

OSLO TINGHUS



DOMSAVSIKELSE
i terrorrettsaken
mot Anders Behring
Breivik i Oslo tingrett
2012. Bevæpnet
politi utenfor
Tinghuset. Foto: NTB
Scanpix

22. juli-dommen

Etter applausen

Etter terrordommen står vi tilbake like kloke. Det kan se ut til at retten har hoppet over der gjerdet var lavest, og feid all tvil om tilregnelighet til side.

Morten Kinander

Førsteamanuensis dr. juris, Handelshøyskolen BI
Jurist og filosof i Civita

Kontakt: morten@civita.no, morten.kinander@bi.no

Dommen mot Anders Behring Breivik ble umiddelbart gjenstand for en hyllest som ikke noe annen dom i nyere tid har blitt til del. Til og med før dommer Wencke Elizabeth Arntzen var ferdig med sin domsopplesning, var **et samstemt kommentarkorps helt enige om at både dommens resultat og argumentasjon var i en klasse for seg.** Spørsmålet er om dommen ved en nærmere gjennomlesning er så enestående som kommentarene skulle tilsi.

Dommens overordnede spørsmål var om Breivik var tilregnelig eller ikke, og hva det nærmere bestemt betyr. Det mest syntes nærmest å følge av seg selv, bare man kom over dette hinderet.

Det var stor forventning knyttet til disse spørsmålene. Det var flere enn jurister og psykologer som var spente på hvilke beviskrav retten ville legge til grunn. Det sto om uavhengighet og anerkjennelse. Men dommen skuffer på disse punktene. Rettspsykiatrien og rettspsykologien har ikke – med unntak av den offentlige debatten – noe mer å forholde seg til etter dommen enn den hadde før. Spørsmålene står fortsatt ubesvarte. Og **er dommen så modig som man skal ha det til?**

Dette essayet drøfter på mer generell bakgrunn spørsmålene som var oppe i Breivik-saken om tilregnelighet, ansvar, tvil og skyld.

Tilregnelighet og vrangforestillinger

Store deler av debatten har ikke dreid seg om hvorvidt Breivik var skyldig eller ikke, men om han hadde **skyldevne.** Satt på spissen kan man si at spørsmålet var todelt: **Hva betyr det at en gjerningsmann lider av vrangforestillinger, og hvordan skal grensene for dette begrepet trekkes?**

Vrangforestillinger er blant de mest sentrale kjennetegnene ved psykose. En vrangforestilling i psykiatrisk forstand defineres som

en feilaktig overbevisning basert på uriktige slutninger om den ytre virkeligheten som opprettholdes urokkelig, til tross for hva nesten alle andre tror og til tross for udiskuterbare og åpenbare beviser eller holdpunkter for det motsatte. Overbevisningen er ikke vanlig blant andre medlemmer av individets kultur eller subkultur (det dreier seg ikke om en religiøs overbevisning). Når en overbevisning er en verdidom, anses den

bare som en vrangforestilling dersom den er så ekstrem at den anses som utrolig. Vrangforestillinger foreligger således på et kontinuum og kan iblant identifiseres ut fra individets atferd **(DSM-IV).**

I denne psykiatriske definisjonen av vrangforestillinger ser vi for eksempel at religiøse (vrang)forestillinger ekskluderes, mens politiske sådanne ikke gjør det. Det er altså bare politiske ekstremister som kan være underlagt vrangforestillinger. Dette er på én måte naturlig. Å innlemme alle verdens religiøse i den psykiatriske folden, er vel i seg selv politisk umulig. Men for de politiske forestillingene som har en slik karakter, har vi altså et psykiatrisk tilbud og en tilhørende straffrihetsgrunn. Det er i seg selv interessant.

Skjønn

Definisjonen er ikke ukontroversiell, men vi skal ikke her gå nærmere inn på

¹ I tillegg hadde vel diagnostikerne selv bommet, ved at man ikke hadde tatt hensyn til at det er unntak for hva som er vanlige oppfatninger og forestillinger i en kultur eller subkultur – nettopp slik Torgeir Husby og Synne Sorheim ikke gjorde.

Retten finner ingen tvil overhodet, siden rapporten til sakkyndige Torgeir Husby og Synne Sørheim er så utifredsstillende at den ses bort fra i sin helhet. Retten har altså like lite rom for tvil som de sakkyndige

de forskjellige elementene i den. Det sentrale er at det å fastslå at en person lider av vrangforestillinger, er et resultat av en kompleks og vilkårsbasert vurdering, som forutsetter en anselig utøvelse av skjønn. Dette er naturlige elementer ved all fortolkning; det er snakk om mennesker med egne erfarings- og forståelseshorisonter som skal anvende regler og sette diagnoser etter sitt beste skjønn. Riktigheten av en diagnose og korrektheten av en regel, viser seg selvfølgelig ved sine faktiske konsekvenser: Om de formålene som regelen var begrunnet i, oppnås, og om pasienten blir friskere. Men årsak-virkningsforholdet går begge veier når fortolkeren spiller en aktiv og nødvendig rolle. Til syvende og sist involverer det normative vurderinger, hvis holdbarhet ikke er et resultat av objektive kriterier. Dermed er verken rettsanvendelsens eller diagnosenes holdbarhet riktig utover hva profesjonsfelleskapene til enhver tid anerkjenner som kompetente vurderinger. For de disiplinene vi snakker om her, er det vanskelig å finne mer objektive kriterier enn det.

Poenget i denne sammenhengen er imidlertid at man også innimellom kan nå de resultatene man vil – innenfor en viss ytre ramme. Spørsmålet er om det er dette både dommen og den ene psykiatriske rapporten har gjort.

Det rettslige utgangspunktet for betydningen av vrangforestillinger finner vi i straffeloven § 44 første ledd. Der heter det at «den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs», ikke skal straffes. Det samme gjelder personer som på handlingstiden var «psykisk utviklingshemmet i høy grad».

Det er altså snakk om psykiske lidelser som er sammenlignbare med ren bevisstløshet og psykisk utviklingshemning «i høy grad». Det holder ikke at man har en alvorlig sinnslidelse; sinnslidelsen må gå utover «den realistiske vurderingsevnen av gjerningsmannens forhold til omverdenen». Eksempler som har blitt brukt for å illustrere dette, er at man hører dik-

terende stemmer som ingen andre hører, og at man tror at noen har transplantert hjernen til en annen kropp og hvor målet er å få den tilbake.

Dette utgangspunktet er eldgammelt, men det er heller ikke helt uproblematisk. Er man for eksempel så vidt over terskelen for såkalt «tilregnelighet», forlater man tydeligvis all diskusjon om skyld, selv om det åpenbart er en forskjell også på såkalt «normale» mennesker i evnene til å skille rett og galt. Det er altså ingen grunn til ukritisk å akseptere denne terskelinfallsvinkelen.

Den manglende evnen til realistisk å vurdere sitt forhold til omverdenen, som er utgangspunktet for psykosebegrepet, understrekes i lovforarbeidene, jf. NOU 1990:5, *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkommisjonens delutredning IV* (Særreaksjonsutvalget), side 51:

Det synes å være alminnelig enighet om at manglende evne til realistisk vurdering av forholdet til omverdenen er det sentrale psykosekriterium. Utvalget antar at denne presisering av 'psykotisk' vil være informativ i forhold til allmennheten.

Det er dermed ikke noe nødvendig sammenfall mellom en fagpsykiatrisk og en rettslig definisjon, men den rettslige vil selvfølgelig ta den psykiatriske som et utgangspunkt.

Det spørres om utvalget hadde dekning for påstanden om at begrepet «psykotisk» skulle være informativt for allmennheten, hvis vi legger debatten etter den første sakkyndige erklæringen om Brevik til grunn².

Høyesterett har også i Rt. 2008:549 slått fast at det som kjennetegner en psykose

er at forholdet til virkeligheten i vesentlig grad er forstyrret. Evnen til å reagere adekvat på vanlige inntrykk og påvirkninger mangler. Den psykotiske mister ofte kontrollen over tanker, følelser og handlinger. De intellektuelle funksjoner kan derimot være i behold.

Et bevisst forhold til virkeligheten er en forutsetning for skyldevne, en evne som markerer seg ved å skille rett og galt, og som forutsetter at man kan skille rett fra galt. Det realistiske virkelighetsbildet er derfor nært knyttet til et moralsk verdensbilde. Dette er det grunnleggende rettslige innholdet av psykosebegrepet.

Høyesterett har ved en tidligere anledning forholdt seg til påståtte høyreekstremer mister med psykose³. Saken

gjaldt en alvorlig sinnslidende mann med paranoid psykose, som hadde tilegnet seg forestillinger om nazismen og hadde 'ideer om å skulle konfirmere sin nazistiske arv i form av det å ta livet av et mindreverdige menneske'. Valget av ofre hadde sammenheng med disse forestillinger.

Ofrene var en psykisk utviklingshemmet og en mann av afrikansk opprinnelse. Heldigvis ble det med drapsforsøkene, men han hadde uttalt at dette var viktig for ham i sin identitet som nazist, noe det vil være for mange av denne typen politisk overbevisning. Det ble også fastslått at han var psykotisk, og at det var en betydelig gjentakelsesfare.

Jeg vet ikke hvor denne mannen er i dag, men anken hans om opphevelse av fortsatt sikring ble i hvert fall forkastet for Høyesterett. Ikke alle høyreekstremer er gale i klinisk forstand, men det er heller ikke noe i veien for å være «dypt politisk motivert» og samtidig psykotisk og paranoid. På den ene siden er det åpenbart at man ikke trenger kunnskaper i fransk historie dersom noen hevder at de, i egenkap av å være Napoleon, går til angrep

2 Særlig fremtredende har den feilslutningen vært at dersom Brevik skulle fritas, måtte vi frifinne alle massedødere med politisk forrykte motivasjoner. Dette er logisk uholdbart, fordi påstanden ikke er at alle som begår massakre av politisk overbevisning, er utilregnelige.

3 Jfr. Rt. 1995:1699.

på Russland. Likevel inviterer selve definisjonen av vrangforestillinger til en kontekstualisering av observandens motiver. Dette krever et større blikk for de sosiale vilkår og omstendigheter som preger vedkommende. Dermed blir diagnostikk ingen autonom øvelse, og man blir med nødvendighet tvunget inn i denne problematikken: Vet man ikke hva det sosialt vanlige er, vet man heller ikke hva det uvanlige er. Dette skjønnte også retten, når den poengterer at Breiviks forestillinger om borgerkrig finnes i den subkulturen han var en del av.

Dommen

Før domsavsigelsen var det noen hovedspørsmål som dominerte debatten, og som rettslig sett syntes å være uklare.

Det ene gjaldt forholdet mellom den psykiatriske og den rettslige forståelsen av tilregnelighet. Er det i realiteten en automatikk i dette, slik at den psykiatriske definisjonen enten med nødvendighet eller med meget stor sannsynlighet vil kunne overføres til en rettslig lik kategorisering? I tilknytning til dette var også spørsmålet om retten skulle ta alle de sakkyndiges uttalelser med i betraktning, og ikke bare deres som var rettsoppnevnte. Det fantes jo tross alt bare én fullstendig godkjent offisiell rapport, men dennes konklusjoner sto åpenbart helt alene.

Her hadde retten flere valg. Den kunne legge alle rapportene til grunn, og dermed erkjenne tvilen. Da kunne man løse spørsmålet ved å etablere en mye omdiskutert tvilsterskel, og gjøre en såkalt «konkret helhetsvurdering» og velge den første eller den andre konklusjonen. Men retten kunne også gå inn i vurderingene med full tyngde, og etterprøve subsumsjonene som psykiaterne hadde gjort. Ved å gjøre dette viste retten at den ikke uten videre legger sakkyndige rapporter til grunn, men at **den har et selvstendig ansvar for å etterprøve vurderingenes holdbarhet. Dette er i tråd med hvordan en uavhengig rett skal oppføre seg; det er retten som dømmer, og sakkyndige er ikke og kan aldri være dommere i en sak som baseres på rettsregler. Det er også grunn til å forvente en økt årvåkenhet overfor rettspsykiatriske erklæringer i tiden som kommer, som følge av de svakhetene som dommen på forbilledlig måte avdekker.**

Men retten gir oss her ikke noen svar. Den fant det ikke nødvendig å

gå inn på de tilfellene der det diagnostiske og det rettslige psykosebegrep ikke er sammenfallende, for eksempel ved rusutløste og medisinerne kroniske psykoser. Retten går heller ikke inn på spørsmålet om hvorvidt det diagnostiske og det rettslige psykosebegrep skiller lag i grenselandet mellom psykoser og andre sjelelige lidelser. Som det vil fremgå av drøftelsen nedenfor, mener ingen av de sakkyndige at tiltalte befant seg i et slikt grenseland, noe heller ikke retten legger til grunn. Spørsmålet i vår sak er med andre ord om tiltalte på gjerningstidspunktet var psykotisk i diagnostisk – og følgelig også i rettslig – forstand⁴.

Utgangspunktet for drøftelsen var altså at det nettopp var et sammenfall mellom det rettslige og det psykiatriske.

Tvilen, beviset og det gode

De to sakkyndigrapportene skapte også en diskusjon om hvordan man skulle forstå uttrykket om at «tvilen skal komme tiltalte til gode», når det var tvil om bevisene for hans tilregnelighet. Når det gjelder hvorvidt tiltalte har begått handlingene eller ikke, skal det bevises «utover enhver rimelig tvil» at det er tiltalte som er gjerningsmannen. Det var generell enighet om at dette ikke uten videre kunne overføres til tilregnelighet. Men var beviskravet så lavt som 50 prosent? Hvor på denne skalaen lå beviskravets terskel, og hvilken grad av tvil kunne vi leve med og fortsatt behandle vedkommende som tilregnelig i straffelovens forstand?

Vanligvis løses vanskelige rettsspørsmål på enkleste mulige måte, i den forstand at dommere hopper over gjerdet der det er lavest. Dette kan være irriterende for den som forventer en klar og prinsipiell dom, men det er også forståelig at retten ikke bruker større, tyngre og bredere argumentativt arsenal enn det som trengs for å løse et konkret spørsmål. Det kan nemlig få uante konsekvenser, fordi risikoen for å gjøre feil dermed også øker. Dessuten kan utførlige og vidtrekkende dommer få konsekvenser for andre tilfeller som man ikke tenkte på ved den konkrete avgjørel-

sen. Derfor har man tradisjon for å være pragmatiske.

I Breivik-dommen kunne en konkret helhetsvurdering av bevisene og rapportene, med påfølgende skjønnbasert valg av en av rapportene, nettopp vært en slik pragmatisk løsning. Retten valgte heller en mer utførlig linje, ved å reise spørsmålet om hvilken grad av tvil som skal være utgangspunktet for vurderingen. Den inneholder en forholdsvis utførlig og teoretisk utfordrende redegjørelse for rettskildene, og det henvises nøye til det som finnes av rettspraksis. Drøftelsene tas imidlertid ikke ned i konklusjoner, og ved en lesning av dommen er det vanskelig å forstå hvorfor retten i det hele tatt begir seg inn i teoretiske problemstillinger som den selv ikke svarer på; **de finner nemlig ingen tvil overhodet, siden rapporten til sakkyndige Torgeir Husby og Synne Sørheim er så utilfredsstillende at den ses bort fra i sin helhet.** Retten har altså like lite rom for tvil som de sakkyndige.

Gjengjeldelse

Dommens struktur er noe uvanlig på dette punktet. Etter presentasjonen av hendelsesforløpet starter retten med å diskutere tilregnelighetsbegrepet i punkt 6.1, der det første spørsmålet er beviskravet. Her er det interessant å merke seg at en av begrunnelsene for at det skal opereres med et lavere beviskrav ved utilregnelighet enn for handlinger, er at straffen har form av å være en *gjengjeldelse* overfor gjerningsmannen. At straffen har karakter av å være gjengjeldelse, betyr i en strafferettslig kontekst verken hevn eller allmennprevensjon. Det betyr at man står til ansvar for sine handlinger, og at man straffes fordi man har gjort noe galt, ikke for at andre ikke skal gjøre noe galt.

Dette er et av straffens formål som i tradisjonell norsk strafferett tradisjonelt sett ikke har vært særlig anerkjent. **Gjengjeldelse smaker for mye av hevn, og legg merke til at det uttales i Ot.prp. nr. 90, s. 77: «Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål».** Gjengjeldelse blir der karakterisert som tanker som «står oss mer fremmed i dag». **Likevel vektlegger altså retten gjengjeldelse som et av de viktige hensynene bak straffen som institusjon.** Det gjør den rett i; gjengjeldelse er etter min

⁴ Dommen, side 71.

Skal vi akseptere større tvil rundt bevisene fordi vi gjerne vil gjengjelde handlingene og at vedkommende skal få en sjanse til å gjøre opp for seg?

mening et underkommunisert element i norsk strafferettspleie, og gjengjeldelse gir bedre mening enn den rådende prevensjonsinnfallsvinkelen som i for lang tid har vært omtrent enerådende⁵.

Men retten bruker gjengjeldelsehensynet i en overraskende sammenheng, som ikke umiddelbart gir noen god mening. I dommen på side 48 står det nemlig dette:

Tingretten mener det lavere beviskravet for tilregnelighet har gode grunner for seg. Straff er riktig nok et tilsiktet onde som gir uttrykk for samfunnets sterke bebreidelse av et lovbrudd. En slik bebreidelse forutsetter at lovbrøyteren har skyldevne. Straffen har imidlertid også et soningselement som gir domfelte en mulighet til «å gjøre opp for seg».(...)Dersom beviskravet for tilregnelighet legges for høyt, vil denne veien stenges for mange lovbrøytere med reell skyldevne.

Dette er på flere måter oppsiktsvekkende lesning. Diskusjoner om straffens formål – prevensjon, gjengjeldelse, renovasjon etc. – finner man sjelden i sammenhenger hvor det er snakk om å stille krav til bevisenes holdbarhet for å stille noen til ansvar og å dømme dem. Hvordan hadde den samme retorikken tatt seg ut i en kontekst hvor spørsmålet ikke var om vedkommende var tilregnelig eller ikke, men om han hadde begått handlingen det var snakk om? Skal vi akseptere større tvil rundt bevisene fordi vi gjerne vil gjengjelde handlingene og at vedkommende skal få en sjanse til å gjøre opp for seg? Det blir å strekke gjengjeldelsesargumentet langt utenfor dets legitime begrunnelse.

Utover å referere både aktoratets og forsvarers syn på beviskravet ved utilregnelighet synes dommen bare i liten grad å forholde seg til beviskravsspørsmålet. Hvorfor da denne utførlige diskusjonen

av premissene, når det ikke konkluderes? For det sies nemlig klart i dommen at de ikke har behov for diskusjonen:

Retten har for avgjørelsen av saken ikke funnet det nødvendig å ta stilling til om beviskravet må senkes ytterligere der det er aktuelt med overføring til tvunget psykisk helsevern. Som det vil fremgå i det følgende, mener retten uansett at beviskravet for tilregnelighet, slik dette er formulert senest i Rt-2003-23, er oppfylt.

Beviskravet ligger med andre ord et sted mellom 51 prosent og «hinsides rimelig tvil», uten at noen av ytterpunktene er særlig aktuelle. Dette er ikke særlig hjelpsomt, fordi det visste vi fra før.

Også når det gjelder det andre spørsmålet som man var opptatt av i tilregnelighetssammenheng, nemlig hva det skulle bety at tvilen skal komme tiltalte til gode, står vi tilbake like kloke. Dette er på én måte naturlig, siden retten nettopp ikke var i noen som helst form for tvil.

I en psykologisk og psykiatrisk kontekst er spørsmålet likevel interessant og ikke uten konsekvenser i andre, mulige, saker. Men spørsmålet er om problemstillingen i det hele tatt passer. I den generelle bevislæren er det åpenbart at det er et gode å bli fritatt for straff; man går ut av rettssalen som en fri person. Men når spørsmålet er overføring til tvunget psykisk helsevern, kan man lure på om dette er et «gode» hvis vi samtidig forutsetter at vedkommende skal få et adekvat behandlingstilbud uansett i hvilken institusjon han måtte bli værende. Vil det generelt sett være et gode å bli ansett for ikke å ha skyldevne, og dermed få sin autonomi og menneskelighet satt på prøve?

Modig dom?

Dommen er hyllet for å være modig, fordi den gikk inn i materien og underkjente den eneste godkjente erklæringen. Slik sett viste den visstnok rettens selvstendighet, siden det normale er at retten enkelt

legger en sakkyndig erklæring til grunn. Det er, i beste fall, modig kun på en formell måte. Denne saken var nemlig ikke en vanlig sak, hvor dommen ble avsagt i stillhet uten at særlig mange hadde en mening om den. Tvert imot; det var nærmest et folkekrav at Breivik skulle kjennes tilregnelig. Det hadde også påtalemakten tatt høyde for, ved å være den eneste instansen som uttrykte tvil. På den måten gjorde de det vanskelig å protestere på en avgjørelse som falt ned på et annet standpunkt enn påtalemyndighetens eget. Retten kunne derfor være forholdsvis trygg på at det ikke ble noen anke dersom Breivik ble kjent tilregnelig, og at saken mest sannsynlig stoppet sin gang i tingretten. Det modige hadde vært en konklusjon om utilregnelighet, uten at det dermed er sagt at det hadde vært riktig.

Veien videre

Dommen er en dom fra Oslo tingrett, og vil formelt sett ikke ha noen presedensvirkninger. Men den oppmerksomheten som dommen har fått om spørsmål som forholdsvis sjelden når langt opp i rettsystemet, kombinert med dens lengde og utførlighet på andre punkter, gjør at den kanskje vil få større rettskildemesig vekt enn dens formelle status tilsier. Det er derfor på sin plass å se nærmere på innholdet i argumentasjonen før man jubler over dens resultat. Argumentasjonsformen legger nemlig opp til å bære mer enn den gjør, og de utestående spørsmålene bør helst løses ved et lovutvalg. Her bør man også ta hensyn til den lange og konsekvensløse diskusjonen som har vært i alle de lovforarbeidene som i lang tid har vært inne på disse spørsmålene. Den inneholder nemlig mange kloke løsningsforslag som kan få betydning for psykologer og psykiateres rolle i rettsaker framover. Spørsmålene som gjelder skyld, ansvar og tilregnelighet, bør løses gjennom et lovutvalg bestående av et bredt sammensatt utvalg av medlemmer fra flere profesjoner. ●

5 For en nærmere drøftelse og kritikk av norsk strafferett på dette punktet, se min artikkel «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk» på civita.no/publikasjon-type/notater.