

## STRAFFERETTENS SJEL

AV ESPEN SCHAANNING

Straff defineres gjerne som et tilsiktet onde (Andenæs 1989, s. 9). Straff gjør vondt. Det er poenget med den. Hvis den gjorde godt, ville det ikke lenger dreie seg om straff. Eller som Andenæs så treffende formulerer det: "Det *skal* være forskjell på et fengsel og et rekreasjonshjem" (Andenæs 1990, s. 185). Særlig fengselsstraff gjør vondt. Man forgriper seg på mennesker når man berøver dem friheten. Dette kommer også til uttrykk i Straffelovens § 223: "Den, som ulovlig berøver en anden Friheden eller medvirker til saadan Frihedsberøvelse, straffes med Fængsel indtil 5 Aar". Hvis vi bruker lovens strafferammer som mål på grovheten av lovbrudd, må dette bety at frihetsberøvelse er en grov handling. Den øvre strafferammen er den samme som for ran og legemsfornærmelse med døden til følge (§ 268 og § 228). Det synes derfor rimelig å anta at denne typen straff i statlig regi bør unngås med mindre man har svært gode grunner for å ta den i bruk. Man må være relativt sikker på at fengselsstraff er en riktig reaksjonsmåte. Jeg går ut fra at det er allmenn enighet om dette.

Jeg går også ut fra at det er enighet om et annet prinsipp, nemlig at tvilen må komme tiltalte til gode. Hvis vi ikke kan avgjøre i hvilken forstand eller i hvilken grad tiltalte er "skyldig", må vi oppgi å straffe ham. Straff er ham ikke til gode, men til onde. Det er bedre at ti "skyldige" går fri, enn at en "uskyldig" blir dømt til straff. Vi kan ikke ta sjanser her. Det ville stride mot våre følelser og tanker om rettferdighet. Andenæs belærer oss også her på en eksemplarisk måte: "Om en skyldig skulle bli frifunnet, er ulykken som regel ikke så stor; at en uskyldig blir dømt, er derimot noe som nær sagt for enhver pris må unngås" (Andenæs 1989, s. 96).

Disse to antagelser vil jeg ta som utgangspunkt. Min strategi er som følger: Hvis jeg kan sannsynliggjøre at man i strafferettspleien har mangelfull viten om hvorvidt tiltalte er "skyldig" eller ikke, så vil dette også bane veien for tanken om at vi må avskaffe straff som reaksjonsform. Tvilen må komme tiltalte til gode. Med Andenæs må man da konkludere med at straff må unngås "for enhver pris".

### OBJEKTIV OG SUBJEKTIV SKYLD

Man skiller vanligvis i strafferetten mellom objektiv og subjektiv skyld. En person er "objektiv" skyldig hvis man med stor grad av sikkerhet kan fastslå at han har begått en bestemt lovstridig handling. For eksempel kan øyevitner, tekniske bevis og tilståelse godtgjøre at vedkommende har ranet en bank, satt fyr på et hus, drept sin kone, smuglet narkotika. Svært ofte er bevisene i slike tilfeller så sterke og overbevisende at det ikke er noen grunn til å trekke i tvil at vedkommende har gjort det han er tiltalt for.

Men ingen blir dømt til straff i henhold til straffeloven med mindre vedkommende også er "subjektiv" skyldig. Et vilkår for idømmelse av straff er at man kan

godtgjøre at tiltalte kunne noe for sin handling. Han må kunne klandres og bebreides. Det er ikke nok å påvise at han har begått handlingen, man må også bevise at han "vist" skyld. Ja, selv dette er ikke nok. Man må ofte også påvise hvilken *grad* av subjektiv skyld som forelå i gjerningsøyeblikket. Her finnes det ulike sett av oppdelinger. For eksempel kan man skille mellom forsett og uaktsomhet. Forsettet kan i sin tur deles opp i overlegg og hensikt, og uaktsomhet kan graderes som grov eller vanlig. Andre oppdelinger og presiseringer finnes også.

Strafferetten bygger med andre ord på forestillinger om det indre liv. Den baserer seg på antagelser om gjerningsmannens intensjoner, motiver og hensikter. Den krever viten om hans bevissthet, tanker, følelser og viljer. Den gransker hans sjel. Det er først og fremst her jeg er i tvil. Som lekmann stiller jeg meg undrende til at man kan fastslå slike "subjektive" ting med stor grad av sikkerhet. Det er vanskelig å forstå at man kan påvise i hvilken grad vedkommende kunne noe for sin handling. Og kan man ikke påvise dette, må man anvende prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til det gode. Det står det i alle fall i Andenæs lærebok *Alminnelig strafferett*:

"Prinsippet gjelder ikke bare når det er tvil om tiltalte har foretatt selve handlingen. Det gjelder også når handlingen er på det rene, men han f.eks. hevder at han handlet i nødverge eller nødrett (...), at han ikke var tilregnelig i gjerningsøyeblikket eller at han *ikke handlet med den skyld som straffebudet krever*" (Andenæs 1989, s. 96; min utheving).

## VI ER ALLE FLERE

Hva vet vi om vårt handlingsliv? Disipliner som filosofi, sosiologi, psykologi og psykiatri forsøker å gi sine svar. Feltet er helt uoversiktlig, selv for ekspertene. Men la oss foreløpig sette ekspertene til side og tenke selv. Jeg får en telefon fra en person som spør om jeg vil bli med i et panel i studentersamfunnet om temaet straff. Jeg svarer ja, går til studentersamfunnet og holder mitt innlegg. Juristene vil utvilsomt hevde at jeg gjorde dette med forsett, viten og vilje. Jeg opplevde det annerledes. Jeg hadde slett ikke lyst til å holde et slikt innlegg. Offentlige opptredener skremmer meg. Slikt gjør meg nervøs og usikker. Jeg får søvnløse netter og klarer ikke å konsentrere meg om andre ting. Da jeg fikk forespørselen veltet det derfor opp i meg en voldsom følelse av angst. Jeg var ikke meg selv da jeg svarte ja, men var i en slags halvbevisst tilstand hvor jeg ikke hadde kontroll over mine egne beslutninger. Slik følte jeg det. Beslutningen var ikke aktsom. Kanskje kunne man sågar si at den ble foretatt i en tilstand av bevisstløshet. Jeg var neppe helt tilregnelig i beslutningsøyeblikket. Jeg vil med andre ord bestemt hevde at det var umulig for meg å vite i hvilken grad jeg i det angjeldende beslutningsøyeblikk hadde i min makt å beslutte annerledes. Jeg hadde i alle fall svært liten grad av selvkontroll.

Utenfra sett så dette selvsagt annerledes ut. For personen i andre enden av



telefonlinjen framsto min beslutning sikkert som rasjonell, bevisst og overveiet. Men så kjenner hun meg da heller ikke. Hun kjente ikke til alle de kreftene som rev og slet i meg da hun spurte om jeg ville stille opp. Hun visste ikke om at det var en rekke krefter som seiret over min ulyst mot å delta, krefter som fikk meg til å føle et press til å svare ja. Juristene ville kanskje hevde at mitt motiv var å fremme et kriminalpolitisk synspunkt som jeg brenner for. Dette er naturligvis riktig. I det minste delvis. Men jeg tviler sterkt på om dette var den drivende kraften i min beslutning. Slike motiver gjør mitt motiv altfor høyverdig og meg selv for edel og from. Jeg føler at et slikt kriminalpolitisk motiv ikke treffer. Andre grunner må ha vært minst likeså framtreddende. Jeg hadde vel også forhåpninger om å tjene penger på min siste bok (som handler om straff) eller i det minste om å få folk til å lese den. Kanskje ville da min ære og prestisje bestyrkes. Dessuten ville jeg kunne få sjansen til å vise meg fram, vise hvor flink jeg er og hvor morsom jeg kan være. For jeg vet at jeg har et sterkt behov for anerkjennelse. Dette behovet henger kanskje i sin tur sammen med min barndom og oppvekst. Jeg opplevde det som om jeg aldri ble tatt alvorlig, følte meg underlegen og usikker. Dette hang igjen sammen med at jeg var så tykk da jeg var liten. Jeg ble kalt for “vortesvinet”, “flesket” og “fettet”. Siden har jeg forsøkt å opparbeide en viss respekt. Offentlige opptredener tilbyr seg som en anledning til dette. Men jeg var livredd. Det kunne jo gå galt. Jeg kunne dumme meg ut og kanskje tape respekt og ære. Det var sikkert et hav av andre krefter også som presset seg på, krefter som har å gjøre med mitt forhold til mitt yrke som universitetsansatt, mitt forhold til venner og kjente, mitt forhold til samboer og barn osv. Alt dette var altså på spill i beslutningsøyeblikket. Og det er helt umulig for meg å avdekke i hvilken forstand og i hvilken grad jeg var “fri” til å beslutte annerledes enn jeg gjorde. Jeg kan heller ikke forstå at andre kan vite noe rimelig sikkert om dette.

Jeg tror dette lar seg generalisere. Vi har dårlig grunnlag for å vite hvordan og i hvilken grad tanker, motiver, hensikter, forsett osv. ligger til grunn for handlinger, dvs. i hvilken grad ens “vilje” er “fri”. Hvis man vil godtgjøre i hvilken forstand og i hvilken grad vedkommende hadde i sin makt å beslutte annerledes, så støter vi på et isfjell av tanker, motiver, hensikter, begjær, følelser – alle de kreftene som river og sliter i oss. Å fastslå en bestemt grad av subjektiv skyld på dette punkt synes å være en helt umulig oppgave. Man kan gjette og tro. Men man kan neppe vite med stor grad av sikkerhet.

Tilsvarende gjelder også iverksettelsen av beslutningen. Når en beslutning først er tatt, er det vanskelig å avgjøre i hvilken grad vedkommende hadde i sin makt å *handle* annerledes. Man må i så fall bestemme hva som utgjør handlingskraften, dvs. hva som er handlingens grunn og motor. Jeg besluttet meg faktisk til å la være å holde mitt innlegg i studentersamfunnet. Jeg holdt ikke ut tanken og ville ringe og gi beskjed. Men så fikk jeg det ikke til. Beslutningen om ikke å stille opp ble kraftløs. Den første beslutningen hadde fått taket på meg. Det er med andre ord vanskelig å avgjøre hvor handlingene egentlig henter sin utøvende kraft fra, hva som tilskynder handlingen. Her ligger det også et isfjell av tanker og følelser. Det

er åpenbart ikke nok å ombestemme seg. Den nye beslutningen må hente viljesressurser annetstedsfra. Det er et gap mellom en intensjon og gjennomføringen av den. En forsettlig beslutning er ikke nok til å utøve en handling. Hvordan kan man da i rettssalen påvise at det er et bestemt forsett som er handlingens motor og drivkraft?

Jeg tror det er lett å overbevise seg om at vi har mange krefter, viljer og tanker i oss. Vi er alle flere samtidig. Vi vil og vil ikke mange ting på en gang. Og vi har neppe oversikt over alt som rører seg i oss. Med dette mener jeg på ingen måte å hevde at vi ikke har "fri vilje", at vårt beslutningsliv og handlingsliv er determinert. Tvert om tror jeg at vi i en eller annen forstand er gitt muligheter til å manøvrere i følelsenes og tenkningens farvann. Det er i alle fall slik jeg opplever mitt eget handlings- og beslutningsliv. Men jeg er ikke i stand til å rydde opp, kategorisere og klassifisere dette uoversiktlige feltet. Til daglig betrakter jeg beslutninger og handlinger som relativt uproblematisk fenomener. Men hvis jeg først stanser opp og tenker etter, så klarer jeg ikke å redegjøre for i hvilken forstand og i hvilken grad jeg er fri til å beslutte og handle annerledes. Her er jeg en tviler. Det som ved første øyekast framtrer som åpenbare forsett, motiver og hensikter, viser seg ved næyere ettertanke å være innvevet i en rekke andre krefter, følelser og motiver, som igjen er vevet inn i en rekke historiske og samfunnsmessige forhold. Til syvende og sist vet jeg ikke hva i meg og utenfor meg som driver fram beslutninger og handlinger.

Rettssalen er et sted man stopper opp. Man reflekterer og argumenterer omkring begåtte handlinger og deres subjektive grunn og drivkraft. Forholdene skulle dermed ligge til rette for ettertanke med store sjanser for påfølgende tvil. Men slik er det ikke. Juristene i rettssalen synes å vite om handlingers grunn med stor grad av sikkerhet. Det forundrer meg.

#### JUSSENS FORENKLING AV HANDLINGSLIVET

Kanskje ikke de heller vet. Kanskje de gjør som vi alle gjør av og til. Vi etterrasjonaliserer. En historie kan illustrere dette poenget. En venn av en bekjent av meg ble for mange år siden i USA underlagt hypnose. I hypnosen ble han fortalt at de etterpå skulle gå på en pub og ta seg en øl. Etter det første glasset skulle hans kone så spørre ham om han ville ha en øl til. Som svar på dette, skulle han gå bort til nærmeste blomsterpotte, spytt i den og spørre sin sidemann hvor han hadde "jernet" sitt. Mannen ble vekket opp av hypnosen, ingenting ble sagt om hypnosens innhold og de gikk for å ta seg en øl på puben. Etter det første glasset, spurte hans kone om han ville ha en øl til. Hvorpå han reiste seg, gikk bort til nærmeste blomsterpotte, spyttet i den og spurte sin sidemann om hvor han hadde "jernet" sitt. Hans kone spurte ham da hvorfor han gjorde dette. Og mannen svarte, helt uten ironi: "Blomstene trengte åpenbart vann og dessuten tenkte jeg å reparere garasjen i morgen, så jeg har behov for et brekkjern".

Denne historien viser at mannen ikke hadde kontroll over drivkreftene bak sine handlinger. Men i denne sammenhengen er det noe annet som er enda viktigere:



Han oppga grunner for det han gjorde. Han etterrasjonaliserte ved å sette seg selv som subjekt bak handlingen. Han klarte å overbevise seg selv om at han handlet ut fra bestemte forsett. Hadde ikke hans kone visst bedre, ville hun sannsynligvis ha trodd ham.

Mitt poeng her er ikke at vi alle alltid er i skumle krefters vold og at vi alltid tilskriver forsett på en løgnaktig måte. Langt derifra. Mitt poeng er at vi ikke kan vite når vi er i andre krefters vold og når vi uberettiget tilskriver forsett. Eller mer nøyaktig: Vi kan vanskelig ha oversikt over alle de kreftene som er på spill, hvilken rolle disse spiller for beslutnings- og handlingslivet og *i hvilken grad* vi forenkler i våre etterrasjonaliseringer. Hvis vi ikke kan vite slikt om oss selv, virker det lite trolig at andre skulle kunne vite slikt om oss. Å tilskrive noen en bestemt grad av subjektiv skyld synes å være en hasardiøs affære.

Hvorledes får juristene dette til? Man skulle kanskje forvente at de først undersøkte tiltaltes indre tilstand i gjerningsøyeblikket, for dernest å slutte seg til at den lovstridige handlingen må ha vært denne indre tilstandens konsekvens. Men man skjønner straks et dette er et umulig prosjekt. Hvordan skulle de få tilgang til tiltaltes indre krefter? Det er vanskelig nok å undersøke dette indre feltet i en nåtidig handling hos seg selv, enda vanskeligere må det være når det gjelder en annen persons handlinger i fortiden. Det man derfor i praksis gjør, er å gå motsatt vei. Man sier: Når en bestemt lovstridig handling er begått, så må det ha ligget en bestemt mental tilstand til grunn. Den som flikler med et ladd gevær så det går av og dreper sidemannen, handler uaktsomt. Den som raner en bank, handler med forsett. Man slutter fra objektiv skyld til subjektiv skyld. Man etterrasjonaliserer. Man tar utgangspunkt i den begåtte handlingen og dens tilhørende situasjon, og slutter tilbake til motiver, hensikter og tanker som må ha ligget til grunn. Dermed slipper man i praksis unna dette usikre, subjektive feltet som vi vet så lite om. Man holder seg kun til den objektive skylden, den begåtte handlingen, og resonnerer ut fra den.

På denne måten forenkler jussen handlingslivet. Det som går forut for handlingen projiseres inn i et tankeregister (hensikt, forsett, overlegg, uaktsomhet, villfarelse) ut fra en faktisk, konstaterbar handling. Det viktige ved en handling blir dermed to ting: Dens konsekvenser (grovhet) og dens mentale utspring (forsett, uaktsomhet, villfarelse). Men handlinger er jo så mye mer enn dette. Det viktige – kanskje det viktigste – ved handlinger er at de foregår i sosiale felt. De viktigste grunnene til at jeg ikke voldtar og stjeler, er kanskje ikke god eller dårlig vilje, men at jeg har en viss mengde penger, makt og prestisje. Det som så og si holder meg “på plass” er hele mitt historiske og sosiale nettverk. Ville man altså undersøke hva som er en handlings grunn og basis, så ville man også måtte analysere hele dette enorme feltet. Rettssalene ville dermed måtte hente inn uttalelser fra sosiologer, kriminologer, antropologer, sosionomer, statsvitere og historikere. Tvilen med hensyn til om handlingenes grunn “egentlig” kan tilskrives kategorier som hensikt, overlegg, grov eller simpel uaktsomhet, faktisk eller rettslig villfarelse osv. ville formodentlig da bli så stor at man simpelthen måtte oppgi å straffe.

## RETTSPSYKIATRIENS FUNKSJON

Kravet om subjektiv skyld som vilkår for straff er ikke noe juristene har funnet på. Det er forankret i våre moralske intuisjoner. De fleste av oss føler at det vil være urimelig å dømme noen til straff, med mindre man kan påvise at vedkommende kan noe for sin handling. Å dømme "uskyldige" mennesker til straff synes vi ville være urettferdig, selv om straffen skulle være samfunnsgagnlig. Det er derfor Andenæs ovenfor kunne si at man må unngå å straffe uskyldige "for enhver pris". Å straffe uskyldige støter an mot våre dypeste følelser om rettferdighet. Kravet om subjektiv skyld som vilkår for straff er med andre ord uttrykk for et rettferdighetskrav som jussen er tvunget til å forholde seg til enten den vil det eller ikke. Formodentlig hadde juristene hatt en enklere oppgave hvis de kunne nøye seg med å fastslå den objektive skylden. Den subjektive skylden truer bare med å lage trøbbel. Jussen klarer imidlertid å forenkle beslutnings- og handlingslivet ved hjelp av sine begrepsstrategier slik at det lar seg håndtere. Juristene har temmet den onde vilje.

Men av og til er det ikke til å unngå at tvilen presser seg på. Det blir bare så altfor opplagt at forenklingene ikke holder mål. Da påkalles psykiaterne. Psykiaterne er sjelsekspert. De forventes å ha spesialkunnskap om våre indre tilstander. Eller mer presist: De forventes å kjenne til de indre tilstandene som kan karakteriseres som "syke". Om man er i tvil, kan man derfor bare spørre dem om tiltalte var tilregnelig i gjerningsøyeblikket eller ikke. Og dermed skulle saken være avgjort. Jeg har annetsteds gått mer detaljert inn på psykiatriens funksjon på dette punktet (Schaanning 1994, s. 15-40). Her skal jeg nøye meg med mine to konklusjoner.

For det første fungerer psykiatrien som strafferettspleiens garantist i spørsmålet om tilskrivelsen av subjektiv skyld. Psykiaterne påkalles bare i enkelte tilfeller. Og det er bare i få av disse at de ender opp med konklusjoner som fører til straffrihet. Men problemet er ikke derfor marginalt. Poenget er selvsagt at psykiaterne går god for alle de tilfellene hvor vedkommende *ikke* erklæres for syk. Psykiateren erklærer i slike tilfeller tiltalte for normal. Derved går han også god for at tiltalte, som alle andre, er utstyrt med en fri vilje. Dermed kan juristene rolig tre til med sine vanlige tilskrivelser av subjektiv skyld på objektivt grunnlag. Psykiateren har gått god for at beslutnings- og handlingslivet er slik juristene forestiller seg at det er. Det fantes ikke "skurr" hos tiltalte, han handlet normalt, dvs. med viten og vilje. Likeledes er psykiateren en garantist for alle de sakene hvor man ikke benytter seg av psykiatrisk sakkyndige. De *kan* alltid konsulteres hvis man vil ha en normalitetsattest. Psykiaterne er den joker juristene kan trekke fram fra ermet hvis noen skulle insistere på at vi ikke kan vite i hvilken grad tiltalte hadde i sin makt å beslutte eller handle annerledes. Rettspsykiatrien synes dermed å fungere som ryggdekning og vitenskapelig forsikring om at tilskrivningen av subjektiv skyld går riktig for seg.

For det andre får psykiaterne i praksis både lovgivende, dømmende og utøvende myndighet i spørsmålet om utilregnelighet. De har *lovgivende* myndighet for såvidt som de fungerer som premissleverandører ved utredning av nye lovforslag om utilregnelighet. Det ser vi allerede i det nye forslaget til §44 i straffeloven der "sinnsyk" skal erstattes med "psykotisk". Loven formuleres i psykiaternes språk. Det



juridisk relevante spørsmål om i hvilken grad tiltalte kunne ha annerledes enn han gjorde erstattes av et mye enklere og mer "vitenskapelig" spørsmål om riktig medisinsk diagnose. Psykiaterne har *dømmende* myndighet for såvidt som det i praksis er dem som også må avgjøre når loven kommer til anvendelse. Det er bare psykiaterne som er eksperter på psykoser. I odelstingsproposisjonen heter det således: "Avgjørelsen av spørsmålet om straffrihet bør i minst mulig grad avhenge av dommerens skjønn. Utilregnelighetstilstandene må beskrives i en terminologi som er anerkjent i den psykiatriske vitenskapen" (Ot Prp 1993/94: 87, s. 28). Og endelig har psykiaterne *utøvende* myndighet for såvidt som det er dem som i mange tilfeller får lovovertrederen i hendene hvis han blir erklært straffri fordi han var "psykotisk" (§ 44) eller hadde en "alvorlig psykisk lidelse" (§ 45) i gjerningsøyeblikket. Det prinsipielt betenkelige ved at psykiaterne på denne måten får full kontroll over avgrensningen av den frie vilje fra start til mål, er selvsagt at det blir nærliggende for dem å gi og fortolke lover slik at de selv slipper å få seg tilsendt de verste bråkmakerne. Straffelovrådet påpeker nettopp at "avgrensningen av begrepet 'psykose' avhenger av den psykiatriske vitenskap til enhver tid" (NOU 1974:17, s. 53; jfr. s. 45). Psykiaterne står dermed fritt til å formulere og fortolke sitt begrep om psykose på en slik måte at de mest aggressive, plagsomme og voldelige personene faller utenfor § 44 og § 45 slik at de havner i fengsel i stedet for på psykiatrisk klinikk. Så slipper psykiaterne å stri med dem.

Viktigere i vår sammenheng er imidlertid spørsmålet om hvorvidt psykiaterne på dette området vet det som er verd å vite. Eller annerledes formulert: Er det juridisk relevante spørsmålet om tiltalte kunne noe for sin handling et medisinsk spørsmål? Er det virkelig slik at psykiatriens diagnoseskjemaer, som er utarbeidet for terapeutiske formål, faller sammen med jussens tilregnelighetsregler, som er utarbeidet med henblikk på om tiltalte kan noe for sine handlinger? Det er vanskelig å svare ja på disse spørsmålene. Man har i utarbeidelsen av tilregnelighetsreglene bestemt at "sinnssyke" (psykotiske) personer *skal* gå fri fra straff (§ 44) og at personer med andre psykiske lidelser eller bevissthetsforstyrrelser *kan* gå fri fra straff (§ 45). Men problemet er hvordan psykiaterne kan ha oversikt over i hvilken forstand og i hvilken grad psykoser, alvorlige lidelser (som ikke er psykoser) og bevissthetsforstyrrelser gjorde vedkommende ute av stand til å handle annerledes enn han gjorde. Hvordan kan vi vite at § 44 og § 45 har fanget opp alle som ikke kunne handle annerledes enn de gjorde? Hvis psykiateren mener å vite slikt, opptrer han ikke bare som ekspert på sjelen, men som ekspert på menneskets beslutnings- og handlingsliv. Det er vanskelig å forstå at han kan være fagmann på slikt. Dette har lenge vært et omstridt område innenfor sosiologi, filosofi og psykologi. Sannheten er vel snarere at psykiaterne er relativt uvitende på dette uoversiktlige feltet.

Psykiaterne kan nok toe sine hender og hevde at de kun uttaler seg i det medisinske spørsmålet om tiltalte var sinnssyk (psykotisk) i gjerningsøyeblikket og ikke i det juridiske spørsmålet om han hadde i sin makt å handle annerledes. Men det løser imidlertid ikke noe problem. Saken er jo at diagnosene *gjøres* juri-

disk relevante. Det er derfor de stilles. Juridisk sett er derfor uvissheten like foruroligende: Vi vet ikke om de som faller innenfor de psykiatriske diagnosene er tilregnelige eller ikke; vi vet heller ikke om de som faller utenfor dem er tilregnelige eller ikke. Likevel opptrer psykiaterne som om de vet dette og gir dermed rettsvesenet det alibiet det trenger for å straffe de "normale" med god samvittighet.

Konklusjonen synes å bli at psykiatrien ikke kan avhjelpe oss i vår tvil angående spørsmålet om subjektiv skyld. De fungerer indirekte som garantister for at alt går riktig for seg i "normaltilfellene" og de feller dommer over hvorvidt tiltalte var strafferettslig utilregnelig. Her stiller de sin medisinske viten til rådighet. Men denne viten står skjevt og kommer håpløst til kort i forhold til det juridisk avgjørende spørsmålet om i hvilken grad vedkommende kan tilskrives en bestemt grad av subjektiv skyld i gjerningsøyeblikket. Psykiaterne har ingen utdanning i juss. De har ikke en gang et minimum av filosofisk og sosiologisk skoloring innenfor beslutnings- og handlingsteori. Det er derfor lite trolig at de vet det som i denne juridiske og handlingsteoretiske sammenhengen er verd å vite.

#### ALTERNATIV

Alt peker i en retning: Det er vanskelig å vite noe sikkert om i hvilken forstand og i hvilken grad tiltalte har vist skyld ved sin ugjerning. Denne usikkerheten må komme tiltalte til gode. Vi må følgelig la være å straffe ham.

Dermed er det ikke sagt at vi ikke skal reagere. Selvsagt skal vi reagere. Alle reagerer vi negativt på vold, ran og hærverk. Men vi trenger ikke å reagere med straff. Siden vi vet så lite om den subjektive skylden, så må vi unngå straff "for enhver pris". Vi må finne andre måter å reagere på og andre måter å tenke omkring lovbrudd på. La meg skissere i hvilken retning man kunne tenke.

Kanskje vi bør skille mellom fortid og framtid. Ett spørsmål er hva vi skal gjøre med at en konkret, fortidig, lovstridig handling er begått. Et helt annet spørsmål er hva vi skal gjøre med de framtidige lovbruddene. I dagens straffetenkning blandes disse ofte sammen. Man forsøker å slå to fluer i ett smekk: Straffen skal både være en reaksjon på et fortidig lovbrudd og ha en preventiv effekt for framtiden. Men hvis vi ikke kan straffe, kan vi neppe få i pose og sekk på denne måten. Reaksjonen på lovbruddet trenger ikke å være den samme som forsøkene på å hindre nye lovbrudd.

1. Hvordan skal vi forholde oss til fortiden, dvs. til den begåtte handlingen? Oppgjørstanken virker som en farbar vei. Vi må foreta et oppgjør med gjerningsmannen. Dette kan begrunnes ut fra tre hensyn. For det første ut fra offerets synspunkt. Offeret (eller hans representanter) må føle at han blir tatt alvorlig. Vi kan ikke ignorere at han er blitt utsatt for ubehageligheter. Vi må lytte til ham og forsøke å erstatte skaden så godt vi kan. Hvis gjerningsmannen ikke er i stand til å gi en eller annen form for erstatning, så må det offentlige sørge for at det blir gjort. For det andre kan oppgjøret begrunnes ut fra samfunnets synspunkt. Det er viktig å si i fra. Vi må markere at lovstridige handlinger er uakseptable. Derfor kan oppgjøret godt ta form av en domsavsigelse der gjerningsmannen dømmes til å ha begått



ugjerningen. Vi konfronterer ham med den ved at vi på den ene siden fordømmer handlingen og på den annen side dømmes ham til å være dens utøver. For det tredje kan oppgjøret begrunnes ut fra lovovertræderens synspunkt. Vi gir ham anledning til å gjøre det godt igjen, "betale" tilbake, erstatte skaden. Gjerningsmannen får sjansen til å gjenvinne noe av respekten og selvrespekten. Dermed kan han hentes "inn" igjen. Han må nok leve med at ugjerningen for framtiden vil klebe ved hans person. Men i oppgjøret kan man signalisere at dette er en handling som vi nå legger bak oss, og at han er velkommen til å vise at han er mye mer enn sin forbrytelse.

Det kan kanskje umiddelbart virke urimelig at gjerningsmannen må "erstatte" den påførte skade, når det (ved hjelp av *in dubio pro reo*-prinsippet) samtidig skal reageres som om han var skyldfri. Det kan ikke være rettfærdig at vedkommende skal erstatte skaden, når han samtidig erklæres (subjektivt) uten skyld. Her er det imidlertid viktig å minne om at *in dubio pro reo*-prinsippet ikke sier noe om viljen er fri eller ikke, men kun sier oss hvordan vi skal forholde oss når vi er i tvil. Om vedkommende skal tillegges subjektiv skyld eller ikke, er derfor et spørsmål om hva som kommer ham mest til gode. I de fleste av livets forhold vil det for de fleste av oss være best å bli tilskrevet fri vilje fordi vi ville miste mye av vår respekt og verdighet som menneske hvis vi ble ansett å være "uansvarlige". Det er først når tiltalte risikerer å bli straffet med fengselsstraff, at det kan være best for ham at han blir ansett for å ha vært ufri i gjerningsøyeblikket. Ved oppgjøret er det annerledes. Her står omsorgen for tiltalte i sentrum. Det vil derfor normalt være best for ham å gjennomgå oppgjøret. Det vil således være riktig å behandle ham som om han var (subjektivt) skyldig. Man oppfordrer ham til å forholde seg til handlingen som hans egen.

Oppgjørsformen er et ritual. Det er en sammenkomst hvor hver part får sagt sitt. Alle får anledning til å forklare seg og uttrykke sine frustrasjoner. Vi er i våre dager vant til at lovovertrædelser blir både privatisert og forvaltet. De blir på den ene side privatisert ved at både lovovertræder og offer rykkes vekk fra sine sosiale omgivelser og blir stående alene i konfrontasjonen med ugjerningen. Familie, venner, kolleger og naboer holdes utenfor og opptrer i høyden som vitner i avhørsprosedyren. Lovovertrædelsen blir på den annen side forvaltet av profesjonelle dommere og advokater. Offer og gjerningsmann blir nærmest tilskuere til sin egen konflikt. Rettsapparatet stjeler konflikten fra partene (Christie 1978, s. 248-265).

I oppgjøret vil dette kunne gjøres annerledes. De juridiske ekspertene med sine subtile graderinger av subjektiv skyld kan vi rolig holde utenfor. Oppgjøret overlates til dem som skal leve med ugjerningen for framtiden. I oppgjørsritualet legges handlingen der den hører hjemme. I fortiden. Den gravlegges. Men som vi vet, er begravelse likevel ikke et definitivt farvel til fortiden, men en ritualisert bearbeidelse av den. Christie snakker om en "sørgetid" (Christie 1981, s. 98-105). I slike ritualer kan (og bør!) partenes familie, venner, kolleger og naboer også delta. Vi som ikke begår lovstridige handlinger (eller i det minste ikke blir tatt for det), vi burde føle oss forpliktet til å delta når vår svoger, venn, kollega eller nabo er in-

volvert som tiltalt eller offer i et oppgjør. Oppgjøret kan således fungere som et fellesskapskonstituerende ritual, en måte å sørge sammen på. Forhåpentligvis kan partene også komme til enighet om hva gjerningsmannen kan gjøre for å bøte på den forvoldte skade. Vil eller kan han ikke gjøre noen gjenytelse, så får han la være, og det offentlige får tre til med en rimelig erstatning. Hans ære og selvrespekt vil avta deretter. Men vi må stadig gi ham sjansen til å kunne "betale" tilbake på en eller annen måte.

Det betyr likevel ikke at slike oppgjør nødvendigvis må være sivile. Samfunnet skal også leve med ugjerningen og kan i mange tilfeller bringes inne som aktør. Dette kan være særlig viktig i saker hvor offerets maktposisjon er svak i forhold til overgriperen og hvor offerets integritet er sterkt krenket. (f.eks. ved sedelighetsforbrytelser). I slike tilfeller kan det være påkrevet å gi offeret oppreisning ved hjelp av et statlig, offentlig, høytidlig ritual der tiltalte dømmes for å ha begått handlingen (Finstad 1988, s.17). Det signaliserer at overgrepet tas på alvor. Men statens rolle kan ikke være å dømme i spørsmålet om subjektiv skyld. Den kan bare være med som administrator og iscenesetter av objektiv skyldsavsigelse.

La meg understreke at dette ikke er et konkret forslag til hvordan man fra nå av skal reagere på alle typer lovbrudd. Det er kun snakk om å skissere en tankegang, en måte å tenke omkring fortidige lovbrudd på som ikke innebærer straff. Hvordan man konkret skal arrangere oppgjørsformen i de ulike tilfellene må man diskutere seg fram til.

Skeptikere vil kanskje hevde at oppgjøret er en fordekt type straff. For et oppgjør er ingen idyll. Det kan utvilsomt være ubehagelig og opprivende. Er ikke dette bare en annen form for tilsiktet pinepåføring? Jeg tror ikke det.

Straff gjør vondt, men alt som gjør vondt, er ikke dermed straff. Vi sender for eksempel barna våre til skolen. Det går som regel fint i begynnelsen. Mange, kanskje de fleste, gleder seg til skolen og stortrives der. Men dette endrer seg for de aller fleste etter noen år. Ungdomsskolen representerer for mange elever en pinefull tvang. Ville vi av den grunn kalle skolegangen for straff? Nepe. Den pliktige skolegangen legitimeres blant annet ut fra forestillingen om at den er til det beste for dem det gjelder. Den som ikke har et minimum av utdanning står i fare for å falle "utenfor" på andre områder senere i livet. Tilsvarende gjelder for universitetseksamener. De er for mange en pinefull erfaring. Særlig muntlig eksamen. Den er for de fleste et sant mareritt. Men ingen ville vel likevel påstå at det derfor er snakk om straff. Det er vel snarere snakk om et ritual som anses for å være "nødvendig". Universitetet får testet at undervisningen har vært vellykket, samfunnet får graderte kandidater som kan vurderes ut fra en karakterskala fra 1 til 6, kandidatene selv får anledning til å heve sin kompetanse og dermed øke sjansene til å hevde seg på andre av livets områder.

Jeg har ingen særlig sans for den normerte skole, og slett ikke for den typen universitetseksamener vi har i dag. Etter min mening spiller samfunnets normerings- og nyttekrav her en altfor dominerende rolle. Men det er ikke så viktig i denne sammenhengen. Det avgjørende er at skole og eksamener er allment anerkjente



fenomener hvor pine ikke nødvendigvis må tenkes som straff. Særlig eksamensformen kan brukes som analogi på oppgjøret: Den er et ritual, den avslutter en krevende tid som nå tilhører fortiden og de involverte parter får sagt sitt. I sin mest fruktbare form ville eksamenen til syvende og sist kunne være et gode for alle parter. Den vil kunne få effekter som er relativt uavhengige av den eventuelle samfunnsnyttens den har. Studenter og lærere diskuterer erfaringer og synsvinkler innenfor faget slik at alle går beriket ut av diskusjonen: Studenter får følelsen av å bidra med noe, bli anerkjent og tatt alvorlig; lærerne får anledning til å få satt sine fordommer på spill (i dag skjer som regel det motsatte: studentene føler seg dumme og lærerne mener de ikke har noe å lære av dem). Et slikt ritual kan utvilsomt være smertefullt, men poenget er nettopp at partene kan vokse på det og tildele hverandre respekt og anerkjennelse. Tilsvarende må kunne gjelde for oppgjøret: Det er en ordening hvor hensikten ikke er at det skal gjøre vondt, men at alle får komme til orde. Her får "påtalemyndigheten" ture fram med sine anklager, bebreidelser og irettesettelser. Men også tiltalte får redegjort for handlingens bakgrunn. Det viktige er ikke bare at anklager får satt seg i respekt, men at tiltalte gis anledning til å gjenvinne respekt og ære. Det er mulig han ikke vil ta "tilbudet" og ikke vil gjøre opp for seg på noe vis. Da består han ikke "eksamen". Men vi må alltid gi ham anledning til det hvis han vil.

2. Hvordan skal vi forholde oss til framtiden, dvs. til nye potensielle lovbrudd? Kanskje vi ikke trenger å gjøre så mye. Personlig har jeg verken ranet banker eller voldtatt. Som nevnt er grunnen til dette neppe at jeg i alle situasjoner er så "god", at jeg har så gode forsetter, så gode viljer i mitt indre. Jeg huser tvert om mye aggresjon og av og til fører dette til at jeg oppfører meg helt uakseptabelt. Bare spør min samboer. Hvorfor begår jeg da ikke ran og voldtekt? Jeg vet ikke helt. Det er sikkert mange grunner. Det kan selvsagt være at jeg tross alt er redd for straff. Men andre forhold synes meg viktigere. Kanskje jeg ganske enkelt ikke har lyst til å skaffe meg penger og sex på den måten. Eller kanskje jeg føler meg forpliktet overfor bestemte normer i samfunnet (du skal ikke stjele, du skal ikke voldta). Eller kanskje jeg har brukbart med penger og sex. Selv tror jeg den kanskje mest avgjørende faktor kan være trusselen om sosial misbilligelse. For oppgjøret vil nok også ha en viss preventiv effekt (selv om dette ikke kan være dets begrunnelse): Man vet at man kan bli tatt og dømt for å ha begått sin ugjerning. Hva ville barna mine si? Min samboer? Mine venner, naboer og kolleger? Det er sikkert mange ting som styrer mitt beslutnings- og handlingsliv. Trusselen om fengselsstraff spiller her kanskje en marginal rolle.

En slik konklusjon understøttes av statistikk. I motsetning til hva man skulle tro, er det ingen påviselig sammenheng mellom antall fanger og kriminalitetsnivå (Christie 1993, s. 25-34). Det blir ikke mindre kriminalitet ved at flere settes i fengsel eller ved at de gis strengere dommer. Og omvendt blir det ikke større kriminalitet om man straffer færre og mildere. Kriminalitetsnivået har de siste 150 årene holdt seg temmelig konstant uavhengig av fangetallets til dels store vekslinger. Av dette er det nærliggende å slutte at det relativt lave kriminalitetsnivået i

Norge ikke kan forklares med at vi har et relativt høyt straffenivå. Annerledes formulert: Kriminalitetsnivået bestemmes ikke nødvendigvis av den allmenn- eller individualpreventive trusselen om, og anvendelsen av, straff. Hvis vi nemlig går ut fra at folk flest har (eller tror de har) rimelig gode kunnskaper om straffanvendelsen (en antagelse som prevensjonstilhengerne går ut fra, men som ikke er uproblematisk), så synes de ikke å endre sin atferd i henhold til denne kunnskapen: Det er lite som tyder på at flere begår lovbrudd, når færre settes i fengsel. Hvor mange som settes i fengsel og hvor strenge dommer de har (fangetall) synes ikke å påvirke kriminalitetsnivået (folks tilbøyelighet til begå lovbrudd). Eller som Christie formulerer det: "variasjonen i fangetall er en refleksjon av kontrollsystemene, ikke av lovbruddene" (Christie 1993, s. 34). Ved oppgjørsformen får man ingen fanger. Statistikken kunne tyde på at vi kanskje heller ikke får så mange flere lovbrudd.

Man skal selvsagt være forsiktig med å trekke bastante konklusjoner av generelle statistikker. Men ut fra det som er sagt ovenfor, er det rimelig å tro at trusselen om fengselsstraff kanskje spiller en beskjeden rolle med henblikk på om folk begår lovbrudd eller ikke. Det er kanskje ikke først og fremst trusselen om fengselspine som hindrer folk fra å begå lovstridige handlinger.

Noen vil hevde at det må gjøres noe mer aktivt for å demme opp for kriminaliteten. Her åpner det seg et annet perspektiv. Man kan styrke det nettverket som holder folk "på plass". Man kan i størst mulig grad forsøke å hindre at det oppstår situasjoner hvor lovstridige handlinger presser seg på som "siste utvei" for dem det gjelder. En måte å gjøre dette på, er å sørge for at flest mulig mennesker har like mye penger, makt og prestisje som jeg. Eller tilnærmedesvis. Penger: Når man har en rimelig inntekt og samtidig ser at andre ikke har stort mer enn en selv, minsker presset etter å skaffe seg mer. Makt: Når man gir folk medbestemmelsesrett i ulike organer, utvalg, komitéer og råd, får folk følelsen av at de selv er med på å bestemme. Og sjansen for at man følger opp det man selv har vært med på å bestemme, blir større hvis man føler at beslutningene ikke blir trådd ned over en fra oven. Prestisje: Når man på denne måten minsker hierarkiseringen av mennesker, får flere kanskje følelsen av at man er verd noe, at man betyr noe, at man anerkjennes som en viktig deltager i samfunnet. Dermed får man en respekt, selvrespekt og æresfølelse som man nødvendig vil sette på spill. Det er med andre ord rimelig å tro at de som har mye penger, makt og prestisje har mye å tape, og at de som har lite av slikt har lite å tape. For den sistnevnte gruppen økes risikoen for at man tyr til lovbrudd. Andenæs er inne på en tilsvarende tankegang:

"den som er fristet til å begå et lovbrudd og overveier muligheten for oppdagelse og straff, vil ta i betraktning de *totale sosiale konsekvenser*, ikke bare den juridiske straff. En kasserer som gjør underslag, en prest som snyter på skatten, en lærer som gjør seksuelle tilnærmelser til mindreårige, en offentlig tjenestemann som tar imot bestikkelser – i slike og mange andre tilfelle vil frykten for å bli avslørt mer være frykten for skammen og skandalen, tap av stilling, problemer i familien, enn frykt for selve straffen. Om denne er noe strengere eller noe mildere, vil derfor kunne være



mindre vesentlig i motivasjonsprosessen. For en tidligere straffet vaneforbryter, eller for en ung lediggjenger fra narkotikamiljøet, vil dette være annerledes" (Andenæs 1994, s. 53-54; jfr. Andenæs 1990, s. 61-62, 152, 168).

Hva Andenæs her i klartekst sier, er at de som har mye penger, makt og prestisje i grunnen ikke trenger å avskrekkes fra å begå lovbrudd. De holder seg i regelen unna slikt på grunn av sin sosiale posisjon. Men med "vaneforbrytere" og "lediggjengere" er det annerledes. De har ikke et nettverk som holder dem på plass. Andenæs' løsning på dette problemet er å true disse æreløse, avmektige og ubemidlede personene med straff. Det sosiale og økonomiske nettverket som holder kassereren, presten, læreren og den offentlige tjenestemannen i skinnet skal for de svakere stilte erstattes med trussel om pine. Men for å unngå denne åpenbare klassejustisen kunne man jo heller gå motsatt vei, nemlig å gi "vaneforbrytere", "lediggjengere" og andre som befinner seg lavt på samfunnets sosiale og økonomiske rangstige større muligheter. Det er rimelig å tro at kriminalitetsnivået kan påvirkes ved å utjevne den ulike fordelingen av penger, makt og prestisje. Men det ville åpenbart i sin tur bety at vi måtte ta mye penger, makt og prestisje fra dem som har mye av slikt. Vi måtte altså reorganisere samfunnet. Dette er en langsiktig og vanskelig oppgave. Men den er antageligvis uomgjengelig hvis man har som formål å hindre at lovbruddene øker for framtiden.

Kanskje det mot formodning ikke nytter å demme opp for kriminaliteten. Kanskje vi ved å oppgi straff utløser et skred av tyverier, ildspåsettelse, narkotikasmugling, voldtekt og mord. Spørsmålet vi da må stille oss er hvor langt vi er villige til å gå i å bryte med våre moralske følelser og intuisjoner for å oppnå kriminalitetshindrende effekter. Skal vi oppgi kravet om påvisbar subjektiv skyld? Skal vi oppgi prinsippet om at tvilen må komme tiltalte til gode? Hvor mange moralske overtramp er vi villige til å risikere overfor de tiltalte for å unngå moralske overtramp på samfunnet? Hvor lavt må vi gå ned i anstendighet for å hindre at mennesker begår lovbrudd som krenker anstendigheten? Hvor mange kameler er vi villige til å svelge?

Adresse: Espen Schaanning  
Institutt for kulturstudier  
Postboks 1010  
Blindern  
N-0315 Oslo

LITTERATUR

- Andenæs, Johs. *Alminnelig Strafferett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1989.  
– *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, Universitetsforlaget, Oslo 1990.  
– *Straffen som problem*, Exil Forlag, Oslo 1994.
- Christie, Nils. *Som folk flest*, Universitetsforlaget, Oslo 1978  
– *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oxford 1981,  
– *Kriminalitetskontroll som industri*, Universitetsforlaget, Oslo 1993.
- Finstad, Liv. “Sedelighetsforbrytere ut av fengslene: Prinsipper for en realistisk utopi”, *Materialisten* nr. 3 1988, s. 7-29.
- NOU 1974:17. *Strafferettslig utilregnelighet og særreaksjoner. Utredning fra Straffelovrådet.*
- Ot prp nr. 87 (1993-94). *Om lov om endringer i straffeloven m v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).*
- Schaanning, Espen. *Den onde vilje. En kriminalfilosofisk pamflett*, Spartacus, Oslo 1994.