5-3 andre ledd, der det heter at det ved avgjørelsen av gjennomføringen av tvunget psykisk helsevern skal legges vekt på samfunnets behov for beskyttelse.

I Norge har utilregnelighetsreglene blitt vurdert flere ganger; både Straffelovrådet og Straffelovkommisjonen kom i sine innstillinger i perioden 1970-1991,<sup>37</sup> frem til at begrunnelse for straffriheten må ligge i tiltaltes manglende evne til å utvise den skyld som vår strafferett krever.<sup>38</sup>

#### 2.1.2.1 Straffrihetsreglene i et historisk perspektiv

Allerede i romerretten ga Aristoteles uttrykk for at ”et individ er ansvarlig for en handling bare om handlingen springer ut fra ham selv, og om individet dessuten er bevisst

---

<sup>35</sup> Ibid. s. 104.

<sup>36</sup> Hauge (1996) s. 248 flg.

<sup>37</sup> Se for eksempel NOU 1974:17 s. 52.

<sup>38</sup> Andenæs (1996) s. 106.

handlingens natur og konsekvenser”.<sup>39</sup> Dette kan muligens illustrere et krav til personens evne til å forholde seg til omverdenen.

Et annet eksempel på at utilregnelige lovovertrедere ble behandlet annerledes, finner vi i det keiserlige brevet fra keiserne Marcus Aurelius og Commodus, til stattholderen Scapula Terutullus.<sup>40</sup> Dette er også hentet fra romerretten. Aelius Priscus hadde drept sin mor, og ble ansett for å være en forstyrret gjerningsmann. I dette brevet ga keiserne juridiske råd om hvordan de skulle håndtere en slik lovovertrедer:

”Hvis du klart er overbevist om, at Aelius Priscus er så afsindig, at han vedvarende er fra forstandens brug, og der ikke er nogen mistanke om, at han dræbte sin moder i en simulert afsindighed, da skal du ikke tænke på, hvorledes han straffes, idet han er tilstrækkeligt staffet med selve galskaben”.<sup>41</sup>

Vi ser altså at så langt tilbake som i romerretten var det et krav til bevisets styrke; klart overbevist. Begrunnelsen for straffriheten var likevel annerledes. I romerretten var handlingen straffri av den grunn at galskapen i seg selv ble ansett som straff.

I norsk rett kan vi finne bestemmelser om utilregnelige lovovertrедere i Magnus Lagabøtes Landslov fra 1274. Etter Mannhelgebolken kapittel 10 (9) fremgikk det at dersom det var klart at en drapsmann var ”gal”, var det ikke anledning til å utvise han fra landet, noe som var den normale straffen for drap.<sup>42</sup>

Det tidligste tilfellet av særbehandling på grunn av en sinnslidelse, finner vi i saken mot Ragnhild Tregagås. I denne saken fra 1325 var Tregagås tiltalt for å ha kastet en trolldom over kjønnsorganet til en tidligere elsker, slik at hans kjærlighetsliv ble ødelagt. Dersom Tregagås’ forsvarer kunne få troverdige menns vitnemål på at hun hadde vært sinnssyk da

---

<sup>39</sup> NOU 2001:12 pkt.6.2.8.

<sup>40</sup> Gran (2012) s. 43.

<sup>41</sup> I.c.

<sup>42</sup> Hennum (2008) s. 7.



hun begikk disse handlingene, kunne dette være med på å redde livet hennes.<sup>43</sup> I stedet for å bli dømt til døden, ble hun dømt til å faste på vann og brød et par ganger i uken. Vi ser at hennes avvikende sinnstilstand åpnet for at det kunne ilegges en form for særreaksjon. Dette illustrerer at det i lang tid har vært anledning til å ta i betraktning en persons sinnstilstand ved ileggelse av straff.

I Christian Vs Norske Lov av 1687 var det dødsstraff for drapsmenn. Det fulgte videre av NL 6-6-17 at den som utførte drap i ”villelse og raseri”, ikke skulle dømmes til døden.<sup>44</sup> Det har blitt hevdet at denne bestemmelsen etter hvert ble oppfattet som en alminnelig regel om strafferettslig utilregnelighet for personer som begikk kriminelle handlinger i ”villelse og raseri”.<sup>45</sup> Bestemmelsen ble tolket svært snevert, og den omfattet kun ”den mest fremskridende form for sinnssykdom (raseri)”, og førte kun til straffrihet ”når den opptrådte sammen med villelse (hallusinasjoner og vrangforestillinger)”<sup>46</sup>. Nørregård mente på slutten av 1700-tallet at man måtte slutte at alle kriminelle handlinger begått av gale personer *burde* være fritatt for straff.<sup>47</sup>

Utilregnelighetsreglene beskrevet ovenfor gjaldt helt til vedtagelsen av Kriminalloven av 1842. Kriminalloven ga klart uttrykk for en generell straffrihetsregel for utilregnelige lovovertridere.<sup>48</sup> Paul Winge kommenterte bestemmelsen på denne måten:

”Den norske Straffelovs 7de Kapitel § 2 lyder saaledes:

*’De Handlinger ere straffrie, som forøves af Galne eller Afsindige, eller af dem, som Forstandens Brug ved Sygdom eller Alderdoms-Svagthed er berøvet.’*

Jeg anser det som godtgjort, at Lovgiveren med denne Bestemmelse har havt til Hensigt at fritage alle Sindssyge for Straf. Til denne samme Opfatning har ogsaa (skjønt med nogen Vakling) Praxis sluttet sig”.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> Gran (2012) s. 1.

<sup>44</sup> Hennem (2008) s. 7

<sup>45</sup> NOU 1974:17, vedlegg 3, pkt. 2.

<sup>46</sup> I.c.

<sup>47</sup> Nørregaard (1784-1812) §1008.

<sup>48</sup> NOU 1974:17, vedlegg 3, pkt. 3.

I 1848 ble begrepet ”galne eller afsindige” byttet ut med begrepet ”sinnssyk”. Det som har utviklet seg til å bli et av straffbarhetsvilkårene i dag har således langvarig feste i norsk rett.

Dette straffbarhetsvilkåret ble også gjentatt i straffeloven av 1902 § 44:

”En handling er ikke straffbar, naar den handlende ved dens Foretagelse var sindssyg, bevidstløs eller iøvrigt utilregnelig paa Grund af mangelfuld Udvikling af Sjælsevnerne eller Svækkelse eller sygelig forstyrrelse af disse eller formedelst Tvang eller overhængende Fare”.

Dersom lovovertrederen var sinnssyk eller bevisstløs i gjerningsøyeblikket, førte dette automatisk til straffrihet. Det medisinske prinsipp ble således slått fast for disse grupper vedkommende. For de som falt inn under kategorien ”mangelfuld utvikling af sjælsevnerne eller svækkelse eller sygelig forstyrrelse af disse eller formedelst tvang eller overhængende fare”, måtte det vurderes om denne tilstanden skulle føre til utilregnelighet, og derav straffritak.<sup>50</sup>

I 1929 fikk straffeloven § 44 følgende innhold: ”En handling er ikke straffbar, når gjerningsmannen ved dens foretagelse var sinnssyk eller bevisstløs”. Det ble lagt et medisinsk prinsipp til grunn for denne bestemmelsen. Sinnssykdom omfattet det som i dag kommer frem av både § 44 første og annet ledd; de psykotiske og de sterkt psykisk utviklingshemmede. Bestemmelsen ble stående slik frem til 2002.

Frem til 2002 ble det heftig debattert hvordan reglene burde utformes. Straffeloven § 44 fikk den ordlyd den har i dag ved lov av 17. januar 1997 nr.11, som trådte i kraft 1. januar 2002. Bestemmelsen har nå denne ordlyd:

---

<sup>49</sup> Winge (1898) s. 1.

<sup>50</sup> NOU 1974:17, vedlegg 3, pkt. 6.

”Den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløst straffes ikke. Det samme gjelder den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i høy grad”.

I og med at psykisk utviklingshemmede hadde blitt ansett for å falle inn under begrepet ”sinnssyk”, var endringen i ordlyden ingen endring i rettstilstanden. Det var heller en klargjøring.

### **3 Vilkårene for å straffe**

Når det kommer til pådømmelsen av et påstått straffbart forhold, er det to hovedspørsmål retten må besvare. For det første må de ta stilling til om tiltalte er skyldig, og hvorvidt han overhodet kan straffes. Dette betegnes som skyldspørsmålet. Dersom svaret på dette spørsmålet er benektende, skal tiltalte frikjennes. Finner retten derimot at han har begått den straffbare handlingen, og at de andre vilkårene for å straffe er til stede, blir det neste spørsmålet hvilken straffereaksjon som skal ilegges. Dette kalles straffespørsmålet. I denne oppgaven vil det bli fokusert på skyldspørsmålet, og da hovedsakelig på vilkåret om at tiltalte må være tilregnelig for å kunne straffes.

For å kunne ilegges strafferettslig ansvar, har det tradisjonelt vært oppstilt fire kumulative vilkår;<sup>51</sup>

1. Skyldkrav
2. Krav til lovhjemmel
3. Fravær av straffrihetsgrunner
4. Tilregnelighet.

Tradisjonelt har disse straffbarhetsvilkårene vært inndelt i objektive og subjektive vilkår. Med objektive vilkår forstås kravet om at handlingen må være gjort lovstridig i et straffebud og kravet om at det ikke må foreligge straffrihetsgrunner (nr. 2 og 3). Med

---

<sup>51</sup> Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett (2004) s. 101.

subjektive vilkår forstås skyldkravet og kravet til tiltaltes tilregnelighet (nr. 1 og 4).<sup>52</sup> Kritikkk mot denne inndelingen har vært reist av Jørn Jacobsen. Under det subjektive vilkåret om skyld, ligger for eksempel uaktsomhet, noe som klart er en objektiv skyldform.<sup>53</sup> På grunn av innvendinger som dette, foreslår Jacobsen en ny ansvarslære, som etter hans mening vil sikre at innholdet i vilkårene blir tydeligere.

Jacobsens ansvarslære bygger på en struktur med tre momenter: gjerningsskildring, rettferdighetsgrunner og unnskyldningsgrunner.<sup>54</sup> Etter Jacobsens forståelse av ansvarslæren, vil spørsmålet om utilregnelighet falle inn under det tredje momentet; unnskyldningsgrunnen. Han hevder at forutsetningen om ansvarskapasitet mangler hos utilregnelige lovovertridere, og at vedkommende derfor bør være unnskyldt denne overtredelsen av gjerningsskildringen. Han gir uttrykk for at ”personbegrepet” er komplisert, og det kan være psykologiske dimensjoner som påvirker vår evne til å handle rett.<sup>55</sup> Vi ser altså at uavhengig av valg av tilnærming til ansvarslæren, vil nok spørsmålet om straffrihet for lovovertridere med en avvikende sinnstilstand stå sentralt.

For å plassere spørsmålet om beviskravet i forhold til tilregnelighetsvurderingen i en bredere sammenheng, vil jeg kort gjøre rede for de tradisjonelle straffbarhetsbetingelsene.

### 3.1.1 Kravet til lovhjemmel

Legalitetsprinsippet oppstiller det første vilkåret; *nulla poena sine lege*.<sup>56</sup> Det vil si at den adferd som det skal tas stilling til om siktede har begått eller ikke, må rammes av en bestemmelse i straffeloven.<sup>57</sup> Dette er et grunnlovsfestet vilkår, jfr. Grunnloven §96. Denne sier at ”Ingen kan dømmes uten etter Lov”.

---

<sup>52</sup> Jacobsen (2012) s. 9

<sup>53</sup> I.c.

<sup>54</sup> Ibid. s. 10.

<sup>55</sup> Ibid. s. 22.

<sup>56</sup> Latin: Ingen straff uten etter lov.

<sup>57</sup> Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett (2004) s. 101.

### 3.1.2 Skyld

I de fleste tilfeller er det ikke ønskelig å straffe en person som ikke kan klandres for å ha gjort noe galt. Det er derfor et vilkår at retten er overbevist om at tiltalte har utvist den skyld som loven krever.<sup>58</sup> Der det aktuelle straffebudet er taust med hensyn til hvilket krav som stilles til utvist skyld, følger det av straffeloven § 40 at tiltalte må ha handlet med forsett. I forhold til utilregnelige lovovertridere, er det blitt hevdet at de mangler evnen til å utvise den skyld som straffeloven oppstiller. Flere teoretikere er av den oppfatning at utilregnelige lovovertridere allerede på denne bakgrunn mangler forutsetningene for å straffes.<sup>59</sup> En psykotisk lovovertrider er ute av stand til å vurdere omgivelsene på en realistisk måte.<sup>60</sup> Tanken er da at en person som ikke evner å vurdere omgivelsene realistisk, heller ikke evner å utvise den skyld som loven krever, så lenge han befinner seg i en psykotisk tilstand.

### 3.1.3 Straffrihetsgrunner

Det tredje vilkåret som må være oppfylt før tiltalte kan anses skyldig, er at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunner. Tiltalte må ha handlet utenfor samfunnets ”tillatte risiko”, handlingen må ikke være foretatt i nødverge eller nødrett, og i visse tilfeller kan også samtykke fra fornærmede føre til at straffbarheten faller bort.<sup>61</sup>

### 3.1.4 Tilregnelighet

Det fjerde vilkåret som må være oppfylt for at tiltalte skal kunne straffes, er kravet om at tiltalte må være tilregnelig.<sup>62</sup> Tilregnelighetsbegrepet er ikke nevnt uttrykkelig i dagens straffelov. Loven opererer med flere kategorier som til sammen må sies å danne et tilregnelighetsvilkår. I den nye straffeloven av 20. mai 2005 slås det uttrykkelig fast at

---

<sup>58</sup> l.c.

<sup>59</sup> Andenæs (1996) s. 103.

<sup>60</sup> NOU 1990:5 pkt. 2.1.

<sup>61</sup> Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett (2004) s. 192.

<sup>62</sup> Ibid. s. 101.

tiltalte må være tilregnelig for å kunne straffes, jfr. denne straffeloven § 20.<sup>63</sup> Jeg vil nå redegjøre kort for de forskjellige vilkårene for tilregnelighet, før jeg kommer inn på oppgavens hovedtema: den psykotiske lovovertreder.

#### 3.1.4.1 Kriminell lavalder

For det første må tiltalte være over den kriminelle lavalder. Den straffbare lavalder varierer fra land til land, og vil også kunne variere over tid. For Norges del slår straffeloven § 46 fast at ingen kan straffes for en handling foretatt før fylte 15 år. Tanken er at barn ikke har den samme modenhet og vurderingsevne som voksne har.<sup>64</sup> De bør på bakgrunn av dette ikke straffes for kriminelle handlinger, men heller ilegges en form for behandling eller opplæring for å sikre at det ikke skjer igjen.

#### 3.1.4.2 Bevisstløs eller psykisk utviklingshemmet i høy grad

Tiltalte vil ikke bli ansett tilregnelig dersom vedkommende er bevisstløs, se straffeloven § 44(1). Videre slår straffeloven § 44(2) fast at tiltalte ikke straffes dersom han var psykisk utviklingshemmet i høy grad.

#### 3.1.4.3 Psykotisk

Den tredje tilstanden som utelukker straffeskyld, er den psykotiske tilstand. Straffeloven § 44 første ledd slår fast at den som er ”psykotisk i gjerningsøyeblikket” ikke straffes. Hva ligger så i begrepet ”psykotisk”?

I Ot.prp.nr.87 deles de tilstander som rammes av straffeloven § 44 inn i følgende hovedkategorier:<sup>65</sup>

1. Tenknings- og kontaktsforstyrrelser, som for eksempel schizofreni og paranoia.

---

<sup>63</sup> Ikke trådt i kraft.

<sup>64</sup> Andenæs (1996) s. 100.

<sup>65</sup> Ot.prp. nr.87 (1993-94) s. 22-23.

2. Stemningslidelser, som for eksempel manisk depressiv.
3. Forvirringstilstander, som for eksempel desorientering i tid, sted og situasjon.
4. Sløvhetstilstander, som for eksempel demens.

I tillegg til disse fire hovedkategoriene, kommer den reaktive psykosen som er reaksjon på en fysisk eller psykisk belastning, som for eksempel tap av en nærstående.<sup>66</sup>

Når det handler om spørsmålet om straffritak etter straffeloven § 44 første ledd, er det flere realitetsforskjeller i den juridiske betydningen av ”psykotisk”, og den psykiatriske.

Departementet gir uttrykk for at ”psykotisk” i straffelovens forstand, er de tilstander som psykiatrien til enhver tid regner som psykosier.<sup>67</sup> Den rettsmedisinske kommisjon gir i sitt hørings svar til etterkontroll av reglene uttrykk for at denne uttalelsen bygger på en misforståelse.<sup>68</sup> ”Psykotisk” i straffeloven § 44 er et juridisk begrep, men det juridiske begrepet inneholder rettspsykiatriske vurderinger. Dette kan for eksempel ses ut i fra den praksis som har utviklet seg, ved at de sakkyndige blant annet må påvise en ICD10-diagnose hos observanden.<sup>69</sup> Det er ikke alle ICD-10 diagnoser som fritar for straff, slik at det er ikke likegyldig hvilken diagnose tiltalte ilegges. Som det nå vil bli nærmere redegjort for, er det likevel ikke tilstrekkelig at tiltalte kan ilegges en psykiatrisk diagnose.

Ved lovendringer i 1990 ble det foreslått å innta tillegget om at tiltalte må være ”uten evne til realistisk vurdering av omgivelsene”.<sup>70</sup> Dette ble ikke tatt med i lovteksten ved lovendringen i 2002, men det var likevel meningen at kravet til at tiltalte må være ”uten evne til realistisk vurdering av omgivelsene” skulle være et vilkår for utilregnelighet. Begrunnelsen for at presiseringen ikke ble tatt med, var følgende:

---

<sup>66</sup> Ibid. s. 23.

<sup>67</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 423.

<sup>68</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2009) s. 8.

<sup>69</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2002) s. 1.

<sup>70</sup> NOU 1990:5 s. 13, jfr. utkastet § 44 første ledd.

”Det må kunne forventes at de personer som først og fremst skal praktisere bestemmelsen, det vil si jurister med hjelp av psykiatere, er klar over hva som kjennetegner en psykotisk tilstand”.<sup>71</sup>

Det ble antatt at en slik presisering i lovteksten ville lede til utviklingen av et kausalitetskriterium, og dette ville være en ”unødig komplisering av systemet”.<sup>72</sup> Med det medisinske prinsipp kreves ikke denne kausaliteten. På bakgrunn av dette kan det synes som at det har utviklet seg en tvil og usikkerhet blant flere jurister når det kommer til tolkningen av kriteriet ”psykotisk”. Usikkerheten går utpå hvorvidt det faktisk kreves noe mer enn en medisinsk diagnose, eller om tiltalte må erklæres utilregnelig kun fordi det foreligger en psykosed diagnose etter psykiatrisk forståelse. Høyesterett kommenterte dette allerede i 2008: ”Det blir også feil når det heter at hvis A i gjerningsøyeblikket medisinsk sett var psykotisk, er han strafferettslig utilregnelig”.<sup>73</sup> Tiltalte må altså i tillegg være uten evne til realistisk vurdering av omgivelsene.

Som vi ser, må også psykiaterne anvende det juridiske begrepet, og kan ikke kun holde seg til en eventuell psykosed diagnose etter psykiatriske standarder.<sup>74</sup> Sykdommen må være av en viss alvorlighetsgrad, og denne graden av alvorlighet vurderes nettopp ut fra tiltaltes evne til realistisk vurdering av omverdenen.<sup>75</sup> Dette betyr at de sakkyndige etter å ha kommet til at tiltalte led av en psykosed diagnose på gjerningstidspunktet, må vurdere denne psykosens alvorlighetsgrad.

Det er også etter NOU 1990:5 klargjort at det kun er den aktive psykosen som omfattes av straffriheten.<sup>76</sup> En person som er medisinerert og som holder symptomene under kontroll, vil ikke rammes av bestemmelsene. Dette har nok sammenheng med at det i Norge ikke stilles

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-94) s. 28.

<sup>72</sup> NOU 1990:5 s. 47.

<sup>73</sup> Rt. 2008 549 avs. 51.

<sup>74</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2009) s. 9.

<sup>75</sup> Rosenqvist (2013)

<sup>76</sup> NOU 1990:5 s. 39 og 51.



krav til årsakssammenhengen mellom psykosen og handlingen. For å kunne begrunne dette, er det kun de ”aktivt psykotiske” som rammes av bestemmelsen.<sup>77</sup>

#### 3.1.4.3.1 Hvilket prinsipp legges til grunn?

I omtrent alle land som oppstiller et vilkår om tilregnelighet for straff, har det vært diskutert hvilke momenter som kan, og skal, legges til grunn ved vurderingen av tiltalte. Prinsippene har gjerne blitt inndelt i to kategorier; det medisinske prinsipp og det psykologiske prinsipp.

Det *psykologiske prinsipp* krever en kausalitet, det vil si årsakssammenheng, mellom sinnstilstanden og den kriminelle handling. Den psykotiske tilstanden må da være av en slik art at den griper inn i tiltaltes evne til å forholde seg til virkeligheten, og at fravær av denne evnen har resultert i en ellers straffbar handling. Det må da godtgjøres at den psykotiske tilstanden er årsaken til den urettmessige handlingen.<sup>78</sup> Dette prinsippet blir begrunnet i tanken om at det er i disse tilfeller tiltalte mangler evne til å se omfanget og urettmessigheten i sine handlinger, og det er derfor ikke nok kun å påvise en psykotisk tilstand.

Det *medisinske prinsipp* går ut på at en legger avgjørende vekt på den psykotiske tilstanden.<sup>79</sup> Det kreves ikke at sinnslidelsen har vært utslagsgivende for handlingen, men dersom gjerningspersonen er psykotisk i lovens forstand i gjerningsøyeblikket, så har vedkommende heller ikke evnen til skyld. Det er ikke nødvendig å påvise en årsakssammenheng mellom den psykotiske tilstand og lovovertrædelsen. Dette begrunnes i at allerede det at det er en mulighet for at den psykotiske tilstanden har påvirket handlingsvalget, er tilstrekkelig begrunnelse for å frita for straff.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2009) s. 8.

<sup>78</sup> Andenæs (1996) s. 106.

<sup>79</sup> Ibid. s. 107.

<sup>80</sup> Ibid. s. 108.

Valg av det medisinske prinsipp kan begrunnes i at konsekvensene av å dømme utilregnelige til fengsel, er så uheldige at det er bedre å frikjenne eller overføre til tvunget psykisk helsevern mennesker som faktisk forstod hva de gjorde, enn å begi seg ut på en vurdering av hva tiltalte faktisk forstod. Det vil alltid være en mulighet for at sinnstilstanden har påvirket handlingen.

I Norge ble det medisinske prinsipp lagt til grunn allerede i 1929, og dette er fremdeles gjeldende rett. At dette prinsippet har blitt, og fremdeles blir lagt til grunn kan vi for eksempel se i Rt. 2008 s. 549. Høyesterett uttalte:

”Ved endringene i § 44 ble det medisinske prinsipp – som innebærer at straffrihet ikke er betinget av at det er årsakssammenheng mellom en tilstand som nevnt i bestemmelsen og den straffbare handlingen – gjennomført fullt ut”.<sup>81</sup>

Dette er annerledes fra de alle andre europeiske land, og Norge står således alene om å legge til grunn det medisinske prinsipp.

#### *3.1.4.3.2 I gjerningsøyeblikket*

For å straffes, må tiltalte ha vært tilregnelig i *gjerningsøyeblikket*. Dette vil si at når tilregneligheten må bevises utover enhver rimelig tvil, retter vurderingen seg mot tiltaltes tilstand på et tidligere tidspunkt, nemlig i gjerningsøyeblikket. Det er derfor uten betydning hvilken tilstand tiltalte er i under pådømmelse av saken.

## **4 Bevis**

### **4.1 Beviskravsregler**

For den videre drøftelse er det hensiktsmessig med noen begrepsmessige avklaringer.

---

<sup>81</sup> Rt 2008 549 avs. 24.

Med *bevisbedømmelse* forstås den ”psykologiske prosess” som foregår når det skal tas stilling til hvorvidt et gitt hendelsesforløp har funnet sted.<sup>82</sup>

Med *beviskrav* forstås de krav som stilles til bevisets styrke.<sup>83</sup> Et beviskrav er en betingelse for at en faktumpåstand kan legges til grunn som faktum i en dom.<sup>84</sup> Begrepet bevisbyrde har også ofte blitt tillagt samme egenskaper som begrepet ”beviskrav”.<sup>85</sup> I denne oppgaven vil ”bevisbyrde” knytte seg til hvem som har ansvaret for bevisføringen, mens ”beviskrav” vil knytte seg til kravet til bevisets styrke.

Det vil også gjennom oppgaven være snakk om forskjellige grader av *sannsynlighetsnivå*. Med dette forstås hvilken grad av sannsynlighet som må være oppnådd før dommeren må sies å være overbevist. Sannsynlighetsnivået angis gjerne ved begreper som ”antas”, ”skjellig grunn”, ”særlige grunner”, ”utenfor enhver rimelig tvil” osv.<sup>86</sup> Dette er juridiske graderinger av den sannsynlighet som må være oppnådd. Sannsynlighetsnivået kan også angis ved å forsøke å sette prosentangivelser på bevisets styrke. Dette er dog problematisk, og det kommer jeg tilbake til senere i oppgaven.

Beviskravsreglene har endret seg drastisk siden den første norske prosessen. Jeg vil nå kort redegjøre for denne historiske utviklingen, før jeg går nærmere inn på dagens beviskravsregler.

#### 4.1.1 Fra legale bevisregler til fri bevisbedømmelse

##### 4.1.1.1 Legale bevisregler

I den første norske prosessen var bevisbedømmelsen knyttet til legale bevisregler. Med legale bevisregler forstås lovfestede regler om hvordan bevisvurderingen skal foregå.<sup>87</sup> Når

---

<sup>82</sup> Strandbakken (2003) s. 59.

<sup>83</sup> Ibid. s. 53.

<sup>84</sup> Strandberg (2012) s. 17.

<sup>85</sup> Strandbakken (2003) s. 49.

<sup>86</sup> Ibid. s. 349.

<sup>87</sup> Ibid. s. 113.

en lovfester konkrete faktorer som i de fleste tilfeller fører til at det faktiske hendelsesforløp kommer frem, risikerer en at dette går på bekostning av den materielle sannhet i den konkrete saken. Dette fordi det som i de fleste tilfeller fører til den materielle sannhet kommer frem, ikke nødvendigvis fører til at den konkrete saks virkelige faktum blir klarlagt.

De legale bevisreglene ble lovfestet allerede i landskapslovene omkring år 900 e.Kr.<sup>88</sup> Kristendomsbolken i Frostatingsloven,<sup>89</sup> inneholdt for eksempel en beviskravsregel ved seksuelt samvær mellom personer i slekt. Utgangspunktet var at dette ble straffet ved at lovovertrederen mistet alt han eide. Dersom ”folk veit for visst at det har vore sett vitløyse på han før”, kunne vedkommende fritas for straff.<sup>90</sup> Det eneste som da måtte bevises var hvorvidt ”folk *veit for visst*” at han hadde blitt sett på som ”vitløys” tidligere.

Magnus Lagabøtes landslov (ca. 1274) inneholdt også legale bevisregler. Ifølge kapittel IX 13-15 var tolv edsmenn både nødvendig og tilstrekkelig for å frifinne en som var tiltalt for drap. Retten trengte ikke vurdere troverdigheten til disse edsmennene.<sup>91</sup> Oppstod det tvil under bevisvurderingen måtte dette i så fall ligge i selve bevisregelen, all den tid loven selv ga uttrykk for hva som måtte kreves.<sup>92</sup>

Christian Vs Norske Lov av 1687 bygde også i utgangspunktet på den legale bevisteori.<sup>93</sup> Denne loven har blitt ansett for å innføre inkvisisjonsprosessen i Norge.<sup>94</sup> Med dette fikk retten også ansvar for at saken var opplyst.<sup>95</sup> Et eksempel på dette var at prosessen nå tillot indisiebeviser,<sup>96</sup> som retten selv måtte ta stilling til. I denne perioden beveget vi oss i retning av en prosess med friere bevisførsel, og prinsipper som uskyldspresumsjonen fikk derfor større betydning.

---

<sup>88</sup> Ibid. s. 114.

<sup>89</sup> Nedskrevet rundt 1260, se Gran (2012) s. 59.

<sup>90</sup> Gran (2012) s. 60.

<sup>91</sup> Strandberg (2012) s. 64.

<sup>92</sup> Ibid. s. 64-65.

<sup>93</sup> Strandbakken (2003) s. 123.

<sup>94</sup> Ibid. s. 122.

<sup>95</sup> I.c.

<sup>96</sup> Ibid. s. 123.

#### 4.1.1.2 Fri bevisbedømmelse

Ved innføringen av straffeprosessloven av 1887 ble prinsippet om fri bevisbedømmelse lovfestet i klartekst:

”... Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grundlag af en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte Bevisligheder”.<sup>97</sup>

Ved lovendringene i 1982 ble det bestemt at bestemmelsen skulle fjernes fra straffeprosessloven. Dette var ikke fordi den hadde mistet sin gjennomslagskraft, men fordi den ble sett på som overflødig. Dette kommer klart frem av en innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen i 1969:

”Prinsippene om fri bevisbedømmelse og om påtalemyndighetens bevisbyrde har man... funnet det overflødig å lovfeste...”<sup>98</sup>

Det må være klart at vår gjeldende straffeprosesslov bygger på prinsippet om fri bevisbedømmelse og prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode.

I Norge er beviskravet skilt ut som et eget spørsmål, og er således ikke en del av den frie bevisbedømmelse. Andenæs var inne på dette allerede i 1943.<sup>99</sup> Andenæs ga uttrykk for at bevisbedømmelsen er fri, men når det kommer til hvilke krav som stilles til bevisets styrke, må dette reguleres av rettsregler.<sup>100</sup> Dommeren skulle altså være fri når det kom til hvilken vekt som legges på de forskjellige bevismomenter, men han måtte samtidig være bundet av et gitt beviskrav når det kom til hvilken grad av overbevisning som krevdes.

---

<sup>97</sup> Straffeprosessloven av 1887, tidligere § 349 andre punktum.

<sup>98</sup> NUT 1969:3 s. 197 første spalte.

<sup>99</sup> Andenæs (1943) s. 10.

<sup>100</sup> Ibid. s. 14.

## 4.2 Beviskravslære

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på hvorvidt det finnes regler for hvordan en fri bevisvurdering skal foregå.

Straffeprosessloven av 1887 § 349 andre punktum, slo fast at bevisbedømmelsen må skje ved ”en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte Bevisligheder.” Dette var et rotfestet prinsipp i norsk rett.<sup>101</sup> Det må være klart at det foreligger visse regler til hvordan bevisbedømmelsen må skje, og det har gjennom tiden blitt utviklet alternative bevisteorier. Bevisteoriene er illustrerende for hvilke hensyn som ligger bak bevisbedømmelsen, og er derfor av betydning for oppgavens tema.

Den norske beviskravslæren tilsvarer i innhold det som gjerne kalles bayesiansk beviskravslære.<sup>102</sup> Denne læren tillegger beviskravet flere egenskaper; at beviskravet er et sannsynlighetskrav og at sannsynlighetskravet er en høyere eller lavere grad av sannsynlighetsovervekt. Videre er sannsynlighetsbegrepet subjektivt, men med objektive innslag. Til slutt kjennetegnes det ved at sannsynlighetskravet bestemmes av moralske hensyn som skal gi økt samfunnsnytte.<sup>103</sup>

Den bayesianske beviskravslære er en videreføring av utilitarismen, der det avgjørende ved beviskravet vil være kravets nytteeffekt. Med utilitarisme forstås tanken om at det resultat skal velges som gir mest nytte, for flest mulig mennesker.<sup>104</sup> Et slikt nytteprinsipp fungerer som grunnlag for vurderingen når en legger vekt på konsekvensene av en dom for de ulike aktørene. Etter utilitarismen er det irrelevant hvorvidt denne nytten kan begrunnes i etiske betraktninger og rettferdighet. Det eneste en må vurdere er hvor mange som vil nyte godt av en dom, i forhold til hvor mange som vil oppleve dommen som en ulempe. Etter denne læren vil konsekvenser av en uriktig dom være det eneste som påvirker beviskravet. Fordi det etter utilitaristisk tankegang ikke legges vekt på om dommen fører til etisk akseptable

---

<sup>101</sup> Strandbakken (2003) s. 213.

<sup>102</sup> Strandberg (2012) s. 131.

<sup>103</sup> l.c.

<sup>104</sup> Eng (2007) s. 316.

resultater, men kun på antallet mennesker som nyter godt av en dom, kan den ikke alene fungere som en bevisteori.

#### 4.2.1.1 Bevisteorier

Tradisjonelt har det vært vanlig å dele bevisteoriene inn i to kategorier; deskriptive teorier og normative teorier.<sup>105</sup> En normativ bevisteori vil forsøke å si noe om hvilke retningslinjer og verdier som bør ligge til grunn for en bevisteori. Dette i motsetning til en deskriptiv teori, som vil forsøke å beskrive hvordan bevisvurderingen faktisk har foregått.<sup>106</sup> Teoriene er illustrerende for å vurdere hvilke metode dommerne må, eller kan, anvende for å nå en overbevisning av en gitt styrke. En felles bevisteori kan også være med på å sikre at like tilfeller blir behandlet likt og at det således er likhet for loven.

Straffeprosessloven § 40 femte ledd slår fast følgende: ”Domsgrunnene skal i alle saker som har vært behandlet med meddomsrett, angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering”. Den sier derimot ingenting om hvilken metode som skal legges til grunn for denne bevisvurderingen. Det er det heller ingen annen lovbestemmelse som gjør. De normative bevisteoriene kan således fungere som anbefalinger til bevisbedømmeren om hvordan det skal resonneres ved bevisbedømmelsen.<sup>107</sup> Strandbakken gir uttrykk for at bevisteorier bør ha et normativt formål, slik at de etter hvert kan få status som bindende normer ved at domstolene faktisk anvender dem.<sup>108</sup>

Å gå grundig gjennom de bevisteorier som har utviklet seg i teorien blir for omfattende for denne oppgaven, men jeg vil videre i oppgaven bruke noen av disse teoriene som eksempler.

---

<sup>105</sup> Strandbakken (2003) s. 215.

<sup>106</sup> Store norske leksikon, nettversjon.

<sup>107</sup> Strandbakken (2003) s. 215.

<sup>108</sup> l.c.

#### 4.2.2 Bør bevisbedømmelsen skje etter konkrete metoder?

Ser vi hen til praksis, er det lite som tyder på at valg av bevismetode er noe dommerne bruker mye tid på å vurdere.<sup>109</sup> Overført til oppgavens kjerne, er spørsmålet om vurderingen av tiltaltes tilregnelighet bør skje etter en konkret metode, eller om det kun skal stilles et krav til overbevisningens styrke, og deretter la det være opp til dommeren å avgjøre hvordan han vil nå denne overbevisningen.

Strandbakken er i sin avhandling inne på flere fordeler ved at dommerne er mer bevisst på nettopp valg av metode.<sup>110</sup> For det første hevder han at dommeren blir tvunget til å være mer bevisst på at bevisene må gjennomgås nøye og kritisk. Ser vi dette opp mot historiske bevisteorier, ser vi for eksempel at en ”verdimetode” krever at dommeren må sette en konkret verdi på hvert enkelt bevis, og deretter avveie vekten av bevisene totalt sett.<sup>111</sup>

Jeg kan nok være enig i at en oppnår den fordel at dommeren faktisk må gå nøye gjennom det som taler for og det som taler imot tilregnelighet, all den tid dommeren må verdsette de forskjellige bevistemaene. Samtidig fremstår det for meg uklart hvorvidt dette tilfører noe annet enn det som allerede følger av at dommeren har en plikt til å påse at saken er godt nok opplyst. Dommeren har en plikt til å vurdere tiltaltes tilregnelighet på en grundig og objektiv måte, slik at en eventuell bevismetode ikke vil tilføre mye utover dette.

For det andre, hevder Strandbakken at en får en reduksjon i usaklige og subjektive elementer ved bevisbedømmelsen, noe som fører til at sannsynligheten for likhet for loven øker.<sup>112</sup> Etter min mening kommer dette an på hvilken bevismetode som brukes. Velger en for eksempel det som tradisjonelt har blitt kalt ”beslutningsmetoden”, er det klart at en avveining mellom nytte og ulempe lett kan bli en subjektiv vurdering. Etter denne metoden skal dommeren vurdere samfunnsnyttene av dommen, opp mot ulempene av en uriktig

---

<sup>109</sup> Ibid. s. 236.

<sup>110</sup> I.c.

<sup>111</sup> Ibid s. 216

<sup>112</sup> Ibid. s. 236



dom.<sup>113</sup> For at en bevismetode skal fungere som en faktor for å redusere subjektiviteten i vurderingen, er det en forutsetning at metoden leder til en objektiv vurdering.

Valg av metode vil være påvirket av de kravene som settes til beviset styrke. I straffesaker må metoden være egnet til å overbevise dommeren utover enhver rimelig tvil. En konkret bevismetode kan nok være med på å redusere antall tilfeller av vanskelig tvilssituasjoner for dommeren. Det er likevel klart at det vil være tilfeller der dommeren, etter en grundig og nøye vurdering av sakens bevis, fremdeles er i tvil om tiltaltes sinnstilstand. Utvikling av en bevismetode vil ikke være med på å avgjøre hvilken vei en da skal velge. Min oppfatning er at en bevismetode kan være gunstig for å sile ut tilfeller som ellers ville fremstått som tvilsomme, men de gir ingen løsning for dommeren i de tilfellene han selv etter vurderingen er i tvil.

### **4.3 Det generelle beviskravet i strafferetten**

Kravet til bevisets styrke regulerer i hvilken grad retten må være overbevist om at en påstand om faktum er i samsvar med det faktiske hendelsesforløp, før det kan legges til grunn. For at vi skal være sikre på at like tilfeller behandles likt, kreves det at dommeren er bundet av et beviskrav. Før jeg går nærmere inn på spørsmålet om i hvilken grad retten må være overbevist om tiltaltes tilregnelighet, vil jeg først kort gjøre rede for det generelle beviskravet i strafferetten.

#### **4.3.1 Hensyn bak beviskravet**

Hvor strengt beviskrav en ønsker å pålegge retten, avhenger av hvilke hensyn en ønsker å tilgodese. Er det viktigste å finne frem til det faktiske hendelsesforløpet, eller er hensynet til å unngå uriktige domfellelser viktigere? Jo større vekt en legger på hensynet til å unngå uriktig domfellelser, jo flere regler må en ha som sikrer at ikke uskyldige mennesker blir dømt. Dette går nødvendigvis på bekostning av hensynet til å nå frem til det faktiske hendelsesforløp, gjerne kalt det materielle sannhetsprinsipp.

---

<sup>113</sup> Ibid. s. 223.

Som vi ser, går hensynet til uskyldspresumsjonen og ønsket om å komme frem til flest materielt riktig avgjørelser lett på akkord med hverandre. Jo høyere beviskrav som kreves av hensyn til tiltalte og uskyldspresumsjonen, jo mer øker sannsynligheten for å frikjenne en som faktisk er skyldig. Overført til spørsmålet om tilregnelighet; jo høyere beviskrav som kreves for å bevise tilregneligheten, jo mer øker også sjansen for å anse tilregnelige lovovertredere for utilregnelige. Dette fordi uskyldspresumsjonen gir tiltalte fordel av rimelig tvil, og det vil da oppstå tilfeller hvor retten med sannsynlighetsovervekt mener at tiltalte er tilregnelig, men fordi det foreligger en rimelig tvil likevel må erklære han utilregnelig. Begrunnelsen for det høye beviskravet sies da å være rettferdiggjort på bakgrunn av moralske grunner.<sup>114</sup>

At hensynet til uskyldspresumsjonen og det materielle sannhetsprinsipp har blitt tillagt svært forskjellig vekt, kommer tydelig frem dersom vi ser hen til skillet mellom civil law og common law. Civil law kjennetegnes typisk ved at et folkevalgt organ kodifiserer reglene i form av lover.<sup>115</sup> Dommene har liten verdi som prejudikater. Civil law-systemet med sin inkvisisjonsprosess, har tradisjonelt vært kjent for å gå langt i å tilgodese ønsket om å finne frem til sannheten, det vil si det faktiske hendelsesforløp.<sup>116</sup> Common law kjennetegnes ved at retten blir til, og utvikles, gjennom domstolene.<sup>117</sup> Det er liten grad av kodifisering av de regler som blir til gjennom domstolene, og dommene har stor verdi som prejudikater. Partsprosessen er kjent for å gå langt i å sikre tiltaltes rettigheter,<sup>118</sup> og det legges stor vekt på uskyldspresumsjonen, ofte på bekostning av det materielle sannhetsprinsipp.

Norge har blitt regnet som en del av civil law-systemet på grunn av vår hyppige kodifisering av lovregler. På den andre siden har det blitt hevdet at vår prosess bygger på

---

<sup>114</sup> Strandberg (2012) s. 178.

<sup>115</sup> Merryman (1985) s. 22.

<sup>116</sup> Van Caenegem (1999) s. 79.

<sup>117</sup> Merryman (1985) s. 22.

<sup>118</sup> Van Caenegem (1999) s. 79.

partsprosessen fra common law, dog med innslag fra det inkvisitoriske system.<sup>119</sup> Det blir for omfattende for denne oppgavens del å gå nærmere inn på hvilken prosess norsk rett bygger på, da det er mange delte meninger om dette.<sup>120</sup> Jeg vil kun poengtere at vi med tanke på beviskravet langt på vei må kunne sies å ha inntatt en typisk partsprosesstilnærming, da uskyldspresumsjonen står sterkt i straffesaker. For å sikre tiltaltes rettigheter etter uskyldspresumsjonen, stilles det i utgangspunktet et strengt beviskrav i norsk rett. Dette går som nevnt ofte på bekostning av det materielle sannhetsprinsipp.

#### 4.3.2 Hjemmel

Det generelle beviskravet er ikke lovfestet, men bygger på sedvanerett. Det er gjeldende rett at skylden må være bevist ”utover enhver rimelig tvil”. Til illustrasjon viser jeg til Rt. 1998 s. 1945, der Høyesterett uttaler at ”Prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et gammelt og grunnleggende rettsikkerhetsideal...”.<sup>121</sup> Det samme kommer også til uttrykk i forarbeidene.<sup>122</sup>

#### 4.3.3 Hva menes med ”rimelig tvil”?

Begrepet ”rimelig tvil” er etter ordlyden et skjønnsmessig og subjektivt krav. Hva menes så med at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode?

Etter straffeprosessloven § 306 andre ledd, kan ikke anke til Høyesterett bygge på feil ved bevisbedømmelse under skyldspørsmålet. Det kan på grunn av dette være vanskelig å finne formuleringer av beviskravet i rettspraksis. Dersom underinstansens formulering av beviskravet gir uttrykk for feil beviskrav, vil dommen kunne bli opphevet på grunn av feil rettsanvendelse. I disse tilfellene kan vi finne uttalelser fra Høyesterett om hvordan beviskravet må forstås. Positivt angitt har høyesterett gitt uttrykk for at det kreves ”fullt

---

<sup>119</sup> Se for eksempel Strandbakken (2003) s. 172.

<sup>120</sup> I.c.

<sup>121</sup> Rt. 1998 1945 s. 1947.

<sup>122</sup> NOU 1990:5 s. 53 pkt. 3.1.5.

bevis” for domfellelse. Negativt angitt gis det uttrykk for at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>123</sup>

Høyesterett uttalte i Rt. 1999 s. 14 at: ”I straffeprosessen gjelder regelen om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse”.<sup>124</sup> Juridisk teori har også støttet opp om denne forståelsen av beviskravet. I artikkelen ”Bevist utenfor enhver rimelig tvil” støtter Kolflaath seg på andre teoretikere, idet han gir uttrykk for at det i de fleste tilfeller vil være mulig å se for seg et hypotetisk hendelsesforløp som ikke stemmer overens med tiltalen. Dersom dette hendelsesforløpet ikke kan anses som et *rimelig eller fornuftig* hendelsesforløp, vil det heller ikke foreligge rimelig tvil.<sup>125</sup> Vi ser at begrepene ”rimelig” og ”fornuftig” brukes vekselvis både av Høyesterett og i juridisk teori, for å forklare beviskravet.

Strandbakken viser på sin side til Modern Federal Jury Instructions § C 21:

”If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty.”<sup>126</sup>

Det er også dette Bratholm gir uttrykk for i sin forståelse av kravet:

”Filosofisk sett kan det meste trekkes i tvil, men en slik rent teoretisk tvil skal ikke komme tiltalte til gode. Hvis retten etter å ha vurdert bevisene, kommer til at det praktisk sett ikke kan være tvilsomt at tiltalte er skyldig, skal den avsi fellende dom”.<sup>127</sup>

Bratholms forklaring samsvarer som vi ser godt med Modern Federal Jury Instruction, idet han gir uttrykk for at rimelig grad av sikkerhet er oppnådd når det praktisk sett ikke kan

---

<sup>123</sup> Se for eksempel Rt. 1978 882 s. 883.

<sup>124</sup> Rt 1999 14 s. 24.

<sup>125</sup> Kolflaath (2011) s. 146.

<sup>126</sup> Strandbakken (2003) s. 366.

<sup>127</sup> Ibid. s. 361.

være tvilsomt (jfr, ”no real possibility”) at tiltalte har begått den aktuelle handling.<sup>128</sup> Etter dette kan det synes som at det gis en anvisning på en vurdering av de hypotetiske hendelsesforløps faktiske sannsynlighet.

Etter gjeldende rett må beviskravet vurderes opp i mot de forskjellige bevismomentene som foreligger i den enkelte sak samlet. Hvert enkelt bevis trenger derfor ikke være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge retten sitter igjen med overbevisningen om at bevisene til sammen fjerner all rimelig tvil. Dette har lenge vært ansett som gjeldende rett, og kommer for eksempel til uttrykk i Rt. 2005 s. 1353:

”Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen”.<sup>129</sup>

#### 4.3.4 Angivelser av beviskravet i prosent

Det har vært hyppig drøftet hvorvidt en kan angi en grad av prosent for at hendelsesforløpet skal anses ”bevist utover enhver rimelig tvil”. Dette er for eksempel i samsvar med bevisteorien kalt ”frekvensmetoden”, som forutsetter at det skal settes en verdi på hvert enkelt bevis.

På den ene siden gjør en prosentfastsettelse av beviskravet at vurderingen tilsynelatende fremstår som mer klar. Dersom en kan si at dommeren for eksempel må være 95% sikker før tiltalte kan dømmes, skaper dette en slags trygghet om at alle dommere forholder seg til det samme beviskravet. Det blir likevel en falsk trygghet, fordi verken omstendighetene i en sak eller den menneskelige hjerne, er konstruert på en slik måte at det vil være mulig for en dommer å legge seg på et sannsynlighetsnivå. Skulle det kreves at dommeren gjør nettopp dette, ville vi likevel ikke hatt noen garanti for at dommerne la den samme utregningsmetoden til grunn. Dommeren kan selvsagt i sitt stille sinn anslå hvilken grad han setter på sin tvil eller sikkerhet, men det vil ikke kunne fungere som en objektiv

---

<sup>128</sup> Bratholm (1980) s. 95.

<sup>129</sup> Rt. 2005 1353 avsnitt 14.

målestokk. Det vil også være vanskelig å sette et prosenttall på noe som en ofte ikke kan være 100% sikker på.

Teoretisk sett kan det nok være mulig å sette en sannsynlighetsprosent på beviskravet, og den kan nok også ha sine fordeler. Eckhoff argumenterer blant annet for dette, i det han sier at ”de ord som står til rådighet dels er flertydige, og dels dårlig egnet til å angi nyansforskjeller”.<sup>130</sup>

Jeg er enig med Eckhoff i de fordeler han angir at en fastsettelse av beviskravet gir, men når dommerne skal ta stilling til om beviskravet er oppfylt, er de nødt til å bruke nettopp disse flertydige ordene for å komme frem til en konklusjon. Dersom dommeren for eksempel gir uttrykk for at han er 95% sikker på at tiltalte har handlet i samsvar med gjerningsbeskrivelsen, viser dette ikke noe annet enn hvilken prosent dommeren etter en subjektiv vurdering setter på sin egen sikkerhet. Det vil etter min mening være lite hensiktsmessig dersom for eksempel teoretikere anvender sannsynlighetsprosenter, mens dommerne er etterlatt til å angi sin grad av overbevisning med ord.

#### 4.3.5 Forholdet til Den europeiske menneskerettighetserklæring

Det har vært diskutert hvorvidt Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 2 oppstiller visse krav til bevisets styrke.<sup>131</sup> Dersom en ser hen til praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) foreligger det, så vidt meg bekjent, ingen uttalelser om hvilket beviskrav som må stilles. Strandbakken er derimot inne på at dersom en ser hen til hensynene bak bestemmelsen, å hindre uriktig domfellelser,<sup>132</sup> må en kunne si at EMK art. 6 nr. 2 oppstiller et visst minstekrav. Konklusjonen må likevel være at verken artikkelen i seg selv eller praksis fra EMD gir noen holdepunkter for å anslå et mer spesifikt beviskrav.

---

<sup>130</sup> Strandbakken (2003) s. 369.

<sup>131</sup> Ibid. s 343.

<sup>132</sup> l.c.

#### 4.3.6 Gjelder det samme beviskravet for alle bevistemaene i en straffesak?

Ser vi hen til hensynet bak det strenge beviskravet i strafferetten, begrunnes dette i hensynet til å unngå uriktig domfellelser. Spørsmålet er om dette hensynet gjør seg gjeldende i like stor grad i forhold til alle straffbarhetsvilkårene, da særlig tilregnelighetsvilkåret. Spørsmålet er hvor mye kravet kan differensieres på bakgrunn av en slik tankegang. Det vil si: hvor sikre må dommerne være på at tiltalte har handlet slik som beskrevet i tiltalen, og hvor sikre må de være på at tiltalte var tilregnelig i gjerningsøyeblikket?

Jeg vil først se nærmere på hvordan lovgivningene har behandlet spørsmålet om beviskravet til tiltaltes tilregnelighet, før jeg gå nærmere inn på en vurdering av hvorvidt dette kravet kan differensieres.

## 5 Beviskravet ved tilregnelighetsvurderingen: De lege lata

### 5.1 Lover

Spørsmålet om i hvilken grad dommeren må være overbevist om tiltaltes tilregnelighet, er i dag på mange måter et uavklart og vanskelig spørsmål. Som nevnt innledningsvis er beviskravet i forhold til tilregnelighetsvurderingen ikke kommet til uttrykk i noen lovbestemmelse. Dette har kommet til uttrykk i for eksempel Rt. 1979 s. 143. Høyesterett presiserte at det ikke er gitt lovregler om hvilke krav til bevis som må stilles ved en tilregnelighetsvurdering, og at det også ville være vanskelig å gjøre nettopp dette.

### 5.2 Rettspraksis og forarbeider

Høyesterett tok som nevnt stilling til beviskravet i Rt. 1979 s. 143. Jeg vil nå redegjøre for denne saken da den er av betydningen for rettstilstanden fra 1979 og frem til i dag.

En 20 år gammel mann var tiltalt for drap etter straffeloven § 233. Lagmannsretten dømte tiltalte til seks års fengsel. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt det var feil i

lovanvendelsen når lagmannen i rettsbelæringen ga uttrykk for at det ikke stilles samme krav til bevis for tiltaltes tilregnelighet, som når det gjelder om han har handlet i samsvar med den objektive gjerningsbeskrivelsen. Høyesterett kom til at det ikke forelå feil ved lagmannsrettens rettsbelæring.

Det som i denne saken har vært avgjørende for rettstilstanden, er Høyesteretts formulering av beviskravet. Da denne formuleringen danner utgangspunktet for gjeldende rett, vil jeg gjengi Høyesteretts uttalelse:

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

Den rettssetning som lagmannen ga uttrykk for, og som førstvoterende sluttet seg til, har likhetstrekk med Andenæs’ vurdering i 1965.<sup>133</sup> Andenæs uttalte:

”... må det visst være klart at man ikke kan stille slike krav til bevisets styrke når det gjelder tilregnelighetsspørsmålet som når det gjelder spørsmålet om tiltalte har forøvet gjerningen”.

Vurderingenes likhetstrekk kan tyde på at Høyesterett i 1979 sluttet seg til det eneste som forelå av juridisk litteratur på dette tidspunkt.

---

<sup>133</sup> Andenæs (1965) s. 302.



Høyesterett konstaterte at en presis formulering av beviskravet ikke kan utledes av loven, men at spørsmålet om tilregnelighet må besvares med nei dersom det i den konkrete sak foreligger slik rimelig tvil.

Høyesterett ga altså uttrykk for at det ikke er nødvendig med samme grad av sikkerhet for å si at tiltalte er tilregnelig, som for å si at han har handlet i samsvar med gjerningsbeskrivelsen. Det er likevel ikke nok med en overvekt av sannsynlighet. Dette har blitt fulgt opp i blant annet Rt. 2003 s. 23. Høyesterett viste her til dommen fra 1979 og til Ot.prp.nr. 87.<sup>134</sup> De nevnte forarbeider inneholder følgende beskrivelse av kravet:

”Departementet legger etter dette til grunn at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke for tilregnelighet som for den omstendighet at den tiltalte har begått den handlingen tiltalen gjelder. På den andre siden vil det ikke uten videre være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt”.

Vi ser at departementet gir uttrykk for det samme som Høyesterett ga uttrykk for i Rt. 1979 s. 143. Videre uttalte Høyesterett i Rt. 2003 s. 23 at når retten har lagt vekt på de sakkyndiges konklusjon, premissene for konklusjonen og deres muntlige forklaringer under hovedforhandlingen, og sammenholdt dette med de øvrige bevis i saken, er det ikke krav i verken lov eller praksis om at det utledes en mer presis formulering av beviskravet.

I Rt. 1998 s. 1945 uttalte Høyesterett at det etter dagens rettstilstand ikke kan kreves like stor grad av overbevisning, men at beviskravets grad må bero på sakens art, og at det er tale om nyanser.

For å illustrere at dommere fremdeles legger denne forståelsen til grunn, viser jeg til LF-2011-182122 fra april 2012. Her bekreftet lagmannsretten at det ikke stilles krav om den samme sannsynlighet som med hensyn til bevis for øvrig:

---

<sup>134</sup> Ot.prp.nr. 87 (1993-1994) s. 114-115.

”Tvil om tilregnelighet skal som annen tvil komme tiltalte til gode. Det kreves imidlertid ikke den samme til visshet grensende sannsynlighet som med hensyn til bevis for øvrig, jf Rt-1979-143”.

### 5.3 Komparativt perspektiv

Også i Sverige og Danmark er utgangspunktet at det kreves at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.<sup>135</sup> Hvorvidt dette også er tilfelle under spørsmålet om tilregnelighet, er ikke like sikkert. Jeg vil nå gi en kort redegjørelse for rettstilstanden i Sverige og Danmark.

#### 5.3.1 Rettstilstanden i Danmark

Utgangspunktet i dansk rett er det samme som etter norsk rett.<sup>136</sup> Den som på gjerningstidspunktet er utilregnelig på grunn av ”sindssygdом eller tilstande, der må ligestilles hermed”, kan ikke straffes, jfr. den danske straffelov § 16 stl. 1, 1.pkt. Den danske regelen samsvarer likevel ikke med den norske regelen, all den tid den danske regelen krever at det foreligger en sammenheng mellom den kriminelle handlingen og sinnssykdommen.

Et interessant aspekt ved den danske ordningen, er at det ved saker som behandles med jury, ikke tas stilling til tiltaltes sinnstilstand på gjerningstidspunktet før ved reaksjonsfastsettelsen.<sup>137</sup> Etter Retsplejeloven § 891 stk. 2, slås det fast at det ved vurderingen av tiltaltes skyld, ikke skal tas stilling til hvorvidt tiltalte var sinnssyk på gjerningstidspunktet. Dette vil da blitt tatt stilling til først ved reaksjonsfastsettelsen.

Når det gjelder beviskravet til vurderingen av hvorvidt tiltalte er tilregnelig, er det hevdet at det kun konstateres sinnssykdom dersom det er nesten *sikkert* at vedkommende lider av en sinnssykdom, og at det derfor kreves markante bevis *for* sinnssykdom for å frifinne.<sup>138</sup> Vi

---

<sup>135</sup> Strandbakken (2003) s. 255.

<sup>136</sup> Jacobsen (2004) s. 28.

<sup>137</sup> Kamber (2013)

<sup>138</sup> Ibid

ser altså at de i Danmark tar det motsatte utgangspunkt i forhold til vurderingen. Utgangspunktet er der at vedkommende ikke lider av en sinnssykdom, og at det kreves svært sterke bevis for å stadfeste sinnssykdom.<sup>139</sup> Fordi det kreves at sinnssykdommen må være årsaken til utilregneligheten, må dommeren etter at det er konstatert sinnssykdom, vurdere tilregneligheten i det konkrete tilfelle.

### 5.3.2 Rettstilstanden i Sverige

Rettstilstanden i Sverige bygget tidligere på det samme utgangspunkt som både norsk og dansk rett. Dette ble derimot endret ved innføringen av Brottsbalken (BrB) i 1962. Spørsmålet om tilregnelighet er der flyttet fra skyldspørsmålet til straffeutmålingen.<sup>140</sup> Etter BrB kan den som lider av en ”allvarlig psykisk störning” i utgangspunktet ikke ilegges fengselsstraff.<sup>141</sup> Under straffutmålingen er det opp til retten å vurdere hvilken sanksjon som er mest hensiktsmessig. En utilregnelig lovovertreder kan i utgangspunktet ikke ilegges fengselsstraff.<sup>142</sup>

Dersom retten kommer til at straffbarhetsbetingelsene foreligger, må det altså tas stilling til hvilken reaksjonsform som skal ilegges. Det er under denne vurderingen at betydningen av tiltaltes utilregnelighet spiller en rolle. Hvilket beviskrav stilles så til denne vurderingen? Det følger av BrB kapittel 29 og 30 at domstolens reaksjonsvalg skal avgjøres på grunnlag av flere faktorer; lovbruddets straffverdighet og art, samt tiltaltes kriminelle fortid.<sup>143</sup> Hvordan disse faktorene avveies mot hverandre gir ikke loven holdepunkter på.<sup>144</sup> Det vil si at dommeren er overlatt til en skjønnsmessig vurdering av sanksjonsalternativenes hensiktsmessighet.

Drapene utført av fenrik Mattias Flink i 1994 satt i gang en strafferettslig reform i Sverige. Fenriken var utilregnelig i gjerningsøyeblikket, og kunne således ikke ilegges

---

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Jacobsen (2004) s. 29.

<sup>141</sup> BrB 30 kap. 6 §.

<sup>142</sup> Jacobsen (2004) s. 30.

<sup>143</sup> Nordh (2012) s. 54.

<sup>144</sup> l.c.

fengselsstraff. Samtidig var han ikke utilregnelig da saken kom opp for domstolen, og behandling var derfor ikke hensiktsmessig.<sup>145</sup> Det ble reagert sterkt på denne mangelen på sanksjonsmuligheter, og det kan se ut som at det også i Sverige går mot en ordning der utilregneligheten vurderes under skyldspørsmålet.<sup>146</sup>

#### **5.4 Konklusjon dagens rettstilstand**

Det vi kan utlede fra disse rettskildene angående dagens rettsstilling, er at Høyesterett legger seg på et lavere sannsynlighetsnivå enn ved de øvrige straffbarhetsvilkårene, men at sannsynlighetsovervekt ikke er tilstrekkelig. Det problematiske med dette er at det finnes et vidt spekter fra den rene sannsynlighetsovervekt til at noe må anses bevist utover enhver rimelig tvil. Dersom vi, på tross av tidligere utvist skepsis, skulle forsøkt å sette en sannsynlighetsprosent på bevisets styrke, sier ikke disse dommene og forarbeidene noe annet enn at det må kreves noe mellom 51% og 100%.

Et annet spørsmål som må stilles er hva det er som skal bevises; tilregneligheten eller utilregneligheten? Tar en utgangspunkt i at all rimelig tvil skal komme tiltalte ”til gode”, og ”til gode” sies å være utilregnelighet og straffrihet, er det tilregneligheten som må bevises. I Norge er dette gjeldende rett. Dette har nær sammenheng med uskyldspresumsjonen. Fordi uskyldspresumsjonen krever at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, og et av straffbarhetsvilkårene nettopp er tilregnelighet, er det tilregneligheten som må bevises. Er dommerne i tvil, vil de konkludere med at tiltalte er utilregnelig. Er de sakkyndige i tvil, vil de derimot konkludere med at tiltalte er tilregnelig. I psykiatrien er alle mennesker ”normale”, inntil det motsatte er godtgjort. Dette kom til uttrykk allerede i 1898 med politilege Winge:

---

<sup>145</sup> Gran (2012) s. 54.

<sup>146</sup> l.c.

”Indtil det er godtgjort, at et Menneske lider af Sindssygd, gaar man ud fra, at denne Sygd i det givne Tilfælde ikke er tilstede, fordi man maa forudsætte, at det sunde er Regelen, det syge Undtagelsen”.<sup>147</sup>

Dette er en interessant problemstilling, all den tid det kompliserer vurderingen av tiltaltes tilregnelighet. Det er riktignok klart at det i de fleste sammenheng er hensiktsmessig for psykiatere å ta utgangspunkt i at en person er frisk ved vurderingen av en eventuell diagnose, men det har aldri vært problematisert hvorvidt dette også er et hensiktsmessig utgangspunkt når det kommer til vurderingen av lovovertridere. Hensiktsmessigheten må vurderes opp i mot de ulemper det kan medføre at dommerne og de sakkyndige tar to forskjellig utgangspunkt, og her må det også vurderes hvorvidt det er hensiktsmessig at det er mindre rom for klinisk tvil enn for rettslig tvil. På den ene siden kan det muligens gjøre vurderingen vanskelig for de sakkyndige, all den tid de blir tvunget til å foreta vurderingen på en ukjent måte. Samtidig kan det ikke være noe i veien for at det utvikles retningslinjer som gjør denne vurderingen lettere, på tross av at den kan virke ukjent for psykiaterne.

En annen problematisk side ved vurderingen, er at dommerne blir overlatt til å først vurdere om det er bevist ”utover enhver rimelig tvil” at tiltalte har begått den objektive handling, for deretter å vurdere om tilregneligheten er bevist ”utover enhver rimelig tvil”. Det problematiske med dette er at samme ordlyd benyttes, men etter Rt. 1979 s. 143 gis de forskjellig innhold.<sup>148</sup> Den usikkerhet dette har ført til, ser vi for eksempel i aktors prosedyre i rettsaken etter terrorangrepene 22. juli 2011. Aktor ga uttrykk for at det faktum at det var sådd tvil omkring tiltaltes tilregnelighet, var nok til at tiltalte ikke kunne anses tilregnelig.<sup>149</sup> Fordi hvilket beviskrav som stilles er så uklart, kan ikke denne slutningen ukritisk legges til grunn.

---

<sup>147</sup> Winge (1898) s. 8.

<sup>148</sup> Strandbakken (2003) s 407.

<sup>149</sup> NRK, Dagsnytt 18, 4. januar 2012. Sitert fra Gran (2012) s. 14.

## 6 Beviskravet ved tilregnelighetsvurderingen: De lege ferenda

### 6.1 Innledning

Det har vært hevdet at det i visse tilfeller kan være til tiltaltes ”gode” å bli erklært tilregnelig.<sup>150</sup> Spørsmålet i denne sammenheng er hvorvidt beviskravet kan differensieres på bakgrunn av at de hensyn som begrunner et strengt beviskrav, muligens ikke gjør seg gjeldende i samme grad. Det strenge beviskravet i forhold til hvorvidt tiltalte har handlet som beskrevet i tiltalen, bygger på en tanke om at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt. Er det nødvendigvis bedre at ti tilregnelige blir frikjent eller overført til tvunget psykisk helsevern, enn at en utilregnelig blir dømt til fengselsstraff? Dersom det ikke er til tiltaltes ”gode” å bli erklært utilregnelig, forsvinner mye av tyngden i de hensynene som begrunner et strengt beviskrav. For å kunne svare på dette, må det fastslås i hvilken retning en feil vurdering av tiltaltes sinnstilstand vil ha de alvorligste konsekvenser. Dette vil avhenge av flere faktorer, som for eksempel den konkrete saks omstendigheter, da særlig lovbruddets grovhet og tiltaltes egen opplevelse av situasjonen.

Som jeg vil gjøre rede for videre i denne oppgaven, vil kravet til grad av overbevisning avhenge av de hensynene en ønsker å tilgodese. Det vil også avhenge av hva som ligger i at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, og hvor sterkt en anser at dette bør stå i forhold til tilregnelighetsvurderingen. Det synes klart at ved vurderingen av hvorvidt tiltalte er tilregnelig eller ikke, kan beviskravet senkes noe. Hvor mye det kan senkes, er derimot ikke klart, og det er nettopp det denne delen av oppgaven vil ta for seg. Samtidig vil vekten av det materielle sannhetsprinsipp ha betydning for hvilket beviskrav som bør velges. Jeg vil nå gå nærmere inn på disse hensynene, for deretter å vurdere hvilke krav som bør stilles.

#### 6.1.1 Betydningen av at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode

Spørsmålet om hva som er ”til gode” for tiltalte, er ukomplisert nok når det kommer til spørsmålet om tiltalte har utøvet den adferd som beskrives i tiltalen. Normalt vil tiltalte

---

<sup>150</sup> Bøhn (2012) 1.merknad.

være tjent med at retten kommer til at vedkommende ikke har handlet i samsvar med den aktuelle gjerningsbeskrivelse. Begrunnelsen for det strenge beviskravet står derfor sterkt i disse tilfellene. Det er ikke like ukomplisert når det kommer til hvorvidt tiltalte er tilregnelig eller ikke. Hva menes da med ”til gode” i forhold til denne vurderingen?

Som nevnt innledningsvis, har straff, herunder fengsel, blitt ansett som et onde, mens behandling, herunder overføring til tvunget psykisk helsevern, blitt ansett som et gode. Debatten etter terrorangrepene 22. juli har problematisert denne konklusjonen, dog uten at diskusjonene har ført til noe klart svar på spørsmålet. Tiltalte i saken mente selv at han var tilregnelig, og han ønsket derfor også å bli funnet tilregnelig.

Spørsmålet videre er hvorvidt dommeren i den konkrete sak må vurdere hva som er ”til gode” for tiltalte i den aktuelle saken, eller om det må utformes et generelt svar på hva som ligger i ”til gode”? Andenæs var inne på dette allerede i 1965,<sup>151</sup> men gjorde ingen forsøk på å besvare det. Før jeg går nærmere inn på dette spørsmålet, vil jeg gi en redegjørelse for de alternative utfallene av en dom, da dette er hensiktsmessig å ha klart for seg når det vurderes hva som er ”til gode” for tiltalte.

#### 6.1.1.1 Alternative utfall av en dom

For det første kan dommeren komme til at tiltalte er tilregnelig, og deretter dømme han til enten en tidsbestemt eller en tidsubestemt fengselsstraff, såkalt forvaring. Dersom dommeren kommer til at tiltalte er utilregnelig, må det vurderes hvorvidt tiltalte oppfyller vilkårene for å bli overført til tvunget psykisk helsevern. Gjør han ikke dette, blir resultatet at tiltalte ikke kan ilegges noen sanksjon (med unntak av inndragning etter straffeloven § 34). Mulig konsekvenser av en dom er altså tidsbestemt fengsel, forvaring, overføring til tvunget psykisk helsevern eller fravær av sanksjon.

---

<sup>151</sup> Andenæs (1965)

#### 6.1.1.2 I hvilken retning vil feil konklusjon innebære de alvorligste konsekvenser?

Spørsmålet om i hvilken retning feil konklusjon innebærer alvorligst konsekvenser skaper problemer, fordi svaret er situasjonsbetinget og derfor vil variere fra sak til sak. Dette vil jeg nå redegjøre nærmere for.

For det første er problemstillingen vanskelig, all den tid svaret vil avhenge av om vi forsøker å utforme en generell regel om beviskravet, eller om vi forsøker å gi uttrykk for hvilke momenter dommeren i den konkrete sak skal ha adgang til å legge vekt på under vurderingen av tiltaltes tilstand. Forskjellen er at dersom en forsøker å utforme en generell beviskravsregel, må hva som er ”til gode” for tiltalte vurderes av lovgiver på et generelt nivå. Dersom en forsøker å gjøre rede for hva som er ”til gode” for tiltalte i den aktuelle sak, må dommeren vurdere dette i forhold til den konkrete tiltalte.

For det andre er problemstillingen vanskelig, fordi svaret på hva som er til gode for tiltalte i stor grad vil variere i de konkrete saker. Svaret vil også variere med hvilken holdning den enkelte jurist har til straffrihetsreglene i utgangspunktet. Det er likevel et viktig spørsmål i debatten om hvilket beviskrav som må kreves, og jeg vil derfor gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Straff har som nevnt tradisjonelt sett blitt betraktet som samfunnets største inngripen i en borgers rettssfare. I utgangspunktet skulle dette tilsi at det er verre feilaktig å dømme noen til fengselsstraff, enn feilaktig dømme dem til behandling. Høyesterett har aldri tatt stilling til spørsmålet tidligere, og det kan derfor spørres om vi ukritisk kan legge dette resonnementet til grunn.

Det som etter min mening er klart, er at dersom tiltalte *utvilsomt* er utilregnelig, og han selv ønsker og er motivert til å stille opp til behandling, så vil behandling være ”til gode” for ham. Enten behandlingen skjer på grunn av en dom på overføring til tvunget psykisk helsevern eller ved behandling etter psykisk helsevernloven, vil en utvilsomt utilregnelig lovovertreder ha godt av behandling.



Det essensielle er likevel at tvilen skal komme tiltalte ”til gode” i de tilfellene der det er *tvil* om tiltaltes tilregnelighet. Det er derfor i vår sammenheng mindre interessant hva som er ”til gode” for en som helt klart må være utilregnelig. Dette har jo nettopp lovgiver tatt stilling til ved vurderingen av reglene for straffrihet.

Spørsmålet i vår sammenheng blir som følger: ved tvil under bevisbedømmelsen, er det verre å dømme en tilregnelig til behandling enn å dømme en utilregnelig til fengsel? Dersom det er mulig å gi et svar på det, kan det også være mulig å utforme en generell regel om hva som må regnes som ”til gode” for tiltalte, uten at dommeren må vurdere dette i hvert enkelt tilfelle. Har en svaret på dette, kan det også vurderes hvilket beviskrav som bør settes til tilregnelighetsvurderingen. Jeg vil nå gå nærmere inn på dette spørsmålet.

Et argumentet for at det nødvendigvis ikke er en fordel å bli vurdert som utilregnelig, er som nevnt tanken om at tiltalte fratras evnen til reell virkelighetsoppfatning, og derav også evnen til å ta ansvar for egne handlinger. Dersom en tilregnelig person feilaktig blir erklært utilregnelig, vil dommen innebære at hans evne til å forholde seg til virkeligheten på en realistisk måte anses som betydelig redusert.

Det kan nok etter min mening argumenteres for at en utilregnelighetserklæring potensielt kan innebære et like stort inngripen i forhold til tiltalte. Den effekt en reduisering av en persons selvbestemmelsesrett og skylddevne har, både når det kommer til rehabiliteringsmuligheter og til muligheten for å tilpasse seg samfunnets normer, må ikke undervurderes. Det kan innebære et stort inngrep i en borgers rettssfære å bli fratatt enhver evne til skyld. Det er heller ikke sikkert at det kun er fengsel som medbringer en form for stigmatisering. Ved at det anses at domfelte mangler evne til å forholde seg til omgivelsene på en realistisk måte, kan dette innebære at han ikke bare mister den fysiske friheten, men også den rettslige friheten som ligger i menneskers frie handleevne.

Dersom tiltalte blir erklært utilregnelig og ikke ønsker behandling, er en av de største fordelene muligheten for fravær av sanksjon. Dersom tiltalte blir erklært utilregnelig, og vilkårene for tvungen behandling etter straffeloven § 39 ikke foreligger, er situasjonen den at tiltalte ikke kan ilegges noen sanksjon. Det eneste som her vil være en ulempe for tiltalte, er den påkjenning som ligger i det å bli erklært ”psykotisk”. Denne erklæringen kan riktignok, som nevnt, være et stort inngrep i tiltaltes liv. Ser en bort i fra de tilfeller der den eventuelle straffen er av mindre betydning, som for eksempel en fartsbot, vil muligheten for fravær av sanksjon i de fleste andre tilfeller anses som en mindre inngripen, på tross av en utilregnelighetserklæring. Både dersom tiltalte faktisk er utilregnelig, og dersom han faktisk er tilregnelig, vil frifinnelse med etterfulgt løslatelse i de fleste tilfeller bli ansett som ”til gode”.

”Innesperringen” ved tvungen behandling kan i mange tilfelle være lang og omfattende. En tilregnelig person kan dømmes til forvaring og riktignok bli fratatt friheten for livstid, men dette kan i teorien også være tilfellet ved overføring til tvunget psykisk helsevern. Randi Rosenqvist er inne på dette i en debatt i regi av ICJ-Norge i kjølvannet av terrorangrepene 22. juli 2011.<sup>152</sup> Rosenqvist uttaler at seks måneder er kort tid i et behandlingssynspunkt, men at en kan komme svært langt på for eksempel tre år. Når det kommer til varigheten av den ilagte sanksjon, vil dette derfor avhenge av hvilket lovbrudd vi står ovenfor, men også det aktuelle psykiske avvik og forbedringssynspunktet for dette avviket.

Et annet argument for at en feilaktig dom på fengsel har større konsekvenser enn en feilaktig dom på overføring til tvunget psykisk helsevern, finner vi i behandlingssynspunkter. En tiltalt som faktisk er utilregnelig vil kunne oppleve betydelig lidelser ved at han ikke får den hjelpen han trenger. Det er ikke gitt at en person som faktisk er tilregnelig vil lide i like stor grad ved overføring til tvunget psykisk helsevern. Med dagens mulighet for rehabilitering fratras en utilregnelig lovovertreder en viktig rettssikkerhet ved å overføres til fengsel. Det er riktignok langt i fra ideelt å plassere en

---

<sup>152</sup> Den internasjonale juristkommisjon (2012)

tilregnelig person under behandling, men institusjonen som tar imot vedkommende vil vurdere tilstanden hans for videre behandling og vil da, optimalt sett, ikke iverksette tiltak som kun bør iverksettes overfor alvorlig syke, som for eksempel medisinerer. Å bli utsatt for en slik situasjon når en faktisk ikke har et behandlingsbehov, må likevel kunne sies å være et stort inngrep. På tross av at straff er et stort inngrip i en persons liv, må tvungen behandling av personer uten behandlingsbehov, likevel kunne sies å være det samme.

En annen side av saken er det faktum at selv om dommeren skulle komme til at tiltalte er utilregnelig, er det ikke en nødvendig følge at tiltalte selv er interessert i, eller i stand til, behandling. På tross av at behandlingen er tvungen, vil en ha større sjanser for bedring dersom tiltalte faktisk bidrar til dette. Dersom han overføres til tvunget psykisk helsevern mot sin egen vilje, kan det diskuteres hvorvidt det må anses som et gode for tiltalte. Kanskje er det bare en måte for samfunnet å ”sperre han inne” på, uten å gå på akkord med forbudet mot å straffe utilregnelige lovovertridere?

Et annet argument som har fremkommet under denne debatten om hva som er ”til gode” for tiltalte, er påstanden om at det er en menneskerett å bli stilt til ansvar for sine handlinger.<sup>153</sup> At mennesket har behov for å kunne gjøre opp for sin urett, har blitt sett på som en nødvendig prosess for å kunne forsones seg med sine handlinger.

I hvilken grad dette argumentet gjør seg gjeldende overfor en psykotisk lovbrøyer, kan etter min mening diskuteres. Dersom den kriminelle handling er utført under sviktende virkelighetsoppfatninger, er det ikke nødvendigvis slik at tiltalte ser omfanget av sine handlinger. Skulle dette resonnementet likevel legges til grunn, vil det si at vi fratrar lovovertridere deres menneskerett til å bli stilt til ansvar for sine handlinger. I forhold til de utilregnelige kan dette rettferdiggjøres i tanker om at tungtveiende hensyn tilsier at behandling er viktigere enn hensynet til å stå til ansvar for sine handlinger. Er tiltalte faktisk tilregnelig, er det likevel ingen hensyn som rettferdiggjør å frata vedkommende denne menneskeretten.

---

<sup>153</sup> For eksempel Rosenqvist (2009) s. 60.

Vi ser at det er flere uønskede konsekvenser som oppstår både dersom en tilregnelig feilaktig blir dømt til tvunget psykisk helsevern, og dersom en utilregnelig feilaktig blir dømt til fengsel. Grunnen til at en utilregnelighetserklæring tradisjonelt sett er det domstolene har valgt ved tvil, er nok at de konsekvenser det innebærer for en utilregnelig person å bli dømt til fengsel, anses som så alvorlige at de må unngås. Det strider imot noe iboende i oss å overføre en alvorlig syk person til fengsel sammen med lovovertridere av en helt annen art. Dersom retten er i stor tvil angående tilregneligheten, vil tiltalte ha utvist et slik avvik fra "normaliteten" at vedkommende mest sannsynlig vil ha godt av behandling, på tross av at det ikke var helt klart at han var utilregnelig.

Fordi svaret på spørsmålet er avhengig av den konkrete tiltalte og sakens omstendigheter, vil det være vanskelig å gi et generelt svar på dette spørsmålet. Det vil etter min mening være mer hensiktsmessig å komme frem til en bevismessig løsning der det faktisk er adgang til å ta den aktuelle tiltaltes faktiske tilstand i betraktning, uten å måtte vurdere hva som er "til gode" for utilregnelige lovovertridere på generell basis. En følge av dette er at det må vurderes hvorvidt et strengt beviskrav fremdeles kan, og bør, opprettholdes. Dette vil jeg komme tilbake til.

### 6.1.2 Betydningen av tiltaltes eget ønske

Et annet spørsmål det må tas stilling til under vurderingen av hvorvidt rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, er i hvilken grad det skal være adgang til å ta hensyn til tiltaltes eget ønske ved denne vurderingen. Dette spørsmålet har vært forsøkt besvart tidligere, men det synes vanskelig å komme frem til en konklusjon.<sup>154</sup>

Det må være klart at i de tilfellene der det ikke foreligger tvil, er dommeren bundet til å avsi dom i samsvar med sin egen overbevisning. Spørsmålet gjør seg derfor kun gjeldende

---

<sup>154</sup> Bøhn (2012) 1.merknad.

dersom det foreligger tvil omkring tiltaltes sinnstilstand, og det må vurderes hvordan, og om, denne tvilen skal komme tiltalte til gode.

I debatten som har pågått i kjølvannet av terrorangrepene 22.juli 2011 har det vært hevdet at en ved tvil burde kunne legge vekt på tiltaltes eget ønske.<sup>155</sup> Dette har vært begrunnet i at tiltalte må være nærmest til å avgjøre hva som er ”til gode” i det konkrete tilfelle.

Det må være klart at rettsstilstanden rundt hvorvidt det er adgang til å legge vekt på tiltaltes eget ønske om et visst utfall av en tilregnelighetsvurdering når det foreligger tvil, er uklar. Spørsmålet var oppe i en lagmannsrettsdom, LA-2009-89796. Tiltalte ønsket her å bli ansett som tilregnelig. Forsvareren anførte at ”når det foreligger rimelig og fornuftig tvil omkring dette spørsmålet, må tvilen komme tiltalte til gode, og retten må derfor dømme etter tiltaltes ønske”. Spørsmålet kom likevel ikke på spissen, all den tid retten fant at tiltalte var ”utvilsomt psykotisk”. Tiltalte anket til Høyesterett, se Rt. 2010 s. 346, men Høyesterett kom til at lagmannsrettens lovanvendelse ikke var feil.

Som jeg har redegjort ovenfor, foreligger det flere forskjellige utfall av en dom. Tiltalte kan ikke stå fritt til å si at dersom utilregnelighetserklæringen vil føre til fravær av sanksjon vil ”til gode” for han være utilregnelig, mens dersom dommeren under straffutmålingen vil komme til at han fyller vilkårene for overføring til tvunget psykisk helsevern, vil ”til gode” for han være tilregnelig. I tillegg har vi faren for at tiltalte endrer mening underveis. Når skal det da være for sent å endre mening, og hvilke konsekvenser skal en endret mening ha? Dersom dommeren skulle ta stilling til tiltaltes ønske på denne måten, ville det medføre et misbruk av rettsapparatets effektivitet uten at dette grunnet i noen tungtveiende hensyn.

Et annet argument av grunnleggende karakter når det kommer til muligheten til å legge vekt på tiltaltes mening, er at det kan være usikkert i hvilken grad en person med en alvorlig sinnslidelse vet sitt eget beste. Etter min mening vil det å legge vekt på tiltaltes mening når det kommer til dette spørsmålet, kollidere med sentrale hensyn bak

---

<sup>155</sup> l.c.

utilregnelighetsreglene. Reglene skal beskytte mennesker som ikke har evne til realistisk vurdering av omgivelsene. Hvordan kan det da forsvares å la tiltalte selv uttale seg om nettopp denne evnen?

Det har blitt hevdet at en utilregnelighetserklæring tar bort likeverdet til andre mennesker,<sup>156</sup> og at tiltaltes eget ønske derfor må ilegges vekt ved tvil. Tiltalte må på denne bakgrunn kunne uttale seg om en eventuell fratakelse av dette likeverdet. Vedkommende får ikke på samme måte muligheten til å gjøre opp for sine handlinger, og det har også blitt hevdet at det fratar de psykotiske en form for ”legal capacity”.<sup>157</sup> Når det er sagt, er dette spørsmålet av mer grunnleggende art i forhold til straffbarheten for utilregnelige personer. Når lovgivende organ har bestemt at det skal gis en absolutt straffrihetsregel ved utilregnelighet, kan ikke dette argumentet etter min mening, bringes inn igjen som et moment for at tiltalte selv skal kunne ”velge” ved tvil. Dette argumentet er da allerede tatt stilling til av lovgiver.

Etter min mening kan det ikke være aktuelt å ta tiltaltes eget ønske i betraktning. Tvilen skal som nevnt komme tiltalte til gode også under tilregnelighetsvurderingen, men med dette menes ikke at det skal opprettes en slags valgmulighet for tiltalte til å kunne avgjøre hvilke sanksjoner som skal ilegges dersom dommeren er i tvil.

Utfordringen fremover er at dersom uskyldspresumsjonen fremdeles skal ha en sentral rolle i dette spørsmålet, er vi nødt til å utforme en generell konklusjon angående hva som er ”til gode” for tiltalte. Gjør vi ikke dette, vil det være en fare for at det nettopp legges vekt på tiltaltes eget ønske. Dersom det hersker for mye usikkerhet og variasjon slik at det ikke er mulig å komme frem til et generelt svar på hva som er ”til gode” for tiltalte, må det eventuelt utarbeides retningslinjer for hvilke faktorer dommerne kan ta i betraktning for å komme frem til nettopp hva som er ”til gode” for tiltalte.

---

<sup>156</sup> Lund (2012)

<sup>157</sup> Ibid.

### 6.1.3 Beviskravet i forhold til det materielle sannhetsprinsipp

Det materielle sannhetsprinsipp er et tradisjonelt prinsipp i norsk straffeprosess, og kommer til uttrykk i straffeprosessloven § 294:

”Retten skal på embetets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen.”

Dette vil si at dommeren av eget tiltak må påse at alle de opplysninger som kan være med på å belyse saken er lagt frem for retten.

Prinsippet kommer også til uttrykk i Ot.prp.nr. 66:

”Prinsippet om fri bevisførsel skal bidra til å oppfylle den materielle sannhets prinsipp – prinsippet om at det gjelder å komme fram til materielt riktige avgjørelser”.<sup>158</sup>

Det kan være hensiktsmessig å skille mellom den ”rettslige” og den ”materielle sannhet”.<sup>159</sup> Med den ”rettslige sannhet” menes den sannhet som dommeren etter en bevisvurdering finner at må legges til grunn. Med den ”materielle sannhet” menes det faktiske hendelsesforløpet, eller i forhold til tilregnelighetsvurderingen; tiltaltes faktiske sinnstilstand.

Det materielle sannhetsprinsipp innebærer at et av målene under en rettsprosess må være å komme frem til flest materielt riktig avgjørelser. Et høyt beviskrav kan være med på å redusere det materielle sannhetsprinsipps betydning, og hensynet til å unngå uriktige domfellelser kan derfor gå på akkord med det materielle sannhetsprinsipp.

Hvilken vekt har så det materielle sannhetsprinsipp fått i Norge? Det finnes sider ved det rene inkvisitoriske systemet som ikke er fordelaktige, men det er som nevnt blitt sett på som et system som er bedre egnet i søken etter den materielle sannhet. Som nevnt tidligere,

---

<sup>158</sup> Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 75.

<sup>159</sup> Brekke (2013)

hersker det en del uenighet rundt hvorvidt norsk prosess bygger på et inkvisitorisk system eller en typisk partsprosess. Uavhengig av dette, ser vi at Norge har inntatt flere inkvisitoriske regler som er med på å gi det materielle sannhetsprinsipp vekt.<sup>160</sup> Dette kan for eksempel sees ved inkvisisjonsprosessens fravær av ”plea bargaining”. I USA, for eksempel, brukes en løsning med ”plea bargaining” ofte i straffesaker. Dette er en løsning der partene inngår et forlik, uten at skyld behøver å være fastslått. Dette er effektiv form for oppgjør, men går lett på akkord med det materielle sannhetsprinsipp. En har ingen garanti for at tiltalte går med på forliket fordi han er skyldig, eller fordi han ser seg bedre tjent med det enn å gå gjennom en hovedforhandling. Et annet eksempel er dommerens plikt til å påse at saken er godt nok opplyst. Disse eksemplene er med på å styrke hensynet til at den materielle sannhet kommer frem.

Hvordan stiller dette seg så i forhold til vurderingen om tiltalte er tilregnelig eller ikke? Når en vurderer hvilket krav som skal stilles til grad av overbevisning i forhold til tilregnelighetsvurderingen, må det tas stilling til hvilken vekt det er ønskelig å legge på det materielle sannhetsprinsipp. Dersom det legges stor vekt på det materielle sannhetsprinsipp, og derfor senker beviskravet til tilregnelighetsvurderingen, kan dette føre til at utilregnelige lovovertredere dømmes til fengsel.

Det kan etter min mening, argumenteres for at det er adgang til å gi dette prinsippet større vekt i forhold til tilregnelighetsvurdering enn i forhold til hvorvidt tiltalte har handlet som beskrevet i lovbudet. Dette fordi det da uansett ikke er snakk om å dømme en uskyldig person, og det er da godtgjort at tiltalte faktisk har overtrådt en straffebestemmelse. Samtidig har samfunnet gjennom lovgivning bestemt at det ikke er ønskelig å straffe svært syke mennesker, og vi er da nødt til å ha en beviskravsregel som sørger for at dette ikke skjer. Som jeg har redegjort for ovenfor, er det knyttet flere uheldig konsekvenser til å dømme en utilregnelig person til fengselsstraff, og disse er så tungtveiende at hensynet til det materielle sannhetsprinsipp har måttet vike. Dette ga også Eckhoff uttrykk for allerede i 1943;

---

<sup>160</sup> St.prp.nr.24 (1999-2000) Nettversjon.



”Det er alminnelig enighet om at det stort sett er et framskritt at hensynet til en ’realisasjon av den materielle retten’ på denne måten i noen grad har måttet vike plassen for andre hensyn”.<sup>161</sup>

Det kan likevel spørres om ikke det kan utformes regler som gir det materielle sannhetsprinsipp større vekt, men som samtidig reduserer risikoen for å dømme utilregnelige til fengsel. Dette sikrer at sannheten kommer frem, og at alle relevante omstendigheter tas i betraktning. I denne sammenheng kan det være illustrerende å se spørsmålet opp mot reaksjonsfastsettelsen ved promillekjøring.<sup>162</sup> En person som er tatt for promillekjøring, og som i utgangspunktet skal ilegges fengselsstraff, kan i stedet underlegges et promilleprogram, jfr. straffeloven § 53 nr. 3. Det følger av forskrift om program mot ruspåvirket kjøring § 2, at målet med systemet er å hindre tilbakefall. Bestemmelsen er en ”kan”-regel, hvor retten først må vurdere om tiltalte har et rusproblem, deretter hvorvidt de finner det hensiktsmessig å dømme han til fengsel eller til behandling. Det er nok tvilsomt at det må bevises utover enhver rimelig tvil at tiltalte har et rusproblem. Hensikten er å finne frem til den materielle sannhet; hvorvidt tiltalte faktisk har et rusproblem eller ikke.

Kunne vi tenkt oss en lignende fremgangsmåte for tilregnelighetsspørsmålet? Overført til tilregnelighetsspørsmålet ville det blitt som følger: dommeren må foreta en bred skjønnsmessig vurdering av tiltaltes mentale tilstand for å avdekke en eventuell psykotisk tilstand i gjerningsøyeblikket. Deretter må dommeren vurdere tiltaltes situasjon opp mot de alternative reaksjonsalternativ, og vurdere hvilket alternativ som passer den aktuelle tiltalte best. Det vil på denne måten ikke bli snakk om en vurdering av hva som er ”til gode” for tiltalte, men det kreves heller at dommeren foretar en hensiktsmessighetsvurdering. Det kan hevdes at tiltaltes rettssikkerhet faktisk styrkes dersom dommerne beveger seg bort fra et vanskelig og strengt beviskrav, og heller foretar en bred helhetsvurdering for å sikre

---

<sup>161</sup> Eckhoff (1943) s.62.

<sup>162</sup> Brekke (2013)

hensynet til det materielle sannhetsprinsipp.<sup>163</sup> Faren ved en slik løsning, er at vi ender opp i situasjoner der tiltalte ikke kan ilegges straff, fordi han var psykotisk i gjerningsøyeblikket, men ikke ved pådømmelse. Vi risikerer da at verken straff eller behandling er et gunstig alternativ.

#### 6.1.3.1 Fakultativ straffrihetsregel for å styrke det materielle sannhetsprinsipp?

I NOU 1974: 17 foreslo straffelovrådet også en fakultativ straffrihetsregel. Særreaksjonsutvalget fulgte dette opp i NOU 1990:5, og foreslo at den ”som på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen, men ikke var psykotisk... kan likevel fritas for straff”. Justiskomiteen avviste forslagene i Innst. O. nr. 34,<sup>164</sup> og overførte disse tilfellene til § 56 bokstav c. Straffen kan etter dagens rettsstilling i disse tilfeller settes ned.

I forslaget om en fakultativ straffrihetsregel skulle retten foreta en rimelighetsvurdering av den tilstand som de sakkyndige hadde kommet frem til, for å se hvorvidt tilstanden var så avvikende fra en ”normaltilstand” at gjerningspersonen burde anses utilregnelig. Dette på tross av manglende psykose diagnose. Tanken var den, at der de sakkyndige var i tvil om tiltaltes tilregnelighet, kunne deres svar lett bero på rettspolitiske holdninger. Etter forslaget var de juridiske aktørene bedre egnet til å foreta denne avveining, og ved å legge ansvaret over på domstolen i tvilstilfellene ville det sikre at ikke de sakkyndiges kriminalpolitiske skjønn ble avgjørende.<sup>165</sup>

Grunnen til at Justiskomiteen avviste forslaget om denne fakultative straffrihetsregelen, var frykten for at flere personer skulle rammes av straffrihetsreglene. Videre var de av den oppfatning at straffriheten kun bør ilegges i de tilfeller der det ikke kan være tvil om grunnlaget for straffriheten. Nå er det likevel slik at spørsmålet om tiltaltes sinnstilstand er et spørsmål som av natur åpner for tvil. Det vil i forhold til den regel som finnes i § 44

---

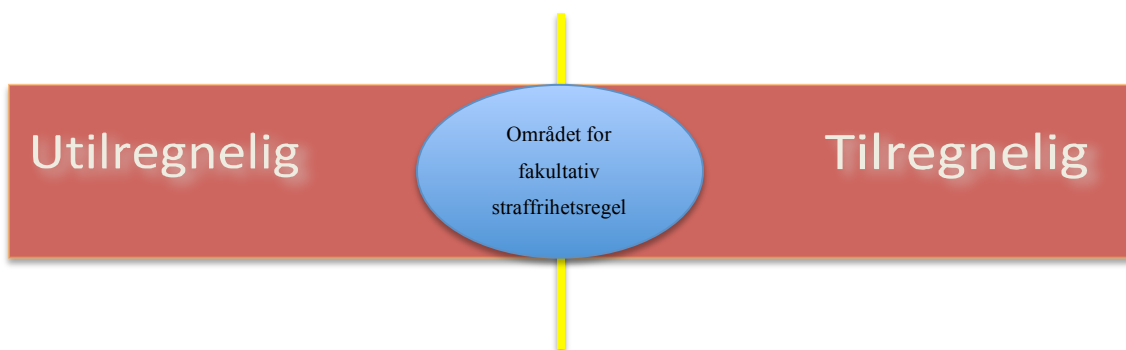
<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> Innst. O. nr. 34 (1996-97) s. 6-8.

<sup>165</sup> Rosenqvist (2013)

forekomme tilfeller der det faktisk er tvil om grunnlaget for straffriheten. Skal vi da følge Justiskomiteens uttalelse om at straffriheten kun bør ilegges i de tilfeller der det ikke kan være tvil om grunnlaget for straffriheten, må vi snu beviskravsregelen slik at det må bevises utover enhver rimelig tvil at tiltalte var utilregnelig. Kun i de tilfellene skulle straffrihet vært innvilget.

Det psykotiske begrep omfatter mennesker med svært forskjellig sykdommer, og det er mulig å tenke seg tilfeller der tiltalte faktisk er uten evne til å vurdere omgivelsene realistisk, men likevel ikke oppfyller vilkårene for en strafferettslig ”psykotisk” tilstand. Disse kan reelt sett være syke i like alvorlig grad som de som rammes av § 44, men straffes likevel. Departementet ga uttrykk for at en regel om straffnedsettelse etter § 56 c ville føre til en mer ryddig løsning. Det er mulig det førte til en mer ryddig løsning, men konsekvensene for de som omfattes av bestemmelsen blir svært annerledes.



Rosenqvist var en forkjemper for denne bestemmelsen, idet hun var av den oppfatning at bestemmelsen vil ramme alvorlig syke mennesker.<sup>166</sup> I denne glidende overgangen mellom de som anses utilregnelige og de som anses som tilregnelige i rettslig forstand, vil det befinne seg en gruppe mennesker som har behov for behandling, og som ikke bør straffes. De samme hensyn for straffrihet gjør seg her gjeldende. Det samsvarer også bedre med det

---

<sup>166</sup> Ibid.

materielle sannhetsprinsipp, all den tid det da blir foretatt en bred helhetsvurdering, uten at dommerne er bundet av psykosediagnosen. For at ikke gruppen som rammes av bestemmelsene om straffrihet skal utvides, må likevel adgangen til å benytte seg av den fakultative straffrihetsregelen være snever.

#### 6.1.4 Bør et bestemt beviskrav lovfestes?

På grunn av den usikkerhet som har oppstått på bakgrunn av den uklare beviskravsregelen i forhold til tilregnelighetsvurderingen, har det vært drøftet hvorvidt beviskravet bør lovfestes. Som nevnt innledningsvis, har Regjeringen nedsatt et utvalg som skal se på nettopp dette.

En av de største fordelene ved å lovfeste beviskravet, er at sannsynligheten for at en oppnår likhet for loven anses som større.<sup>167</sup> Lignende hensyn som tilsier at det ikke bør settes en prosent på graden av sannsynlighet, gjør seg etter min mening også gjeldende ved dette spørsmålet.

For det første fremstår det for meg uklart hvordan en skal lovfeste et beviskrav som bygger på dommerens subjektive oppfatning av faktum. Det kan som nevnt tidligere, utvikles retningslinjer for hvilke faktorer det skal være adgang til å legge vekt på, men vi kommer ikke utenom det faktum at den totale bevisbedømmelsen til sist avgjøres av dommerens subjektive overbevisning, eventuelt fravær av overbevisning. Strandbakken er også inne på dette, idet han gir uttrykk for at slike retningslinjer kan være med på å redusere omfanget av subjektive faktorer.<sup>168</sup>

Det er klart at det må bevises ”utenfor enhver rimelig tvil” at tiltalte er tilregnelig, men denne formuleringen må konkretiseres i forhold til tilregnelighetsvurderingen. Etter min mening vil det være gunstig å formulere retningslinjer for denne vurderingen, men det trenger nødvendigvis ikke skje gjennom lovfesting av beviskravet.

---

<sup>167</sup> Strandbakken (2003) s. 340.

<sup>168</sup> l.c.

### 6.1.5 Hvilket beviskrav bør stilles?

Som det er redegjort for i denne oppgaven, kan det argumenteres for at beviskravet må senkes på bakgrunn av at det er så uklart hva som er ”til gode” for tiltalte. Det høye beviskravet begrunnes nettopp i det faktum at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Samtidig er det etter uskyldspresumsjonen et forbud mot å ilegge straff dersom det foreligger tilstrekkelig tvil. Uskyldspresumsjonen sier oss derimot ingenting om hvilken grad av tvil som kan aksepteres.

Psykotiske lovovertredere anses som alvorlig syke. Samfunnet er nødt til å ta ansvar for alvorlig syke mennesker. På den annen side, har samfunnet også et ansvar for at lovovertredere straffes, og av hensyn til samfunnets sikkerhet vil det ikke være akseptabelt å løslate syke mennesker som begår alvorlig kriminalitet. Fordi konsekvensene av å feilaktig dømme en utilregnelig lovovertreder til fengselsstraff er så alvorlige, vil det etter min mening fremdeles være legitimt å oppstille et strengt beviskrav.

Gjeldende rett krever at tiltaltes tilregnelighet bevises utover sannsynlighetsovervekt, men det kreves ikke at det bevises ”utover enhver rimelig tvil”. Utfordringen fremover ligger i å sette ord på den grad av overbevisning som dommeren etter dette må inneha. Det kan synes som at det er vanskelig å formulere et mer presist beviskrav, all den tid den uklare formuleringen fra 1979 fremdeles legges til grunn av domstolene.

På tross av at konsekvensene av å feilaktig dømme en utilregnelig lovovertreder til fengsel er alvorlige, er jeg enig i tidligere uttalelser om at konsekvensene ikke er like alvorlig som å dømme en uskyldig person til fengselsstraff. Beviskravet kan derfor senkes noe. Fordi det er så usikkert hva som er ”til gode” for tiltalte, må det likevel gjøres noe med hvordan bevisvurderingen foregår. Vi er avhengig av at det konkretiseres nærmere hvilke krav som faktisk skal stilles, og at det utvikles retningslinjer som sikrer at det resultat som velges ved tvil, faktisk er ”til gode” for tiltalte. Så lenge vi har dette klart for oss, vil ikke det faktum at beviskravet er strengt nødvendigvis være det problematiske.

## 7 Avsluttende merknader

Etter min mening, er det i dag mye som kan gjøres for å sikre at utilregnelighetsreglene rammer de mennesker vi ønsker å frita for straff. Jeg vil derfor til slutt komme med noen generelle betraktninger i forhold til utilregnelighetsreglene.

Den forvirring som hersker mellom den medisinske og den rettslige forståelsen av begrepet ”psykotisk” er etter min mening problematisk. Det at flere psykiatere og jurister er av den oppfatning at det er nok med en medisinsk diagnose, og ikke ser hen til kravet om at tiltalte må være ”uten evne til realistisk vurdering av omgivelsene”, gjør vurderingen problematisk. I verste fall kan det føre til at flere personer rammes av bestemmelsen, noe lovgiver ga uttrykk for at ikke var ønskelig i det de avviste den fakultative straffrihetsregelen. Det kan derfor med fordel konkretiseres nærmere i lovteksten hvilke personer som skal omfattes av bestemmelsen.

Det kan med fordel også på nytt vurderes hvorvidt det er mest hensiktsmessig å legge det medisinske eller det psykologiske prinsipp til grunn. Dette spiller en rolle for hvilke mennesker det er ønskelig å ramme med utilregnelighetsreglene. Når det er sagt, vil vi nok uavhengig av hvilket prinsipp som legges til grunn, måtte ta stilling til hvilken grad av overbevisning som må kreves. Ved det psykologiske prinsipp endres bevisvurderingen på den måten at retten må ta stilling til om tiltaltes handling var et utslag av hans ”psykotiske” tilstand. Det må da tas stilling til i hvilken grad retten må være overbevist om at dette var tilfellet.

En annen faktor som vanskeliggjør vurderingen, er det faktum at de sakkyndige tar det utgangspunkt at tiltalte er ”normal”, og at det er den psykotiske tilstanden som må påvises. Dersom dommeren hadde anlagt samme innfallsvinkel, ville dette lett vært i strid med uskyldspresumsjonen. Dommerne tar altså utgangspunkt i en erklæring fra de sakkyndige, men denne erklæringen bygger på det motsatte utgangspunkt som det dommeren skal ta.

Det ligger i sakens natur at dette vanskeliggjør vurderingen. Så lenge et strengt beviskrav opprettholdes på bakgrunn av uskyldspresumsjonen, er det likevel nødt til å være slik at dommeren må ta utgangspunkt i at tiltalte er utilregnelig. Alternativet er da at de sakkyndige endrer sitt utgangspunkt, og at de må finne det godtgjort at tiltalte likevel ikke er psykotisk.

Dersom det kan utvikles en klarere regel med tanke på beviskravets styrke, vil som nevnt ikke det faktum at kravet er strengt være det problematiske. Etter min mening ligger det problematiske i selve vurderingen opp til avveiningen mot konklusjonen. Det vil da heller ikke være avgjørende hvorvidt konkretiseringen av kravet skjer gjennom lovgivning eller rettspraksis. Det må klargjøres hvorvidt en utilregnelighetserklæring faktisk er ”til gode” for tiltalte, og dette må vurderes grundigere enn det har blitt gjort til nå. Den ukritiske slutningen om at straff er et onde og behandling et gode, må gjennomgås og vurderes slik at vi kan være sikre på at slutningen er korrekt. Vi står ovenfor vurderinger og avgjørelser som rammer alvorlig syke mennesker, og det er derfor svært viktig at i det minste utgangspunktene er korrekte. Med så mange usikre momenter omkring vurderingen av tiltaltes tilstand, er tiden mer enn moden for en klargjøring av reglene.

Eller, som Paul Winge har sagt:

Mine herrer!

Lad os ikke omstyrte, men forbedre vore fædres verk.<sup>169</sup>

---

<sup>169</sup> Winge (1901) s. 222.

## 8 Litteraturliste

### Bøker

- Andenæs, Johs. *Straffen som problem*. 2. utg. Halden, 1996.
- Anners, Erik. *Den europeiske rettens historie*. 12. utg. Oslo, 2008.
- Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn*. Oslo, 1980.
- Eckhoff, Torstein. *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*. Oslo, 1943.
- Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo, 2007.
- Hauge, Ragnar. *Straffens begrunnelser*. Oslo, 1996.
- Jacobsen, Jørn. *Dom på overføring til tvunget psykisk helsevern. Straffeloven § 39*. Bergen, 2004.
- Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*. Revidert av Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn. 5. utg. Oslo, 2004.
- *Lærebok i filosofi- og vitenskapshistorie*. Ariansen ... (et al.) 3. utg. Oslo, 2006.
- Merryman, John Henry. *The Civil Law Tradition; an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2. utg. California, 1985.
- Nordh, Roberth. *Processens ram i brottmål: om gärningsbegreppet, ändring och justering av åtal m.m.* 3. utg. Uppsala, 2012.
- Nørregaard, Lauritz. *Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret*. København, 1784-1812.
- Rosenqvist, Randi. *Rettspsykiatri - en introduksjon*. Oslo, 2009.
- Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, 2003.
- Strandberg, Magne. *Beviskrav i sivile saker*. Bergen, 2012.
- Winge, Paul. *Samfundet og den Sindssyge Lovovertræder*. Kristiania, 1898.
- Winge, Paul. *Den norske sindssygelovgivning – Forelæsninger*. Kristiania, 1901.

### Tidsskrift, artikler og avhandlinger

- Andenæs, Johs. *Giftsaken på Hamar – Juridiske randbemerkinger*. Lov og Rett 1965 s. 289-302.
- Gran, Bernt. *Hundreår med hodebry. Tilregnelighetskriteriet historisk og komparativt*. Oslo, 2012.



- Hennem, Ragnhild. *Tilregnelighet*. Oslo, 2008.
- Jacobsen, Jørn. *Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære*. Tidsskrift for Strafferett. 1-2012.
- Johnsen, Jon T. *Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker*. Jussens venner 1987 s. 193-210.
- Lund, Ketil. *Strafferettslig diskriminering*. Klassekampen. 04.01.2012.
- Kolflaath, Eivind. *Bevist utenfor enhver rimelig tvil*. Tidsskrift for rettsvitenskap, Nr. 2-2011 nr. 2.
- Rosenqvist, Randi. *Straffelovens medisinske prinsipp, utfordringer for moderne psykiatri*. Tidsskrift for Strafferett nr.1-2010.
- Syse, Aslak. *Strafferettslig (u)tilregnelighet juridiske, moralske og faglige dilemmaer*. I: Tidsskrift for Strafferett. Nr. 3-2006.
- Syse, Aslak. *Straff, behandling og rettferdig gjengjeldelse*. I: Tidsskrift for Den norske legeforening. Nr. 7-2012.

### **Lover**

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold (Grundloven) av 17de Mai 1814.
- 1887 Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven) av 1. juli 1887 nr 5.
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25.
- 1997 Lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner) av 17. januar 1997 nr 11.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30.
- 1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) 02. juli 1999 nr 62.
- 2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr 28. (ikke iverksatt)

### **Utenlandske lover**

Brottsbalken	Brottsbalken (1962:700) [Sverige]
Straffeloven	Lovbekendtgørelse nr. 1062 af 17. november 2011 [Danmark]
Retsplejeloven	Lovbekendtgørelse nr. 1063 af 17. november 2011 [Danmark]

### **Forarbejder og offentlige dokumenter**

- Den rettsmedisinske kommisjon. Høring: *Etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslig særreaksjoner og forvaring*. Oslo, 2009.
- Forskrift om program mot ruspåvirket kjøring. FOR-10-10-2008 nr. 1100. Hjemmel: Fastsatt ved kgl.res. 10. oktober 2008 med hjemmel i Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10 § 53 nr. 6.
- Innst. S. nr. 192 for 1991-92 fra Stortingsmelding 23
- Innst. O. nr. 34 (1996-1997) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).
- NOU 1974:17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner
- NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkommisjonens delutredning IV.
- NOU 2001:12 Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker.
- NUT 1969:3. Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen. (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
- Ot.prp. nr.87 (1993-94) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)
- Ot.prp.nr.66 (2001-2002). Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)
- Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

### **Dommer**

- Rt. 1978 s. 882
- Rt. 1979 s. 143
- Rt. 1998 s. 1945

- Rt 1999 s. 14
- Rt. 2003 s. 23
- Rt. 2005 s. 1353
- Rt 2008 s. 549
- Rt. 2010 s. 346
- LA-2009-89796
- LF-2011-182122

### **Traktater**

- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

### **Nettsider**

- Bentham, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. 1825. Sitert fra <http://archive.org/stream/atreatiseonjudi00dumogoog#page/n6/mode/2up> [Sitert 17. april 2013]
- Bratholm, Anders. *Lovkommentar til Straffeloven Første Del – Almindelige bestemmelser*. 2003. Nettversjon. Sitert fra [http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/straffeloven/?id=para\\_44](http://dyp.kommentarutgaver.no/dyp/content/straffeloven/?id=para_44) [Sitert 17. april 2013]
- Bøhn, Anders. Elden, John Christian. Holmboe, Morten. *Merknader til straffeloven § 44*. Lovdata.no. [Sitert 7. april 2013]
- Den rettsmedisinske kommisjon. *Til rettspsykiatriske sakkyndige og brukere av rettspsykiatriske tjenester*. 29. mai 2002. Sitert fra <http://www.justissekretariatene.no/upload/DRK/Nyhetsbrev%20mm/Nyhetsbrev%2018.pdf> [Sitert 17. april 2013]
- Regjeringen. *Utvalg om utilregnelighet og rettspsykiatrisk sakkyndige*. Oslo, 25. januar 2013. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dep/styre-rad-og-utval/tidsbegrensede-styrer-rad-og-utvalg.html?id=457008> [Sitert 17. april 2013]

- St.prp.nr. 24 (1999-2000) Sitert fra <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/regpubl/stprp/19992000/stprp-nr-24-1999-2000-/5/6.html?id=284423> [Sitert 17. april 2013]
- Store norske leksikon. <http://snl.no/>
- Van Caenegem, William. *Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings*. Bond University, 1999. Nettversjon. Sitert fra [http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1223&context=law\\_pubs](http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1223&context=law_pubs) [Sitert 4. april 2013]

### **Intervju**

- Brekke, Ragnvald. Personlig e-post. 06. mars og 16. april 2013.
- Kamber, Simon. Personlig e-post. 19. mars 2013.
- Rosenqvist, Randi. Personlig intervju. 01 mars 2013.

### **Debatt**

- Debatt i regi av Den internasjonale juristkommisjon. Oslo, 04. juni 2012. Tilgjengelig på: <http://www.youtube.com/watch?v=yLn15VYZw5U>