

**Tvungent psykisk helsevern som strafferettslig særreaksjon**  
**– mellom samfunnsvern og frihet**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 559

Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 17924 ord

25.04.2011

*“The necessity of reform mustn’t be allowed to become a form of blackmail serving to limit, reduce, or halt the exercise of criticism. Under no circumstances should one pay attention to those who tell one: ‘Don’t criticize, since you’re not capable of carrying out a reform.’ That’s ministerial cabinet talk.”*

— Michel Foucault



## INNHALDSFORTEGNELSE

1. Innledning.....	1
1.1 Tema og problemstilling .....	1
1.2 Bakgrunn.....	1
1.3 Avgrensninger .....	3
1.4 Metode .....	4
1.5 Videre fremstilling.....	5
2. Materielle vilkår i straffeloven § 39 – særlig om samfunnsvernvilåret .....	6
2.1 Innledning .....	6
2.2 Utilregnelighetsvilåret – psykotisk eller bevisstløs i gjerningsøyeblikket .....	7
2.3 Lovovertredelsesvilåret – alvorlige forbrytelser .....	9
2.4 Gjentakelsesfarevilåret – nærliggende eller særlig nærliggende fare for alvorlige forbrytelser .....	11
2.5 Analyse av samfunnsvernvilåret .....	12
2.5.1 Innledning .....	12
2.5.2 Vurderingstema .....	13
2.5.3 Inngrepsterskel .....	14
2.5.4 Skjønnsmomentene og deres innbyrdes vekt .....	15
2.5.5 Oppsummering – samfunnsvernvilåret .....	20
3. Begrunnelsen for reaksjonen .....	21
3.1 Innledning .....	21
3.2 Nyere utviklingstrekk i strafferetten.....	22
3.2.1 Skadefølgeprinsippet .....	22
3.2.2 Pre-aktiv strafferett.....	22
3.3 Samfunnsvern gjennom uskadeliggjøring – hovedbegrunnelsen for særreaksjonene .....	23
3.3.1 Uskadeliggjøring av særlig farlige lovovertridere.....	23
3.3.2 Objektet for vernet – andres liv, helse og frihet .....	24
3.3.3 Fareprediksjon og eliminering av risiko .....	25
3.4 Særegne forhold ved utilregnelige lovovertridere .....	27
3.4.1 Innledning .....	27
3.4.2 Valgfrihet som prinsipp i strafferetten .....	27
3.4.3 Manglende skyldevne og overføring til tvungent psykisk helsevern .....	29
3.4.4 Prevensjonshensyn som begrunnelse for reaksjonen .....	31
3.5 Hensynet til lovovertriderens frihet .....	32

3.5.1	Innledning .....	32
3.5.2	Individets frihet og minste inngreps prinsipp .....	32
3.5.3	Sammenlikning av særreaksjonen og administrativ tvangsinnleggelse ...	34
3.6	Behandling og gjengjeldelse som begrunnelse for reaksjonen – et rettssosiologisk perspektiv .....	37
3.6.1	Innledning .....	37
3.6.2	Behandling .....	38
3.6.3	Gjengjeldelse og opprettholdelse av den sosiale ro.....	40
3.7	Oppsummering – begrunnelsen for reaksjonen.....	42
4.	Rettspolitisk vurdering .....	43
4.1	Innledning .....	43
4.2	Samfunnsvernvilåret de lege ferenda.....	43
4.3	Generelle innvendinger mot reaksjonen .....	46
4.4	Forslaget om å utvide virkeområdet til reaksjonen .....	49
4.4.1	Innledning .....	49
4.4.2	Endringsforslaget.....	49
4.4.3	Vurdering .....	50
4.5	Alternative reformforslag.....	52
4.5.1	Innledning .....	52
4.5.2	Det sivile sporet – samfunnsvern uten bruk av særreaksjoner.....	52
4.5.3	Tidsbestemt særreaksjon basert på gjerningens grovhet.....	53
5.	Litteraturliste .....	55
5.1	Lover, forskrifter, konvensjoner m.v. ....	55
5.2	Rettspraksis .....	55
5.3	Forarbeider .....	56
5.4	Litteratur .....	57
5.4.1	Bøker .....	57
5.4.2	Artikler.....	58
5.5	Nettdokumenter .....	58
6.	Vedlegg: § 39 i straffeloven av 1902 .....	60

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er særreaksjonen dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven<sup>1</sup> (strl.) § 39.

I avhandlingen analyseres for det første vilkåret ”*anses nødvendig for å verne samfunnet*” i strl. § 39. Problemstillingen her er hvilket innhold vilkåret har de lege lata.

For det andre søker avhandlingen å kartlegge begrunnelsen for strl. § 39.

Problemstillingen i denne delen av avhandlingen er hvilke hensyn som kan legitimere reaksjonen, samt hvilke kryssende hensyn som gjør seg gjeldende på området.

For det tredje har avhandlingen en rettspolitisk vurdering av regelverket. Justis- og politidepartementet har fremmet et forslag om å utvide virkeområdet til strl. § 39. Både dagens ordning og endringsforslaget er gjenstand for vurdering.

## 1.2 Bakgrunn

Overføring til tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 er en av flere strafferettslige særreaksjoner i norsk rett. Slike reaksjoner har to felles kjennetegn. De er begrunnet med samfunnsvernshensyn. I tillegg er de prinsipielt sett tidsubestemte eller i hvert fall mer langvarige enn det normale straffeutmålingsprinsipper tilsier.<sup>2</sup> Det innebærer i ytterste konsekvens at den særreaksjonsdømte kan sitte innesperret resten av sin levetid.

I norsk rett har vi tre strafferettslige særreaksjoner. Forvaring idømmes tilregnelige lovovertridere, jf. strl. § 39 c. Reaksjonen gjennomføres i kriminalomsorgens forvaringsanstalter og anses som straff, jf. strl. § 15. I tillegg til forvaring brukes to ulike særreaksjoner overfor personer som anses utilregnelige i gjerningsøyeblikket. I disse tilfellene er det ikke tale om straff i straffelovens forstand. Tvungen omsorg etter § 39 a idømmes lovovertridere med høygradig psykisk utviklingshemming, jf. strl. § 44 annet ledd. Reaksjonen gjennomføres i en egen fagenhet i spesialisthelsetjenesten, jf. strl. § 39 a annet ledd. Overføring til tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39, som er denne avhandlingens tema, idømmes lovovertridere som i gjerningsøyeblikket anses

---

<sup>1</sup> Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

<sup>2</sup> Syse (1996) side 585

utilregnelige på grunn av psykose eller bevisstløshet, jf. strl. § 44 første ledd.

Reaksjonen gjennomføres i det psykiske helsevernet, jf. psykisk helsevernloven (phlsvl.) kapittel 5. Alle de tre særreaksjonene videreføres i straffeloven av 2005.<sup>3</sup>

Dagens bestemmelse om overføring til tvungent psykisk helsevern i strl. § 39 trådte i kraft ifra 2002. Frem til da hadde man ordningen med såkalt ren sikring overfor utilregnelige. I likhet med dagens reaksjon var ordningen med ren sikring prinsipielt tidsubestemt. Utilregnelige lovovertridere som ble dømt til ren sikring ble tidligere ofte plassert i sikringsanstalter i fengslene.<sup>4</sup> I dagens ordning er adgangen til å plassere utilregnelige i fengsel innskjerpet. Regelverket er nå i motsetning til sikringsregelverket utformet slik at det er en plikt for det psykiske helsevernet å motta den dømte, uavhengig av om vilkårene for tvangsinnleggelse i psykisk helsevernloven er oppfylt.<sup>5</sup> Dette innebærer et brudd med prinsippet om asylsuverenitet innenfor psykiatrien. Prinsippet går ut på at ledelsen ved behandlingsinstitusjoner kan nekte å ta i mot pasienter som ellers fyller vilkårene for innleggelse, og at ledelsen også har fri adgang til å skrive dem ut.<sup>6</sup>

Strl. § 39 har vært i kraft i overkant av ni år. Den rettsmedisinske kommisjon har opplyst at det årlig blir idømt mellom ti og tyve særreaksjoner etter bestemmelsen.<sup>7</sup> I en såkalt etterkontroll av regelverket gjennomgikk Mælandutvalget praksis frem til 2006. Utvalget fant at gjennomsnittsalderen for personer som blir ilagt reaksjonen er i underkant av 40 år. Ni av ti av er menn, og omtrent tre fjerdedeler er født i Norge.<sup>8</sup> De aller fleste er enslige, og under fem prosent var i arbeid på handlingstidspunktet.<sup>9</sup> Gruppen tilhører i likhet med fangebefolkningen det nedre sjikt i samfunnet.<sup>10</sup>

Selv om ordningen i strl. § 39 er relativt ny, har Justis- og politidepartementet fremmet et forslag om å utvide virkeområdet til regelverket. Kort fortalt går det ut på at langt flere lovovertridelser skal kunne medføre særreaksjonsdom, jf. nedenfor punkt 4.4.2.

---

<sup>3</sup> Se strl. 2005 §§ 40, 62 og § 63

<sup>4</sup> Mælandutvalget (2008) side 129

<sup>5</sup> Avhandlingen punkt 3.5.3

<sup>6</sup> NOU 1990:5 side 65

<sup>7</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2011) side 4

<sup>8</sup> Mælandutvalget (2008) side 133-134

<sup>9</sup> Ibid side 135

<sup>10</sup> Mathiesen (2007) side 25-26

Departementets forslag har aktualisert behovet for en gjennomgang av bestemmelsen slik den praktiseres i dag, og en vurdering av begrunnelsen for reaksjonen.

### **1.3 Avgrensninger**

Oppgavens tema gjelder materiell strafferett og rettsosiolgiske problemstillinger knyttet til strl. § 39. Oppgaven er avgrenset mot prosessuelle spørsmål.

Særreaksjonene forvaring og tvungen omsorg har klare likhetstrekk med strl. § 39. Det er likevel ikke mulig å gi en fremstilling av alle regelsettene innenfor avhandlingens rammer, men deler av analysen av begrunnelsen for reaksjonen vil være relevant også for forståelsen av de andre særreaksjonene.

Strl. § 39 har også en klar parallell til administrativt tvungent psykisk helsevern.

Psykisk helsevernloven gir hjemmel for å etablere tvungent psykisk helsevern overfor alvorlige sinnslidende personer, jf. § 3-3. Ofte vil slikt administrativt tvungent psykisk helsevern være et alternativ til strl. § 39. Avhandlingen gir ikke en fullstendig fremstilling av dette regelverket, men det omtales i den grad det er nødvendig for å belyse særreaksjonen i strl. § 39. De vises særlig her til avhandlingens punkt 3.5.3.

Avhandlingen behandler heller ikke alle de materielle spørsmålene knyttet til strl. § 39. Fokuset er på vilkåret ”*anses nødvendig for å verne samfunnet*” og hensynene bak bestemmelsen. Spørsmål knyttet til gjennomføring og opphør av reaksjonen vil ikke behandles, med unntak av der dette er egnet til å belyse oppgavens tema.

Strl. § 39 må anvendes i tråd med menneskerettslige forpliktelser. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) er en av konvensjonene som etter menneskerettsloven § 3 er gitt forrang ved motstrid med annen formell lov. EMK artikkel 5 om retten til frihet og sikkerhet oppstiller et vern mot frihetsberøvelse. Overføring til tvungent psykisk helsevern anses som frihetsberøvelse i konvensjonens forstand. EMK artikkel 5 nr. 1 oppstiller i bokstav a-f unntak der frihetsberøvelsen likevel kan være i overensstemmelse med konvensjonen. Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39 må tilfredsstillende vilkårene i et av disse unntakene. Bokstav e for personer av ”*unsound mind*” tolkes slik at bruk av reaksjonen

normalt vil tilfredsstille dette unntaket.<sup>11</sup> Det går likevel en nedre grense for hvilke sinnstilstander som omfattes av ”*unsound mind*”. Av plassmessige årsaker behandles ikke grensetilfellene i denne avhandlingen. Det samme gjelder det menneskerettslige vernet som følger av FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonen omfatter mennesker med psykiske lidelser, men Norge har til nå ikke ratifisert den.

#### **1.4 Metode**

Avhandlingen reiser både rettsdogmatiske og rettspolitiske problemstillinger. I de rettsdogmatiske drøftelsene anvendes alminnelig juridisk metode. Det vil føre for langt å gå inn på metoden her, og det vises til den deskriptive fremstillingen som er gitt i Eckhoff (2001). Nedenfor vil jeg imidlertid kort redegjøre for enkelte metodiske utfordringer som krever særskilt oppmerksomhet.

I skrivende stund er fortsatt straffeloven av 1902 i kraft. Straffeloven av 2005 er på sin side vedtatt, men tidspunktet for ikrafttredelsen av loven er foreløpig uvisst. Et unntak er likevel dens kapittel 16 om folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelser, som allerede er trådt i kraft.<sup>12</sup> Det er den alminnelige delen i første del av 2005-loven som får anvendelse på overtredelsene av straffebudene som er trådt i kraft.<sup>13</sup> Prinsipielt sett er det derfor to sett av regler som gjelder også på avhandlingens område. Bestemmelsen om overføring til tvungent psykisk helsevern er i 2005-loven tatt inn i § 62. For overtredelser av 2005-loven kapittel 16 vil dette være hjemmelen for reaksjonen, mens for alle andre tilfeller gjelder fortsatt § 39 i 1902-loven.

Denne besvarelsen tar utgangspunkt i 1902-loven. Årsaken er at dette regelverket praktisk sett fortsatt er det viktigste. I tillegg sammenfaller bestemmelsen i § 62 i 2005-loven i stor grad med § 39 i 1902-loven. De få endringene som er gjort, er av lovgiver presisert å være av pedagogisk art. Det er ikke tilsiktet noen realitetsendring av bestemmelsen.<sup>14</sup>

Forarbeider brukes i stor grad som rettskilde i avhandlingen. Det skyldes blant annet at

---

<sup>11</sup> Jacobsen (2004) side 35-38

<sup>12</sup> Jf. kgl.res. av 7. mars 2008

<sup>13</sup> Jf. strl. 2005 § 411 annet ledd

<sup>14</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 458-459



den søker å kartlegge hensynene bak bestemmelsen i strl. § 39. I den grad utsagn i lovgivningsprosessen blir avvist senere i behandlingen av regelverket, vil det i tråd med alminnelig lære om kompetanseforhold mellom statsmaktene bli lagt til grunn den oppfatningen som ligger tettest opp til lovens vedtakelse.<sup>15</sup> Et eksempel her er at Stortinget vedtar et annet regelverk enn det departementet har skissert. Stortingets forståelse må da legges til grunn.

Reglene om overføring til tvungent psykisk helsevern er som nevnt tilsiktet videreført av lovgiver i 2005-loven. Den nye lovens forarbeider kan derfor kaste lys over forståelsen av dagens regelverk. En kan imidlertid diskutere gjennomslagskraften til slutninger som er hentet fra forarbeider som fungerer som etterarbeider til den gamle loven<sup>16</sup> – særlig på strafferettens område hvor lovskravet står sterkest. Utgangspunktet er at etterarbeider må tillegges begrenset vekt.<sup>17</sup> De kan imidlertid kaste lys over forståelsen av dagens regelverk.

I tillegg til å kartlegge og anvende de aktuelle hensynene bak regelverket, inneholder besvarelsen også rettspolitiske vurderinger utover det rettskildelæren anser som reelle hensyn. I deler av oppgaven anvendes et rettssosiologisk perspektiv, og det trekkes vekslers på spørsmålsstillingen i rettssosiologien om samfunnets virkning på retten og rettens virkning på samfunnet.<sup>18</sup>

Jeg har forsøkt å tydeliggjøre hva som er mine egne rettspolitiske vurderinger.

## **1.5 Videre fremstilling**

Den videre fremstilling er delt opp i tre ulike deler.

I kapittel 2 redegjøres det for de materielle vilkårene i strl. § 39. Innholdet i vilkåret *”anses nødvendig for å verne samfunnet”* søkes kartlagt.

I kapittel 3 analyseres begrunnelsen for reaksjonen.

I kapittel 4 gir jeg en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen og forslaget om å utvide dens virkeområde.

---

<sup>15</sup> Bergo (2000) side 61

<sup>16</sup> Ibid side 77

<sup>17</sup> Ibid side 61

<sup>18</sup> Mathiesen (2005)

## 2. Materielle vilkår i straffeloven § 39 – særlig om samfunnsvernvilåret

### 2.1 Innledning

I det følgende redegjøres det for de materielle vilkårene i strl. § 39. Fokuset er på vilåret ”*anses nødvendig for å verne samfunnet*”, jf. bestemmelsens første punktum.

I rettspraksis omtales dette ofte som bestemmelsens grunnvilår, jf. f.eks. Rt-2010-346 avsnitt 26. I forarbeidene til straffeloven 2005 omtaler imidlertid lovgiver også forutsetningen om at lovovertræderen er utilregnelig som et grunnvilår.<sup>19</sup>

Begrepsbruken ”*grunnvilår*” er således ikke entydig, og gir heller ikke noen veiledning om hva vilåret går ut på. I og med at det sentrale elementet i vilåret ”*anses nødvendig for å verne samfunnet*” er samfunnets beskyttelsesbehov, bruker jeg i stedet betegnelsen samfunnsvernvilåret.

Samfunnsvernvilåret er sentralt og utpreget skjønnsmessig. I tillegg henger det nært sammen med de andre vilkårene i bestemmelsen. For å gi et tilstrekkelig bakteppe til analysen, vil jeg derfor først kort ta for meg de andre vilkårene. Hele bestemmelsen er for oversiktens skyld inntatt bakerst som vedlegg til avhandlingen.

En forutsetning for at retten skal kunne ilegge reaksjonen i strl. § 39 er at lovovertræderens sinnstilstand i gjerningsøyeblikket var av en slik karakter at han anses psykotisk eller bevisstløs. Dette omtales som utilregnelighetsvilåret, og behandles nedenfor i punkt 2.2

Bestemmelsen er utformet slik at utilregnelighetsvilåret og samfunnsvernvilåret fremgår av første ledd første punktum. Deretter oppstilles det to selvstendige alternativer, som begge inneholder både et vilkår om lovovertrædelse og et vilkår om gjentakelsesfare. Forskjellen mellom første og andre alternativ er grovt sagt at første alternativ gjelder mer alvorlige forbrytelser, mens annet alternativ oppstiller et strengere krav til gjentakelsesfare. Annet alternativ inneholder også et eget krav til nær sammenheng mellom tidligere overtredelser og den fremtidige faren. Det synes mest hensiktsmessig å strukturere fremstillingen slik at begge alternativenes krav til lovovertrædelse behandles samlet i punkt 2.3, før kravet til gjentakelsesfare i punkt 2.4

---

<sup>19</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 459

også behandles samlet.

Det er i tillegg verdt å merke seg at domstolen tilsynelatende gis en diskresjonær kompetanse til å velge hvorvidt reaksjonen skal idømmes såfremt alle vilkårene er oppfylt. Dette følger av ordlyden i den innledende delen av bestemmelsen i første punktum, som uttrykker at retten ”kan” idømme reaksjonen. I praksis er det imidlertid vanskelig å tenke seg at retten avstår fra å idømme reaksjonen, hvis alle de andre vilkårene er oppfylt.<sup>20</sup> Dette skyldes at samfunnsvernvilket i seg selv forutsetter at retten foretar en skjønsmessig vurdering av om reaksjonen skal ilegges, jf. nedenfor punkt 2.5.2.

## **2.2 Utilregnelighetsvilket – psykotisk eller bevisstløs i gjerningsøyeblikket**

En grunnleggende forutsetning for å kunne idømme tvungent psykisk helsevern er at lovovertræderen er ”*straffri etter § 44 første ledd*”. Strl. § 39 er således forbeholdt lovovertrædere som var psykotiske eller bevisstløse i gjerningsøyeblikket, og som derfor anses å være utilregnelige.

Det er vanlig å legge til grunn at sterkt sinnslidende personer mangler alminnelig skyldene. Når det gjelder rekkevidden av prinsippet, vises det til drøftelsen nedenfor under punkt 3.4. I denne omgang vil det kun bli redegjort for det medisinske prinsipp og hva som nærmere ligger i begrepene ”*psykotisk*” og ”*bevisstløs*”.

De norske tilregnelighetsreglene, herunder strl. § 44, bygger på det medisinske prinsipp, også omtalt som det biologiske system.<sup>21</sup> Det går i korthet ut på at loven beskriver visse medisinske eller biologiske trekk som i seg selv medfører straffrihet hvis de foreligger på gjerningstidspunktet. Det kreves i prinsippet ingen årsakssammenheng mellom tilstanden og den aktuelle handlingen. Strl. § 45 gjør imidlertid unntak fra prinsippet om straffrihet i § 44 første ledd hvis utilregneligheten skyldes selvforskyldt rus. Selv om ordlyden i § 45 kun gjelder bevisstløshet, er det antatt at unntaket også gjelder lovovertrædere som i en viss periode har såkalt rusbetinget psykose, jf. Rt-2008-549. Hva som rettslig sett ligger i psykosebegrepet, vil i tråd med det medisinske prinsipp

---

<sup>20</sup> Eskeland (2006) side 394

<sup>21</sup> Andenæs (2004) side 288-289

avhenge av hva psykiatrien definerer som psykose. En endring fra medisinsk hold vil såldes påvirke rettsreglen. I forarbeidene til strl. § 39 er det angitt hva som fra psykiatrisk hold anses som ”psykose”. Det sentrale synes å være at en persons forhold til virkeligheten i vesentlig grad er forstyrret, noe som igjen ofte fører til at man mister kontrollen over både sine tanker, følelser og handlinger.<sup>22</sup> En nokså lik definisjon ble gitt i forarbeidene til psykisk helsevernloven. Det ble fremhevet at sinnstilstander som kunne karakteriseres som psykoser kjennetegnes av *”svækkelse av psykiske funksjoner av en slik grad at det griper sterkt inn i personens sykdomsinnsikt, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten”*.<sup>23</sup> Noen eksempler på tilstander som er omfattet av psykosebegrepet, er schizofreni, manisk depressiv psykose og aldersdemens.<sup>24</sup> Når det gjelder sinnstilstanden til lovovertredere som blir ilagt reaksjonen i strl. § 39, viste Mælandutvalgets materiale at 80 prosent av personene som ble ilagt reaksjonen har diagnosen paranoid schizofreni eller paranoid psykose.<sup>25</sup>

Også utilregnelighet som følge av bevisstløshet kan prinsipielt sett medføre dom etter strl. § 39. At en person er bevisstløs betyr i strafferettslig forstand at han ikke evner å motta informasjon gjennom sine sanseorganer. En gruppe av bevisstløshet er naturlig søvn og koma, som omtales som absolutt bevisstløshet.<sup>26</sup> I slike tilstander er det vanskelig å begå alvorlige lovbrudd, dog med unntak av unnlatesehandlinger. Den andre gruppen av bevisstløshet omtales gjerne som relativ bevisstløshet. Vedkommende kan da både motta sanseintrykk og utføre handlinger, men evner ikke å innse konsekvensene av det han foretar seg.<sup>27</sup> Denne typen bevisstløshet er imidlertid typisk forårsaket av rus, og det er således ikke tale om straffrihet og derav mulig særreaksjonsdom etter strl. § 39.

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor det i det hele tatt skal være adgang til idømme bevisstløse personer overføring etter § 39. Bevisstløse er ikke psykisk syke, og psykiatrien vil ikke ha et behandlingstilbud til dem.<sup>28</sup> Flertallet i Særreaksjonsutvalget

---

<sup>22</sup> Ot.prp.nr. 87(1993-1994) side 22

<sup>23</sup> Ot.prp.nr.11 (1998-1999) side 77

<sup>24</sup> Eskeland (2006) side 329

<sup>25</sup> Mælandutvalget (2008) side 136

<sup>26</sup> Eskeland (2006) side 330

<sup>27</sup> I.c.

<sup>28</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) side 294

gikk på denne bakgrunn imot at bevisstløse skulle omfattes av ordningen, og mente reaksjonen heller burde være forvaring eller annen straff.<sup>29</sup> Departementet og justiskomiteen sluttet seg imidlertid til mindretallets syn, som la avgjørende vekt på at utilregnelighetsprinsippet måtte ha forrang for fravær av behandlingstilbud.<sup>30</sup> Dette illustrerer hvor sterkt prinsippet om skyldvne står i norsk rett.

### 2.3 Lovovertredelsesvilkåret – alvorlige forbrytelser

Et annet vilkår for å ilegge dom etter strl. § 39 er at vedkommende har overtrådt et straffebud av en viss kvalifisert art. Et spørsmål som oppstår i denne forbindelse er hvorvidt tiltalte også må ha utvist den grad av subjektiv skyld som straffebudet krever, enten ved å ha forsett eller opptre uaktsomt. Hvorvidt det kreves subjektiv skyld etter strl. § 39 er tvilsomt. Ordlyden taler om ”*begått eller forsøkt å begå en alvorlig forbrytelse*”. Ut fra en naturlig språklig forståelse gir den ikke svar på om det kreves at skyldkravet i det aktuelle straffebud er oppfylt. Løsningen følger heller ikke av forarbeidene eller rettspraksis, og er omdiskutert i juridisk teori.<sup>31</sup>

Det sentrale når det gjelder redegjørelsen her, er imidlertid hvilke handlinger som er omfattet – altså den objektive overtredelsen. Det er samfunnets behov for beskyttelse som står sentralt, og ikke klandreverdigheten av handlingen. Den utilregnelige kan for øvrig uansett ikke bebreides, da han anses å være uten skyldvne.

Det er videre verdt å merke seg at forsøk er likestilt med fullbyrdelse i både første og annet alternativ. I tillegg er forseelser etter ordlyden utelukket fra å kunne gi dom etter strl. § 39. Det er således kun forbrytelser som kan gi grunnlag for reaksjonen.

Spørsmålet blir så hvilke forbrytelser som omfattes av bestemmelsen. I første alternativ er det ramset opp ulike forbrytelser som er aktuelle. Begrepet ”*alvorlig*” sikter her til alle kategoriene, og opplistingen er ment å dekke de alvorlige forbrytelsene som vanligvis begås av utilregnelige.<sup>32</sup>

For det første nevnes ”*alvorlig voldsforbrytelse*”. Typiske eksempler er drap og drapsforsøk etter strl. § 233, jf. blant andre Rt-2003-1085. Når det gjelder den nedre

---

<sup>29</sup> NOU 1990:5 side 82-83

<sup>30</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) side 294

<sup>31</sup> Se Matningsdal/Bratholm (2003) side 294 og Jacobsen (2004) side 68-77

<sup>32</sup> NOU 1990:5 side 83

grensen for hvilke forbrytelser som omfattes, medfører Høyesteretts konkrete tilnærming at man ikke kan utelukke at overtredelser av straffebud, som på generelt grunnlag ikke er ansett alvorlige, i ett enkelt tilfelle anses ”alvorlig” etter strl. § 39.<sup>33</sup> Strl. § 227 illustrerer dette. Legemsfornærmelser etter denne bestemmelsen vil normalt ikke anses som alvorlige. Etter praksis fra Høyesterett vil likevel trusler som rammes av § 227 kunne omfattes.<sup>34</sup>

Alvorlige seksualforbrytelser er også nevnt i første alternativ i strl. § 39. De fleste forbrytelsene i strl. kapittel 19 vil her omfattes. Riksadvokaten har antatt at strl. § 201 om blant annet blotting likevel ikke er alvorlig nok.<sup>35</sup> Også alvorlig frihetsberøvelse er nevnt i lovteksten. Lovgiver har her først og fremst hatt i tankene strl. § 223 annet ledd som gjelder en kvalifisert form for frihetsberøvelse.<sup>36</sup> Lovteksten nevner også alvorlig ”ildspåsettelse”, og i følge forarbeidene siktes det til strl. § 148 om ”ildebrann”.<sup>37</sup>

Det er viktig å merke seg at opplistingen i første alternativ ikke er uttømmende. Også ”annen alvorlig forbrytelse” omfattes. I proposisjonen trekker departementet frem ”almenfarlige forbrytelser” etter strl. kapittel 14. Flykapring etter strl. § 151 a er et eksempel som omfattes av denne kategorien.<sup>38</sup>

En forutsetning for alle kategoriene er imidlertid at forbrytelsen ”*krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare*”. Gjennom overtredelse av de opplistede kategoriene vil dette fellesvilkåret normalt klart være oppfylt, men særlig for det siste alternativet ”annen alvorlig forbrytelse” utgjør dette en skranke.<sup>39</sup> I tillegg er det verdt å merke seg siste del av setningen i første alternativ, som taler om ”*kunne utsette*” for fare. Lovgiver har ment at det er nok at en ”*tilsvarende handling under andre ytre omstendigheter kunne ha medført en alvorlig og reell fare. Det vil særlig være aktuelt når det var en tilfeldighet at handlingen objektivt ikke voldte fare for andre.*”<sup>40</sup> Man taler da om abstrakt farefremkallelse. Et eksempel som trekkes frem i

---

<sup>33</sup> Jacobsen (2004) side 86-90

<sup>34</sup> jf. Rt-2006-1137 avsnitt 10.

<sup>35</sup> Riksadvokatens rundskriv 4/2001 side 5

<sup>36</sup> Ot.prp.nr. 87 (1993-1994) side 107

<sup>37</sup> l.c

<sup>38</sup> l.c

<sup>39</sup> Jacobsen (2004) side 96

<sup>40</sup> Ot.prp.nr. 87 (1993-1994) side 107

forarbeidene er en sinnssyk person som har spesialisert seg på å tenne på fjøs.<sup>41</sup>

Annet alternativ viser tilbake til de ulike artene av forbrytelser som omfattes av første alternativ. Forskjellen i annet alternativ er imidlertid her at forbrytelsen kan være mindre alvorlig. I tillegg må vedkommende tidligere ha forsøkt eller begått en forbrytelse som nevnt første alternativ, og det stilles krav til ”*nær sammenheng*” mellom forbrytelsene. Et eksempel er en utilregnelig person som forsøker å begå en mindre alvorlig ildspåsettelse etter strl. § 148. Hvis han da tidligere har begått en mordbrann, kan den nye overtredelsen gi grunnlag for særreaksjon.<sup>42</sup>

Av de aktuelle lovbruddene med dom etter strl. 39 domineres bildet av alvorlige voldslovbrudd. I årene med statistikk utgjør drap 30 prosent, legemsbeskadigelser 15 prosent, drapsforsøk 14 prosent og brannstiftelser 14 prosent av lovbruddene.<sup>43</sup>

Departementet har som nevnt fremmet et forslag om at flere forbrytelser skal omfattes av strl. § 39. Forslaget behandles under punkt 4.4.

## **2.4 Gjentakelsesfarevilkåret – nærliggende eller særlig nærliggende fare for alvorlige forbrytelser**

I tillegg til at lovovertrедelsen må være av en viss kvalifisert art, stiller begge alternativene i strl. § 39 krav til gjentakelsesfare. Vurderingstemaet er ut fra ordlyden om det er ”*fare for at lovovertrедeren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet*”. Vurderingstemaet er likt for begge alternativene. Etter annet alternativ kreves det således fare for tilbakefall til en alvorlig forbrytelse som nevnt i første alternativ, til tross for at den begåtte handlingen er ansett som mindre alvorlig.

I første alternativ er det angitt en del momenter som skal vektlegges i vurderingen: ”*den begåtte forbrytelsen sammenholdt særlig med lovbrysterens atferd, sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne*”. Disse momentene er ikke uttømmende, men gir veiledning for farevurderingen i begge alternativene.<sup>44</sup>

Forskjellen mellom alternativene ligger i beviskravene. I første alternativ kreves det

---

<sup>41</sup> l.c

<sup>42</sup> Ot.prp.nr. 87 (1993-1994) s. 108

<sup>43</sup> Mælandutvalget (2008) side 138

<sup>44</sup> Jacobsen (2004) side112 og side132

”nærliggende fare”, mens i annet alternativ må faren være mer kvalifisert. Ordlyden taler her om en fare som er ”særlig nærliggende”. Rent semantisk innebærer dette en forskjell i beviskravene. I forarbeidene er det fremhevet at kravet til fare kan variere ut fra hvor alvorlige lovbrudd det er fare for.<sup>45</sup> Beviskravene er således relative.

Høyesterett har slått fast at farekravet i første alternativ innebærer at faren må være ”kvalifisert og reell”. Det stilles enda strengere krav etter annet alternativ.<sup>46</sup> I juridisk teori har det vært fremhevet at det etter første alternativ kreves minimum 30-50 prosent sannsynlighet for gjentakelse, mens det i annet alternativt kreves 60-80 prosent.<sup>47</sup> Om ikke annet, indikerer angivelsen i prosenter at det er forskjell mellom de to alternativene. I tillegg til den begåtte kriminalitet, vil domstolene i praksis måtte lene seg på de sakkyndiges vurderinger av sykdomsbildet. Illustrerende i så måte er Rt-2003-1085, hvor Høyesterett legger avgjørende vekt på de sakkyndiges vurderinger av faren for tilbakefall til psykose.<sup>48</sup>

Krav til gjentakelsesfare finner man igjen i flere lovbestemmelser. To nærliggende eksempler er forvaringsbestemmelsen i § 39 c og hjemmelen for varetektsfengsling på grunn av fare for nye lovbrudd i straffeprosessloven § 171 første ledd tredje alternativ. Til tross for at farevurderingene har en sentral plass i flere rettslige vurderinger, er det omdiskutert hvorvidt det i det hele tatt er mulig å vurdere faren for tilbakefall med noen rimelig grad av sikkerhet. Dette omtales nærmere nedenfor under punkt 3.3.3.

## **2.5 Analyse av samfunnsvernvilåret**

### *2.5.1 Innledning*

Såfremt de andre vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, kan reaksjonen tas i bruk når samfunnsvernvilåret ”anses nødvendig for å verne samfunnet” er oppfylt. I den videre fremstilling er samfunnsvernvilåret delt opp i tre problemstillinger. Jeg tar først for meg vurderingstemaet i punkt 2.5.2. Med dette menes hva det er rettsanvenderen skal vurdere når hun tar stilling til om samfunnsvernvilåret er oppfylt. I punkt 2.5.3 redegjøres det for inngrepsterskelen – hva som på bakgrunn av vurderingstemaet skal til

---

<sup>45</sup> Ot.prp.nr. 87 (1993-1994) side 108

<sup>46</sup> Rt-2006-1143 avsnitt 21

<sup>47</sup> Jacobsen (2004) side 133

<sup>48</sup> Rt-2003-1085 avsnitt 25



for at reaksjonen idømmes. I punkt 2.5.4 analyseres til slutt hvilke momenter som er relevante i vurderingen av om terskelen er nådd, samt deres innbyrdes vekt.

Analysen er delt i tre for å gi de ulike spørsmålene en selvstendig vurdering.

Særlig for et så skjønnsmessig kriterium som samfunnsvernvilkåret bidrar dette til en bedre struktur. Oppdelingen er også brukt i juridisk litteratur.<sup>49</sup> Det er grunn til å presisere at de tre temaene i praksis er knyttet nært sammen. Inndelingen er altså et fremstillingsmessig grep.

### 2.5.2 Vurderingstema

Spørsmålet i det følgende er hva som er vurderingstemaet for samfunnsvernvilkåret.

I henhold til ordlyden skal det vurderes hvorvidt reaksjonen ”*anses nødvendig for å verne samfunnet*”. Begrepet ”*samfunnet*” må her klarlegges. Ifølge forarbeidene til strl. § 39 siktes det til beskyttelse av andres liv, helse og frihet.<sup>50</sup> I straffeloven 2005 § 62 fremgår dette direkte av ordlyden. Vurderingstemaet som oppstilles er således om bruk av reaksjonen anses nødvendig for å verne andre enn lovovertrederen selv mot den faren han utgjør mot deres liv, helse eller frihet.

Vurderingstemaet som oppstilles er utpreget skjønnsmessig. Dette kommer til uttrykk gjennom bruk av begrepene ”*anses*” og ”*nødvendig*”. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene. Det fremgår der at domstolen ”*må foreta en skjønnsmessig vurdering av om det skal idømmes en særreaksjon.*”<sup>51</sup>

Selv om forarbeidene gir uttrykk for at vurderingstemaet er skjønnsmessig, kan man til en viss grad avgrense vurderingstemaet ut fra ordlyden. Vern av økonomiske goder og lignende vil i utgangspunktet falle utenfor. Det samme gjelder behovet for å verne lovovertrederen mot seg selv. Dette omfattes ikke av andres liv, helse og frihet. Man kan således si at vurderingstemaet er negativt avgrenset.

En negativ avgrensning av vurderingstemaet står i kontrast til enkelte andre skjønnsmessige vurderinger. Eksempler er bestemmelser som inneholder rene ”*kan*”-vurderinger. Ordet ”*kan*” gir ikke noen veiledning til rettsanvenderen om hva som skal

---

<sup>49</sup> Jacobsen (2004) side 52

<sup>50</sup> NOU 1990:5 kapittel III, punkt 3

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) side 106

vurderes. Samfunnsvernvilåret skiller seg således klart fra slike vurderinger, fordi lovgiver har gitt klare retningslinjer for skjønnet.

I lovteksten fremstår samfunnsvernvilåret som et innledende vilkår, som må være oppfylt før man går over i vurderingen av de andre materielle vilkårene.

Slik er imidlertid ikke vilkåret praktisert av domstolene. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt-2006-1137 er illustrerende. Etter å ha slått fast at de andre vilkårene er oppfylt, uttaler førstvoterende: *”Det siste spørsmålet er om det er nødvendig av hensyn til samfunnsvernet å idømme særreaksjon”*.<sup>52</sup> Samfunnsvernvilåret innebærer i praksis en avsluttende helhetsvurdering av om reaksjonen skal idømmes. Dette illustreres også av andre avgjørelser fra Høyesterett, jf. eksempelvis Rt-2005-1091 og Rt-2010-346. Årsaken synes å være at vurderingstemaet i stor grad henger sammen med de andre vilkårene i bestemmelsene, og særlig farevurderingen. Dette behandles nærmere nedenfor under punkt 2.5.4

### 2.5.3 *Inngrepsterskel*

Det neste spørsmålet blir hva som skal til for at reaksjonen anses nødvendig for å verne andre enn lovovertrederen selv mot den faren han utgjør mot deres liv, helse eller frihet. Dette er et spørsmål om terskelen for inngrep. Av ordlyden følger det at reaksjonen må være *”nødvendig”*. En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier at det skal relativt mye til før terskelen er nådd. Ordlyden kan således sies å være et uttrykk for lovgivers intensjoner i forarbeidene om at reaksjonen kun skal idømmes når det er *”påkrevet ut fra hensynet til samfunnsvernet”*,<sup>53</sup> og at *”[d]e fleste utilregnelige bør ikke få noen strafferettslig reaksjon overhodet.”*<sup>54</sup> På bakgrunn av forarbeidene kan man slå fast at terskelen må være høy.

Hvor inngrepsterskelen ligger, må vurderes på bakgrunn av rettspraksis. Felles for de seks sakene hvor Høyesterett har vurdert samfunnsvernvilåret, er at vurderingene er forankret i konkrete forhold.<sup>55</sup> Det er således vanskelig å slå fast noen generell terskel for inngrep. Høyesterett har i kun en av sakene – Rt-2002-990 – kommet til at terskelen

---

<sup>52</sup> Rt-2006-1137 avsnitt 25

<sup>53</sup> NOU 1990:5 side 81

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) punkt 7.4.3

<sup>55</sup> Jf. Rt-2002-990, Rt-2003-1085, Rt-2004-1119, Rt-2005-1091, Rt-2006-1137 og Rt-2010-346

ikke var nådd. I de fem senere sakene var resultatet motsatt. I alle avgjørelsene baserer domstolen seg på flere ulike momenter. Det er momentene og deres vekt som er avgjørende for om terskelen er nådd.

#### *2.5.4 Skjønnsmomentene og deres innbyrdes vekt*

I det følgende vil jeg analysere de ulike skjønnsmomentene og deres innbyrdes vekt. Strl. § 39 gir ikke selv direkte anvisning på noen momenter i vurderingen. Ordlyden peker likevel hen mot at tiltaket må være nødvendig av samfunnsvernshensyn. Av dette kan man utlede to momenter som er relevante i vurderingen. Det ene er risikoen for nye lovbrudd. Det andre er alternative tiltak som kan tre i stedet for særreaksjonen. I tillegg er også ordlydens skjønnsmessige kriterium en indikasjon på at en rekke momenter kan trekkes inn i vurderingen. Det er antatt at alle momenter som har betydning for samfunnsvernet, vil kunne være relevante.<sup>56</sup>

I forarbeidene er det angitt fire momenter som skal vektlegges. For det første nevnes lovovertrædelsen som danner grunnlag for straffesaken og hvor alvorlige den er. For det andre skal det legges vekt på hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet. For det tredje er det relevant å ta hensyn til lovovertræderens sinnstilstand på domstidspunktet. For det fjerde må det vurderes hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovovertræderen.<sup>57</sup> Opplistingen er ikke utømmende, men angir momenter lovgiver mener er særlig relevante. Lovgiver har gitt betydelig veiledning gjennom å peke på relevante skjønnsmomenter. I det følgende vil jeg drøfte de ulike momentene.

#### *Lovovertrædelsen og dens alvorlighetsgrad*

Lovovertrædelsene som danner grunnlag for straffesaken og hvor alvorlige de er, får etter forarbeidene betydning for om terskelen er nådd. Også i rettspraksis er dette vektlagt. Rt-2006-1137 (dissens 4-1) gjaldt tre trusler som var egnet til å skape alvorlig frykt hos ofrene. Overtrædelsene lå helt i nedre ende av de forbrytelser som omfattes av strl. § 39. Mindretallet, dommer Endresen, la blant annet vekt på at den aktuelle trusselen, ”om den omfattes av bestemmelsen, må ligge helt i nedre ende av de forbrytelser som omfattes.”<sup>58</sup> Flertallet i Høyesterett kom likevel til at

---

<sup>56</sup> Jacobsen (2004) side 57

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) side 106

<sup>58</sup> Rt-2006-1137 avsnitt 41

samfunnsvernvilåret var oppfylt, og la vekt på flere av de andre momentene, jf. nedenfor. Dette tilsier at graden av alvorlighet ikke er avgjørende i vurderingen, noe som også illustreres av Rt-2002-990. Høyesterett kom i denne avgjørelsen til at terskelen ikke var nådd, til tross for at lovovertrædelsen blant annet gjaldt et så alvorlig forhold som drap. Dissensen til Endresen i Rt-2006-1137 viser likevel at alvorlighetsgraden av kriminaliteten kan få betydning for om terskelen er nådd.

### Gjentakelsesfaren

I tillegg til lovovertrædelsen skal det ifølge forarbeidene vektlegges hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet. I vurderingen av gjentakelsesfaren vil all tidligere kriminalitet kunne trekkes inn. Vurderingen går ikke bare på faregraden, men også på hvor alvorlige handlinger det er fare for. Illustrerende er mindretallets votum i Rt-2006-1137 hvor det ble pekt på at gjentakelsesfaren i høyden kunne knyttes til trusler i nedre enden av forbrytelser som er omfattet av bestemmelsen.<sup>59</sup>

I henhold til straffeprosessloven § 165 annet ledd første alternativ skal siktede alltid undergis rettspsykiatrisk vurdering når det er aktuelt med særreaksjonsdom etter strl. § 39. Rettspsykiatriske vurderinger av sinnstilstanden og prognosen vil i tillegg til den allerede begåtte kriminalitet ha betydning for gjentakelsesfaren.

Rt-2004-1119 viser betydningen av gjentakelsesfaren som moment. Saken gjaldt en utilregnelig mann som hadde skadet en person gjennom å slå han med en metallstang mot blant annet hodet. I vurderingen av samfunnsvernvilåret viste Høyesterett først generelt til momentene fra forarbeidene.<sup>60</sup> I den konkrete vurderingen uttalte førstvoterende:

*”Jeg finner det klart at det er en nærliggende fare for at A på nytt vil begå en alvorlig voldsforbrytelse eller annen alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv og helse. Jeg legger særlig vekt på den alvorlige voldsforbrytelse i 2001 sammenholdt med hans tidligere voldelige atferd og de sakkyndiges vurdering av hans sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne. Etter min mening er det nødvendig med overføring til tvungent psykisk helsevern for å verne samfunnet mot at A i psykotisk tilstand begår nye alvorlige forbrytelser som krenker eller utsetter for fare andres liv eller helse.”*<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Rt-2006-1137 avsnitt 41

<sup>60</sup> Rt-2004-1119 avsnitt 23

<sup>61</sup> ibid avsnitt 28

Her ser man at gjentakelsesfarevilkåret og samfunnsvernvilkåret glir over i hverandre. Etter å ha slått fast at det foreligger nærliggende fare for nye lovbrudd, uttales det rett etterpå at også samfunnsvernvilkåret er oppfylt. Ingen andre momenter drøftes eksplisitt. Dette illustrerer at faren for nye lovbrudd er et sentralt moment for Høyesterett i vurderingen av samfunnsvernvilkåret. Også i lagmannsrettene synes en slik tilnærming til samfunnsvernvilkåret å være vanlig, se f.eks. LB-2005-10986, LB-2004-57768 og LG-2004-1155. Hvorvidt det rent faktisk er mulig å vurdere gjentakelsesfaren med noen rimelig grad av sikkerhet behandles nærmere i punkt 3.3.3.

### Sinnstilstanden

Det skal også tas hensyn til lovovertræderens sinnstilstand på domstidspunktet. Med dette menes hvilken sykdomsprognose som skal legges til grunn. Hvis lovovertræderen på domstidspunktet har blitt frisk, eller det foreligger gode prognoser for at så vil skje i snarlig fremtid, taler det mot å ilegge reaksjonen. Hvis prognosene er dårlige, er situasjonen motsatt. Dette skyldes at sykdomsprognosen er antatt å være viktig for gjentakelsesfaren.<sup>62</sup>

LB-2010-106274 er et eksempel fra rettspraksis på at sinnstilstanden kan ha betydning for om terskelen er nådd. Bakgrunnen for saken var at påtalemyndigheten ved utløp av sikringsdom på inntil fire år for drapsforsøk, hadde reist sak etter strl. § 39. Den behandelende lege hadde i retten uttalt seg positivt om sykdomsutviklingen den senere tid.<sup>63</sup> Lagmannsrettens mindretall – en av meddommerne – la avgjørende vekt på at gjentakelsesfaren ikke var tilstrekkelig høy til å idømme overføring til tvungent psykisk helsevern i dette tilfellet. Flertallet mente derimot at et annet moment var avgjørende, nemlig spørsmålet om i hvilken grad samfunnet ville få beskyttelse gjennom behandling i psykiatrien hvis særreaksjonen ikke ble opprettholdt.<sup>64</sup>

I likhet med gjentakelsesfarevurderingen, vil de sakkyndige som nevnt spille en sentral rolle i vurderingen av sinnstilstanden.

### Hvilket tilbud samfunnet ellers har å gi lovovertræderen

Et siste moment som forarbeidene nevner er at det må legges vekt på hva slags tilbud

---

<sup>62</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) side 292

<sup>63</sup> LB-2010-106274

<sup>64</sup> l.c

samfunnet ellers har å gi lovovtrederen. Med dette momentet tenker lovgiver typisk på de mulige inngrepene man kan foreta med hjemmel i psykisk helsevernloven, men også andre tiltak vil kunne være relevante.<sup>65</sup>

Administrativ tvangsinnleggelse etter psykisk helsevernloven kapittel 3 er det mest nærliggende alternativet til særreaksjonen i strl. § 39. Phlsvl. § 3-3 tredje ledd åpner for tvangsinnleggelse såfremt det foreligger en alvorlig sinnslidelse og i tillegg behandlingsalternativet i bokstav a eller farealternativet i bokstav b er oppfylt. Farealternativet omfatter både vedkommende selv og andre liv og helse.<sup>66</sup> At fare for andres liv og helse er omfattet gjør at det er naturlig at domstolen i hver enkelt sak må vurdere om administrativ tvangsinnleggelse kan tre i stedet for strl. §39. I det følgende vil jeg analysere hvordan domstolene vurderer forholdet til slike alternative tiltak.

Vurderingen av om alternative tiltak i psykiatrien er tilstrekkelig, peker seg ut som et sentralt moment i rettspraksis. Dette er senest fremhevet i Rt-2010-346. Saken gjaldt blant annet trusler som var egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Høyesterett vurderte i tråd med vanlig praksis de andre vilkårene i bestemmelsen først. I vurderingen av om samfunnsvernvilåret var oppfylt, uttalte førstvoterende med tilslutning fra de andre dommerne:

*”Det er et grunnvilkår for å idømme tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39 at dette er nødvendig for å verne samfunnet. Også dette vilkåret er etter min mening oppfylt.*

*Jeg kan ikke se at muligheten for frivillig eller tvungent psykisk helsevern i medhold av lov om psykisk helsevern, gir samfunnet tilstrekkelig beskyttelse.”<sup>67</sup>*

Begrunnelsen for at samfunnsvernvilåret er oppfylt er meget knapp i denne avgjørelsen. Det er vanskelig å slå fast hva som har vært avgjørende for at førstvoterende ikke kan se at andre tiltak er tilstrekkelige. At alternative tiltak var det eneste momentet Høyesterett eksplisitt viste til i vurderingen av selve samfunnsvernvilåret, tilsier likevel at det har stor vekt. Momentet synes også å ha vært avgjørende for flertallet i nevnte Rt-2006-1137. Førstvoterende med tilslutning fra tre andre dommere uttalte der at det i vurderingen skal vektlegges ” *hva slags tilbud*

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) side 106

<sup>66</sup> Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 155

<sup>67</sup> Rt-2010-346 avsnitt 26

*samfunnet ellers har å gi, særlig ved tiltak etter psykisk helsevernloven*".<sup>68</sup> Deretter foretok dommeren en konkret vurdering av dette spørsmålet:

*"A har tidvis vært kasteball mellom strafferettsapparatet og psykiatrien. Da han ble undergitt tvungent psykisk helsevern, ble han etter en tid skrevet ut ved det lagmannsretten betegner som en glipp. Dette svekker tilliten til at det psykiske helsevern vil makte å skape et tilstrekkelig samfunnsvern i forhold til A. Etter mitt syn gir heller ikke den mulighet politiet har til å begjære ny innleggelse ved tvang etter psykisk helsevernloven § 3-7 tilstrekkelig sikkerhet i et tilfelle som dette. Min konklusjon er at det er nødvendig for å verne samfunnet at A blir idømt særreaksjon."*<sup>69</sup>

Administrativ tvang ble således ikke ansett tilstrekkelig av flertallet i *"et tilfelle som dette"*. Det er interessant å merke seg at det at gjerningsmannen ble utskrevet fra administrativ tvang ved en glipp, synes avgjørende for utfallet. At vurderingen av om alternative tiltak er tilstrekkelig for å verne samfunnet er et sentralt moment i vurderingen, illustreres også av Rt-2002-990 og Rt-2005-1091.

Årsaken til at administrative tiltak ikke anses tilstrekkelige, synes også å være at påtalemyndigheten får større kontroll på gjennomføringen av en særreaksjon enn ved administrativ innleggelse. Dette illustreres av LB-2007-152174. Avgjørelsen gjaldt en person med diagnosen paranoid schizofreni som i 1996 ble dømt sikring i fem år på grunn av drapsforsøk mot politiet. Reaksjonen ble senere endret til tvungent psykisk helsevern etter lovendringen i 2002, og spørsmålet som sto for retten var om vilkårene for reaksjonen fortsatt var oppfylt.

Den faglig ansvarlige på institusjonen hadde i sin vitneforklaring uttalt at følelsen av å være dømt til særreaksjon *"kan virke forstyrrende inn på behandlingsopplegget."* Hun fremhevet i tillegg at vedkommende ville bli undergitt tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven så lenge denne lovs kriterier er til stede.<sup>70</sup> Vedkommende hadde vært underlagt særreaksjon på lukket institusjon sammenhengende i ca 13 år.

Lagmannsrettens mindretall, to av meddommerne, viste til at hensynet til behandling nå talte for at behandlingen skjedde utenfor særreaksjonsregimet, etter de vanlige reglene i psykisk helsevernloven. I og med at mindretallet hadde *"tillit til at den faglige ansvarlige etter denne loven vil ivareta hensynet til samfunnsbeskyttelsen på en*

---

<sup>68</sup> Rt-2006-1137 avsnitt 25

<sup>69</sup> Ibid avsnitt 26

<sup>70</sup> LB-2007-152174

*tilfredsstillende måte*”, var terskelen ikke nådd.<sup>71</sup>

Rettens flertall mente derimot at inngrepsterskelen var nådd: *”Hensynet til samfunnsvernet tilsier at A fortsatt undergis tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39”*. Det avgjørende for flertallet synes å være at påtalemyndigheten ved særreaksjonsdom får *”partsrettigheter og vil gjennom det ha mulighet til å påvirke behandlingsopplegget, herunder avgjørelsen om når tvungent psykisk helsevern kan opphøre.”*<sup>72</sup> Vurderingen til flertallet er i tråd med vanlig praksis konkret begrunnet. Det er likevel interessant å merke seg at påtalemyndighetens mulighet til å påvirke og kontrollere behandlingsopplegget her synes avgjørende. Betydningen av påtalemyndighetens partsrolle er også vektlagt i LB-2010-106274.

Forholdet til alternative tiltak synes å være sentralt i rettspraksis. Jeg vil se nærmere på hensynet til at slike tiltak bør tre i stedet for reaksjonen nedenfor i punkt 3.5.2. En sammenlikning av særreaksjonen og administrativ tvangsinnleggelse gis i punkt 3.5.3.

### **2.5.5 Oppsummering – samfunnsvernvilåret**

For å idømme særreaksjon etter strl. § 39 må i tillegg til vilkårene om utilregnelighet, lovovertrødelse og gjentakelsesfare, bestemmelsens samfunnsvernvilår være oppfylt. Vurderingstemaet for samfunnsvernvilåret innebærer en skjønnsmessig helhetsvurdering av hvorvidt vern av andres liv, helse og frihet gjør det nødvendig å ta i bruk i reaksjonen. Inngrepsterskelen synes å være høy ut fra ordlyden og forarbeidene. Domstolenes vurderinger av om terskelen er nådd er begrunnet i konkrete forhold. Vurderingen tas på bakgrunn av momenter som er utpenslet i forarbeidene: Lovovertrødelsen og hvor alvorlige den er, gjentakelsesfaren, sinnstilstanden og hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovovertrøderen. I rettspraksis skiller gjentakelsesfare og hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovovertrøderen seg ut som sentrale momenter.

---

<sup>71</sup> l.c

<sup>72</sup> l.c



### 3. Begrunnelsen for reaksjonen

#### 3.1 Innledning

I det følgende analyseres begrunnelsen for reaksjonen i strl. § 39. Det er tale om en analyse av det normative grunnlaget for regelverket. Rettskildebildet er sparsomt på dette området. De underliggende verdiprioriteringene og avveiningene er i liten grad redegjort for i forarbeider og litteraturen.

Målsetningen med analysen er tredelt. For det første er det et generelt poeng i rettvitenskapen å kartlegge verdiprioriteringene og avveiningene som ligger bak regelverket. For det andre vil forståelsen av regelverket lett bli upresis hvis ikke rettsanvenderen er seg tilstrekkelig bevisst de ulike kryssende hensynene.<sup>73</sup> Dette gjelder særlig for samfunnsvernvilåret, som er skjønnsmessig og verdipreget. Reaksjonen er i tillegg meget inngripende, og det er viktig at hensynet til lovovertræderens frihet ivaretas. For det tredje vil en klargjøring av de normative spørsmålene forhåpentligvis bidra til bedre å kunne gi en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen og forslag om å utvide eller innskrenke anvendelsesområdet til strl. § 39. Dette har aktualisert seg med departementets utvidelsesforslag, jf. punkt 4.4.2 nedenfor.

Utgangspunktet for analysen er at all straffelovgivning utformes i et spenningsforhold mellom hensynet til et effektivt samfunnsvern på den ene siden og hensynet til rettssikkerhet på den andre siden. Hensynet til rettssikkerhet henger nært sammen med grunntanken om individets frihet. Samfunnsvern er imidlertid også begrunnet med hensynet til frihet, men da friheten til andre enn lovovertræderen. Slik sett foreligger det en grunnleggende konflikt mellom ulike menneskers frihet. Denne vil bli forsøkt kartlagt i det følgende.

I den videre fremstilling vil jeg i punkt 3.3 til og med 3.5 ta for meg lovgivers hovedbegrunnelse for særreaksjonene, særegne forhold ved utilregnelige lovovertrædere og hensynet til individets frihet og minste inngreps prinsipp. Deretter anlegger jeg i punkt 3.6 et rettsosialogisk perspektiv, og vurderer om det også er andre hensyn som har innvirkning.

Før jeg går løs på lovgivers begrunnelse for reaksjonen, vil jeg i punkt 3.2 peke på

---

<sup>73</sup> Løvlie (2005)

enkelte nyere utviklingstrekk i strafferetten, som kan ha styrket reaksjonens ideologiske grunnlag.

## **3.2 Nyere utviklingstrekk i strafferetten**

### *3.2.1 Skadefølgeprinsippet*

Særreaksjonen i strl. § 39 er formelt sett ikke straff. Like fullt er den en strafferettslig reaksjon med pønalt preg. Det er derfor interessant å vurdere reaksjonen opp mot lovgivers nye prinsippbegrunnelse for å møte handlinger med straff.<sup>74</sup>

Prinsippbegrunnelsen er tatt inn i forarbeidene til straffeloven 2005. Det såkalte skadefølgeprinsippet er i dag lovgivers uttalte utgangspunkt for spørsmål om kriminalisering. Prinsippet går ut på at vurderingen av om handlinger skal møtes med straff, styres av om handlingene medfører skade eller risiko for skade. Dette står i motsetning til vurderinger som styres av den til enhver tid rådende moral.<sup>75</sup>

Selv om det ligger en forbrytelse med skadefølge til grunn for dom etter strl. § 39, er ikke prinsippet helt overførbart til særreaksjonene. Reaksjonene brukes for å avverge fremtidig skade, og ikke som reaksjon mot skadelige handlinger som allerede er begått. Det er likevel klart at lovgiver gjennom særreaksjonene søker å ramme handlinger som medfører skade eller risiko for skade, jf. nedenfor punkt 3.3.2. Dette formålet står seg isolert sett godt i forhold til skadefølgeprinsippet.

### *3.2.2 Pre-aktiv strafferett*

Et viktig utviklingstrekk i strafferetten i de senere år er at lovgiver i større grad har utformet et regelverk som griper inn i forkant av skadelige handlinger. Dette kalles gjerne pre-aktiv strafferett.<sup>76</sup> Etter at den såkalte krigen mot terror for alvor begynte i 2001, har det vært en utvikling i denne retning. Lovgiver kriminaliserer handlinger på tidligere stadier enn det som før har vært vanlig. Et typisk eksempel er inngåelse av terrorforbund i straffeloven 2005 § 133.

Utviklingen i retning av en pre-aktiv strafferett innebærer at vurderingen av om handlinger skal kriminaliseres til en viss grad flyttes fra objektivt konstaterbare forhold

---

<sup>74</sup> Frøberg (2010) side 38-63 gjennomgår lovgivers prinsippstyring av strafferetten

<sup>75</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 88

<sup>76</sup> Husabø (2003) side 98

som har inntruffet og over til mer subjektive forhold. Tankegangen har klare paralleller til særreaksjonen i strl. § 39.<sup>77</sup> Utviklingen er en indikasjon på at det fra myndighetshold har blitt større fokus på å avverge potensielt skadelige handlinger. Dette kan enten skyldes at samfunnets toleranse for risiko er blitt mindre, eller en økning i omfanget av skadelige handlinger. Uavhengig av årsaken fører utviklingen av en mer pre-aktiv strafferett til at det i større grad tas i bruk reaksjoner som skal verne samfunnet mot fremtidig fare. Strl. § 39 føyer seg her inn i et større bilde.

### **3.3 Samfunnsvern gjennom uskadeliggjøring – hovedbegrunnelsen for særreaksjonene**

#### *3.3.1 Uskadeliggjøring av særlig farlige lovovertridere*

Jeg vil i det følgende se på lovgivers hovedbegrunnelse for særreaksjonene. Lovgivers grunnleggende premiss for å innføre særreaksjonene forvaring, tvungen omsorg og tvungent psykisk helsevern er at det finnes en gruppe med særlig farlige lovovertridere. Med særlig farlig lovovertridere sikter lovgiver til personer som utgjør en alvorlig risiko for andre menneskers liv, helse og frihet.<sup>78</sup> At det finnes slike lovovertridere er en del av det man kan kalle lovgivers deskriptive analyse av samfunnsforholdene. Gruppen består av både tilregnelige og utilregnelige lovovertridere, og særreaksjonene som brukes mot dem har mye felles.

Alle særreaksjonene springer ut fra en tanke om å beskytte samfunnet mot fremtidige lovbrudd ved å uskadeliggjøre visse typer lovovertridere. I rettsosologien og kriminologien omtales dette ofte som ”*selektiv uskadeliggjøring*” eller ”*inkapasitering*” (”*incapacitation*”).<sup>79</sup> Det sentrale er at man søker å ta visse lovovertridere ut av samfunnsmessig sirkulasjon på bakgrunn av deres kapasitet til å begå lovbrudd.

Når det gjelder gruppen av utilregnelige lovovertridere som kan idømmes særreaksjon etter strl. § 39, er det fra lovgiverhold antatt at denne gruppen vil være liten.<sup>80</sup> Kun et fåtall av lovovertridere som er straffrie etter strl. § 44 første ledd er i således i den aktuelle gruppen av særlig farlige. I årene etter vedtakelsen har som nevnt mellom ti og

---

<sup>77</sup> Jacobsen (2004) side 142

<sup>78</sup> NOU 1990:5 kapittel III punkt 3

<sup>79</sup> Christie i NOU 1974:17 side 126 følgende og Mathiesen (2007) side 125 følgende

<sup>80</sup> NOU 1990:5 kapittel III punkt 3

tyve personer årlig blitt ilagt reaksjonen.<sup>81</sup>

### 3.3.2 *Objektet for vernet – andres liv, helse og frihet*

Det normative godet – objektet – som lovgiver søker å verne er likt for alle særreaksjonene. Forarbeidene taler om beskyttelse av andres liv, helse og frihet.<sup>82</sup>

I strl. 2005 fremgår objektet ”*andres liv, helse og frihet*” direkte av ordlyden i henholdsvis § 62 om tvungent psykisk helsevern, § 40 om forvaring og § 63, jf. § 62 for tvungen omsorg.

Liv, helse og frihet er tunge størrelser som anses som grunnleggende å verne. Straffelovkommisjonen synes å ha lagt til grunn at samfunnet har krav på beskyttelse av disse godene.<sup>83</sup> Justiskomiteen gikk enda lengre, og var mer eksplisitt i sin uttalelse. Komiteens flertall – alle unntatt et medlem fra SV – uttalte i Innst.O.nr.34 (1996-1997) at ”*samfunnets behov for å beskytte seg mot farlige forbrytere er så åpenbart at også utilregnelige lovbrøyttere vil måtte møtes med beskyttelsestiltak.*”<sup>84</sup>

Uttalelsen illustrerer at bruk av særreaksjoner overfor en gruppe særlige farlig lovovertridere må ses i sammenheng med tanken om ”*bedre føre var enn etter snar*”. Et slikt fareperspektiv gjennomsyrrer også varetektsinstituttet,<sup>85</sup> og illustrerer at det på ett vis er større likhet mellom disse instituttene enn mellom særreaksjonene og alminnelig straff.

Sikkerhetsbegrepet i ordtaket over har lange historiske røtter, og en parallell til menneskerettighetene. FNs menneskerettighetserklæring uttrykker i fortalen at ”*freedom from fear [...] has been proclaimed as the highest aspiration of the common people*”.<sup>86</sup> Det må ut fra dette synes klart at menneskets sikkerhetsbehov er et fundamentalt gode.<sup>87</sup> Hensynet er tungtveiende for lovgiver.

Ideen om sikkerhet har tilsynelatende klare likheter med uskadelliggjøringstanken. Det er imidlertid viktig å være klar over at sikkerhetstankegangen kun gir mennesker rett til

---

<sup>81</sup> Den rettsmedisinske kommisjon (2011) side 4

<sup>82</sup> NOU 1990:5 kapittel III punkt 3

<sup>83</sup> NOU 1990:5, jf. overskriften til punkt 4.1.2 i kapittel VIII

<sup>84</sup> Innst.O.nr.34 (1996-1997) punkt 7.2

<sup>85</sup> Horn (2010) side 50

<sup>86</sup> FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, se andre avsnitt i fortalen.

<sup>87</sup> Horn (2010) side 51

å slippe å leve i frykt. Det er ikke gitt at tankegangen legitimerer bruk av selektiv uskadeliggjøring for å oppnå dette. De to tankegangene kan således ikke likestilles. Førstnevnte gir en rett til sikkerhet, mens sistnevnte påstår å innebære en løsning for hvordan sikkerheten skal oppnås. Hvorvidt uskadeliggjøring bør tas i bruk for å tilfredsstille sikkerhetsbehovet, avhenger både av om det vil være et treffsikkert tiltak og av om det prinsipielt sett anses akseptabelt. Dette drøftes nedenfor i punkt 3.3.3.

### 3.3.3 *Fareprediksjon og eliminering av risiko*

Særreaksjonene søker å beskytte fundamentale goder som menneskers liv, frihet og helse. Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at, til tross for de gode intensjonene, er det en forutsetning for reaksjonen at det er mulig å vurdere om lovovertridere igjen vil begå en eller flere alvorlige forbrytelser. Reaksjonene forutsetter at påtalemyndigheten, sakkyndige og rettsapparatet klarer å plukke ut de lovovertridere som tilhører den aktuelle gruppen av særlig farlige personer. Denne utvelgelsen må baseres på fareprediksjon.

I hvilken grad det er mulig å forutsi faren for fremtidige lovbrudd, er omdiskutert. I det følgende omtales dette som treffsikkerhetsspørsmålet. Det er særlig to kategorier av problemer som reiser seg. For det første oppstår problemet med det man i teorien kaller de ”*falske negative*”. Med dette menes personer som ikke antas å representere en fare, men som likevel viser seg å begå nye alvorlige handlinger. For det andre, og prinsipielt sett viktigere, oppstår problemet med de ”*falske positive*”. Med dette menes bruk av reaksjonen overfor personer som likevel ikke ville hatt tilbakefall.<sup>88</sup>

Treffsikkerhetsspørsmålet var gjenstand for debatt gjennom reformprosessen som munnet ut i dagens særreaksjoner. Det har vært betydelig uenighet mellom ulike aktører, også innad i de utvalgene som la frem de ulike offentlige utredningene.<sup>89</sup> Fra kriminologisk hold har det vært hevdet at empirisk forskning ikke gir grunnlag for å identifisere hvilke lovovertridere som vil ha tilbakefall til alvorlig kriminalitet. Kritikken har vært rettet mot prediksjon overfor utilregnelige så vel som tilregnelige lovovertridere. Nils Christies sin særuttalelse i utredningen til Straffelovsrådet er

---

<sup>88</sup> Mathiesen (2007) side 125 følgende

<sup>89</sup> Jacobsen (2004) side 102

kanskje det fremste eksemplet på kritikken. Christie mente at man verken på bakgrunn av empirisk forskning eller ved hjelp av et faglig, klinisk skjønn kunne treffe den riktige målgruppen.<sup>90</sup> Han oppsummerte sitt syn på spørsmålet slik:

*”Vi har ingen medisin. Vi ville heller ikke visst hvem som trengte den. Vi vet ikke noe som eventuelt kan gjøre noen mindre farlige ved den løslatelse som vi heller ikke vet når bør finne sted. Vi er ikke noe gode til å se forover. Kanskje vi i stedet fullt ut skulle se bakover, la oss lede av den begåtte gjerningens grovhet, og så la dommeren foreta de valg som så likevel må fattes i blinde. Vi er bedre tjent med å ledes av en blind mann som vet han er det og som ferdes med den forsiktighet hans tilstand krever, enn av en med illusjoner om røntgensyn.”*<sup>91</sup>

Flertallet i Straffelovrådet var imidlertid av en annen oppfatning, og avfeide kritikken med to typer argumentasjon.

For de første ble det fremhevet at de empiriske undersøkelsene Christie viste til gjaldt vanlige lovovertridere. Særreaksjonene skulle imidlertid kun rette seg mot en liten gruppe av særlige farlige, som allerede hadde begått alvorlig kriminalitet.<sup>92</sup>

Denne gruppen ville man lettere klare å plukke ut. Dette synet ble senere tiltrådt av departementet, og må sies å ligge til grunn for dagens regelverk.<sup>93</sup>

For det andre ble det lagt til grunn at problemene med fareprediksjon uansett ikke var avgjørende for om reaksjonene skulle tas i bruk. Flertallet i Straffelovrådet sitt svar på kritikken fra Christie er i så måte illustrerende:

*”Den omstendighet at faren for tilbakekall ikke lar seg forutsi med sikkerhet, kan heller ikke i seg selv være avgjørende. Ut fra hensynet til den sosiale trygghet er det nødvendig at samfunnet best mulig søker å verge seg mot at personer som allerede har begått særlige farlige forbrytelser, på ny begår voldshandlinger av den grove karakter som de foreslåtte særreaksjonene tar sikte på”.*<sup>94</sup>

Hva som menes med at prediksjonen ”ikke lar seg forutsi med sikkerhet”, fremstår som uvisst. En måte å lese dette på, er at beviskravene for fremtidig fare ikke kan være for høye. En annen måte er å si at det ikke kan kreves noen absolutt visshet om tilbakefall. Det sentrale poenget er vel likevel at rådet mener at reaksjonene er legitime selv om fareprediksjonen er usikker, og at dette begrunnes med hensynet til den ”sosiale

---

<sup>90</sup> Christie i NOU 1974:17 side 126 følgende

<sup>91</sup> Ibid side 133

<sup>92</sup> NOU 1974:17 side 123

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) side 60

<sup>94</sup> NOU 1974:17 side 123

*trygghet*". Jeg kommer tilbake til dette hensynet i punkt 3.6.3.

Når det gjelder treffsikkerhetsspørsmålet særskilt overfor utilregnelige, ble det i forarbeidene fremhevet at treffsikkerheten er antatt å være større enn overfor de tilregnelige.<sup>95</sup> Sykdomsbildet ble av Særreaksjonsutvalget i seg selv tatt til inntekt for gjentakelsesfare:

*"Blant de lovbrutere som fritas for straff etter § 44 eller § 45, vil det som nevnt være en liten gruppe som må anses å være særlig farlige for andres liv og helse. Særreaksjonsutvalget mener at disse kan identifiseres med en rimelig grad av sikkerhet på grunnlag av deres medisinske diagnose og prognose."*<sup>96</sup>

Når det gjelder graden av treffsikkerhet, kommer man i forarbeidene ikke noe nærmere enn uttalelsen om at man med *"rimelig grad av sikkerhet på grunnlag av deres medisinske diagnose og prognose"*, kan plukke ut den aktuelle gruppen.<sup>97</sup> I vurderingen av når reaksjonen er nødvendig, må rettsanvenderen legge dette til grunn.

En rettspolitisk vurdering av treffsikkerhetsspørsmålet gis i punkt 4.3.

### **3.4 Særegne forhold ved utilregnelige lovovertrедere**

#### **3.4.1 Innledning**

I det følgende vil jeg drøfte enkelte forhold ved de utilregnelige lovovertrедerne som søkes uskadeliggjort. Formålet er å illustrere hva som skiller denne gruppen fra tilregnelige lovovertrедere. Både utilregnelige og tilregnelige lovovertrедere er ansett å utgjøre en samfunnsfare. Grovt sagt kan man likevel si at de utilregnelige på grunn av manglende skyldene ikke har valgt å være farlige, mens de tilregnelige i større grad kan stilles til ansvar for dette.

I punkt 3.4.2 vil jeg redegjøre for prinsippet om valgfrihet som forutsetning for straff og som moment i straffutmåling. I punkt 3.4.3 drøftes forholdet mellom manglende skyldene og overføring til tvungent psykisk helsevern. Avslutningsvis i punkt 3.4.4 ser jeg på prevensjonshensyn som begrunnelse for reaksjonen i strl. § 39.

#### **3.4.2 Valgfrihet som prinsipp i strafferetten**

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at kun personer som oppfyller visse personlige

---

<sup>95</sup> Jacobsen (2004) side 102

<sup>96</sup> NOU:1990:5 kapittel III punkt 3

<sup>97</sup> l.c.

forutsetninger har skyldevne og dermed kan holdes strafferettslig ansvarlige. Personer som oppfyller disse forutsetningene anses som tilregnelige. For at kravet til tilregnelighet skal være oppfylt kreves det at gjerningspersonen må kunne bebreides for sitt handlingsvalg. En forutsetning for bebreidelse er at det foreligger handlingsmulighet og valgfrihet. Forutsetningen om valgfrihet er tatt inn i en rekke regler i strafferetten, og omfatter flere personer enn de utilregnelige.<sup>98</sup>

Kravet til valgfrihet kan formuleres som et krav til fravær av tvingende omstendigheter. For det første kan man tale om fravær av indre tvingende omstendigheter. Med dette siktes det til at det faktisk er foretatt et valg, men at valget ikke anses tilstrekkelig kvalifisert til å gi grunnlag for bebreidelse. Gjerningspersoner som på handlingstiden var psykotiske, bevisstløse eller høygradig psykisk utviklingshemmede, jf. strl. § 44, tilhører denne gruppen. Det samme gjelder personer under den kriminelle lavalder på 15 år, jf. strl. § 46.<sup>99</sup> Et grunnleggende fellestrekk ved indre tvingende omstendigheter ”er at den aktuelle personen – pga. en slik tilstand – av rettsordenen ikke finnes å kunne ansvarliggjøres for et lovbrudd” (forfatters fremhevning).<sup>100</sup> Betegnelsen utilregnelige brukes om disse personene. I tillegg kan også nødvergeretten ses under samme tilnærming.<sup>101</sup> Strl. § 48 fjerde ledd slår fast prinsippet om straffrihet for personer som overskrider grensen for nødverge, såfremt ”Overskridelsen alene har fundet Sted paa Grund af en ved Angrebet fremkaldt Sindsbevægelse eller Bestyrtelse”. I et slikt tilfelle foreligger det en indre tvingende omstendighet, som medfører at vedkommende ikke kan bebreides for sin handling.

For det andre omfattes også ytre tvingende omstendigheter av kravet til valgfrihet. Med dette begrepet siktes det til at gjerningsmannen manglet noe reelt handlingsalternativ. Hans sinnstilstand eller alder fritar han ikke fra bebreidelse, slik tilfellet er ved indre tvingende omstendigheter. Rettsordenen mener likevel – på grunn av omstendigheter utenfor han selv – at han ikke kan bebreides for sitt handlingsvalg. Typisk eksempler er tvangs- eller faresituasjoner som dekkes av nødretten, jf. strl. § 47.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Løvlie (2008) side 39-41

<sup>99</sup> Ibid side 39-41

<sup>100</sup> Syse (2006) side 144

<sup>101</sup> Løvlie (2008) side 39-41

<sup>102</sup> l.c.



Fravær av indre og ytre omstendigheter er en forutsetning for straff. I enkelte tilfeller vil det imidlertid foreligge tilstander og situasjoner som ikke kvalifiserer som tvingende omstendigheter, men som likevel ligger så tett opp til grensen at det bør få betydning. I slike situasjoner kan man tale om valgfrihet, men at omstendigheter ved valget tilsier redusert straff i forhold til et normalnivå. Noen illustrerende eksempler er strl. § 55 for lovovertridere mellom 15 og 18 år, strl. § 56 c om tilfeller som grenser mot utilregnelighet etter § 44, overskridelse av nødvergeretten etter § 56 a og handlinger foretatt i berettiget harme, jf. § 56 b.<sup>103</sup>

Oppsummert kan det slås fast at kravet om at det må foreligge valgfrihet i form av fravær av tvingende omstendigheter er sentralt i norsk rett. Nedenfor i punkt 3.4.3 vil jeg drøfte hvilken betydning dette har for reaksjonen i strl. § 39.

### 3.4.3 *Manglende skyldevne og overføring til tvungent psykisk helsevern*

Målgruppen for strl. § 39 anses ikke å ha valgfrihet på grunn av indre tvingende omstendigheter. Vanligvis omtales gruppen som utilregnelige. Deres sinnstilstand medfører at de er uten evne til å utvise skyld, og de kan således ikke ilegges alminnelig straff. Overføring til tvungent psykisk helsevern er som nevnt ikke straff. I og med at det er tale om en strafferettslig reaksjon, kan det likevel hevdes å foreligge et spenningsforhold mellom bruken av særreaksjoner overfor lovovertridere som er utilregnelige etter strl. § 44 første ledd, og prinsippet om at denne gruppen ikke skal møtes med straffeansvar.

Reformarbeidet vedrørende særreaksjonene som startet på 70-tallet, bygger på rettferdighetsbetraktninger. Det er lagt til grunn at straffrihet på grunn av manglende evne til å utvise skyld er et dypt rotfestet prinsipp i den alminnelige rettsbevissthet i vår kulturkrets.<sup>104</sup>

Man kan stille spørsmål ved å begrunne straff og straffrihet med den alminnelige rettsbevissthet. For det første er innholdet i den alminnelige rettsbevissthet høyst uklart.<sup>105</sup> For det andre kan gode grunner i tillegg tale for at også lovovertridere som er utilregnelige på grunn av psykiske lidelser likevel bør behandles som folk flest, og

---

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

<sup>104</sup> Innst.O.nr. 34 (1996-1997) s. 7-8. Se også Andenæs (2004) side 293

<sup>105</sup> Elde (2010)

stilles ansvarlige for sine handlinger. Høyer/Dalgard har i relasjon til særreaksjoner overfor utilregnelige fremhevet at *”det er en menneskerett å kunne stå til ansvar for sine handlinger og gjøre opp for dem”*.<sup>106</sup> Som påpekt av Warberg er det neppe en menneskerett å stå til ansvar for handlinger når man anses å mangle ansvarsevne.<sup>107</sup> Uttalelsen understreker likevel at prinsippet om at alvorlig psykisk syke mangler ansvarsevne, kan ha en uheldig paternalistisk effekt. Like fullt er det vanskelig å komme unna at det i vårt samfunn er konsensus om at utilregnelige lovovertredere ikke skal møtes med straff, som per definisjon er et tilsiktet onde. Overfor utilregnelige anses det kun legitimt å anvende såkalte beskyttelsestiltak.<sup>108</sup>

Den ovenfor nevnte tankegangen får betydning for bestemmelsen i strl. § 39 om overføring til tvungent psykisk helsevern. Lovgiver har i forarbeidene gått så langt som å uttale at:

*”Det grunnleggende utgangspunktet er etter departementets syn at de som blir bedømt som utilregnelige etter de foreslåtte utilregnelighetsreglene, skal være straffrie. Dette innebærer at utilregnelige lovbrøyttere ikke kan møtes med de ordinære straffereaksjonene fengsel, hefte, samfunnstjeneste, bøter eller rettighetstap, jf straffeloven § 15. Heller ikke andre reaksjonsformer som betyr soning i fengsel, bør kunne tas i bruk for denne gruppen. De fleste utilregnelige bør ikke få noen strafferettslig reaksjon overhodet.”*<sup>109</sup> (min understreking)

Uttalelsen i forarbeidene tilsier at terskelen for å ta i bruk reaksjonen i strl. § 39 bør være høy. Påtalemyndigheten bør ta hensyn til dette i vurderingen av om det skal ilegges påstand om overføring til tvungent psykisk helsevern. Den høye terskelen bør også gjenspeiles i domstolenes praksis. Et viktig bakteppe i denne sammenhengen er at selv om ikke reaksjonen er straff i straffelovens forstand, vil den kunne oppfattes som det. Straffelovkommissjonen brukte dette hensynet som et argument for å begrense bruken av særreaksjoner overfor utilregnelige. Kommisjonen fremhevet at *”det bør vises stor tilbakeholdenhet med å reagere strafferettslig mot utilregnelige. Selv om de særreaksjoner som Straffelovrådet foreslår, ikke er ment å være straff, vil de dømte etter*

---

<sup>106</sup> Høyer og Dalgard (2002) side 249

<sup>107</sup> Warberg (2003) side 238

<sup>108</sup> Andenæs (2004) side 291-293

<sup>109</sup> Ot.prp.nr.87 (1993-1994) punkt 7.4.3

*omstendighetene kunne føle det slik.*”<sup>110</sup>

Et annet moment som gjør seg gjeldende, er at domstolen etter begjæring fra institusjonen kan overføre personer som er idømt særreaksjonen til anstalt under kriminalomsorgen. En forutsetning er at vedkommende ikke lenger er utilregnelig. I tillegg må enkelte andre vilkår være oppfylt, jf. nedenfor punkt 3.5.3. I praksis innebærer slik overføring at den utilregnelige blir plassert på forvaringsanstalter.<sup>111</sup> Det er problematisk at lovovertridere som manglet skyldene i gjerningsøyeblikket, risikerer å bli flyttet over til fengselsvesenet. Dette tilsier begrenset bruk av reaksjonen.

#### **3.4.4      *Prevensjonshensyn som begrunnelse for reaksjonen***

Sinnstilstanden til lovovertridere som kan ilegges særreaksjon etter strl. § 39, medfører at det er grunn til å anta at klassiske prevensjonsformål ikke vil oppnås gjennom bruk av reaksjonen. I det følgende skal jeg se nærmere på dette.

Lovgiver har som nevnt gjennom en deskriptiv analyse av samfunnsforholdene lagt til grunn at det finnes en gruppe særlig farlige lovovertridere. Gruppen utgjør en fare for fundamentale goder, som antas å måtte vernes. Det at en del av denne gruppen, de utilregnelige, mangler skyldene, utgjør i denne sammenhengen en utfordring. Straffesanksjoner hviler i dagens samfunn i større eller mindre grad på prevensjonshensyn. Verken vanlige individualpreventive eller allmennpreventive hensyn taler for reaksjoner overfor utilregnelige. Straffetrusselen er ikke ansett å være egnet til å påvirke deres handlingsmønster.

Prevensjonens antatte utilstrekkelighet overfor den aktuelle gruppen får betydning for strl. § 39. Det anses mer legitimt med prinsipielt tidsubestemte handlinger. Trusselen om særreaksjon antas ikke i seg selv å gi noen allmennpreventiv effekt overfor gruppen av utilregnelige. Gjennomføringen av reaksjonen antas heller ikke å gi noen individualpreventiv avskrekkings effekt. Det innebærer at formålet for reaksjonen blir å uskadeliggjøre lovovertridere – hindre ham i å begå ny kriminalitet. Det blir da ansett legitimt å holde ham så lenge samfunnsvernet gjør det nødvendig. Bestemmelsen innebærer således et brudd med prinsippet om forholdsmessighet mellom handling og

---

<sup>110</sup> NOU 1983:57 kapittel 25 punkt 3.3

<sup>111</sup> Gullbrå (2004) side 68

reaksjon.<sup>112</sup>

Jacobsen har på denne bakgrunn fremhevet at reaksjonen har *”ein viss slektskap med det strafferettslige preventive naudverjeinstituttet”*.<sup>113</sup> Det kan diskuteres hvor treffende denne sammenlikningen er. I sistnevnte tilfelle er det tale om en privat rettshåndhevelse, mens særreaksjonene brukes under et offentlig maktapparat. Likevel illustrerer sammenlikningen den utbredte oppfatningen at enkelte lovovertrедere utgjør en så alvorlig risiko for andres liv og helse at samfunnet må kunne beskytte seg mot dem gjennom uskadeliggjøringstiltak. Slektskapet med nødvergeinstituttet gjør at reaksjonen kan anses begrunnet i et såkalt negativt individualpreventivt hensyn.<sup>114</sup> Med dette menes at samfunnet griper inn mot individet i forkant for å verne seg mot en potensiell risiko som man frykter vil kunne realisere seg.

### **3.5 Hensynet til lovovertrедerens frihet**

#### *3.5.1 Innledning*

Alle særreaksjoner har det til felles at de er meget inngripende. Regler som åpner for slike inngrep søker i varierende grad å ivareta hensynet til individets frihet og autonomi. Det er antatt at det gjelder et prinsipp om minste inngrep.

I det følgende tar jeg først for meg hensynet til individets frihet og minste inngreps prinsipp i punkt 3.5.2. På bakgrunn av dette drøfter jeg i punkt 3.5.3 forskjeller og likheter mellom særreaksjonen og administrativ tvangsinnleggelse.

#### *3.5.2 Individets frihet og minste inngreps prinsipp*

I forarbeidene til strl. §39 har Særreaksjonsutvalget gitt følgende definisjon av individets frihet: *”Med frihet menes her frihet fra samfunnets kontroll, herunder retten til å nekte å motta behandling.”*<sup>115</sup>

Hensynet til individets frihet synes ut fra definisjonen å tale imot å ilegge reaksjonen, som vil være en tung belastning for lovovertrедeren. Reaksjonen innebærer at han underlegges samfunnets kontroll. Det er således tale om frihetsberøvelse.

---

<sup>112</sup> Overordnede hensyn ved straffeutmåling, herunder forholdsmessighetsprinsippet, behandles av Eskeland (2006) side 424-430.

<sup>113</sup> Jacobsen (2004) side 50

<sup>114</sup> l.c

<sup>115</sup> NOU 1990:5 kapittel VIII punkt 4.1.2

Vurderingen av hensynet til individets frihet i forarbeidene er imidlertid noe forvirrende. Riktignok beskrives reaksjonen som et alvorlig inngrep. Samtidig legges det imidlertid til grunn at hensynet til individets frihet ikke nødvendigvis taler imot reaksjonen, fordi lovovertræderen vil få en bedre livssituasjon gjennom behandlingen.<sup>116</sup> En slik tilnærming om at reaksjonen er en fordel for gjerningsperson, finnes tidvis også i rettspraksis. Et eksempel er LB-2003-19698, hvor lagmannsretten uttaler:

*”Det bemerkes at A personlig antagelig er best tjent med overføring til tvungen psykisk helsevern [etter strl. § 39]. Dersom sikringen opphører, har han boligen i X og sin familie samt fastlege å holde seg til. For at han skal kunne fungere rimelig bra utenfor institusjon, har han imidlertid i tillegg behov for fagpersonale slik de sakkyndige har påpekt. Hensynet til gjerningsmannen selv sammenfaller med hensynet til andres liv, helse og frihet som begrunner overføringen.”*<sup>117</sup>

Jeg kommer tilbake til lovovertræderens behov for behandling og oppfølging nedenfor i punkt 3.6.2. Selv om det i forarbeidene, og tidvis i rettspraksis, legges til grunn at lovovertræderen er best tjent med særreaksjon, er det viktig å ha klart for seg at reaksjonen prinsipielt sett er tidsubestemt og dermed kan berøve friheten til lovovertræderen resten av hans levetid. Forarbeidene tok høyde for dette, og det ble uttalt at en *”slik reaksjon er et alvorlig inngrep mot lovbrøtteren [...]”*.<sup>118</sup> På bakgrunn av denne uttalelsen er det, til tross for uklarhetene ellers, vanskelig å komme utenom at individets frihet taler imot å ilegge reaksjonen.

Hensynet til individets frihet gjør at det er vanlig å anta at det gjelder et prinsipp om minste inngrep innenfor områder hvor myndighetene foretar tvangsinngrep overfor individer, som for eksempel barnevern, psykiatri og straff. Prinsippet er at såfremt det finnes flere tilstrekkelige sanksjoner, skal man bruke den av sanksjonene som er minst inngripende. Prinsippet er lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven 2005.<sup>119</sup>

I strafferettslig teori brukes tidvis i stedet betegnelsen subsidiaritetsprinsippet.<sup>120</sup>

Spørsmålet om særreaksjoner overfor utilregnelige, er ikke et spørsmål om kriminalisering. At prinsippet også gjelder utenfor strafferetten, er imidlertid klart.

---

<sup>116</sup> l.c.

<sup>117</sup> LB-2003-19698

<sup>118</sup> NOU 1992:23 kapittel V punkt 3.2

<sup>119</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 88

<sup>120</sup> Frøberg (2010) side 39

Et eksempel på at dette er lagt til grunn er NOU 2003:7 Tilleggskatt m.m.:

*”Et sanksjonssystem bør søkes utformet slik at det ikke reageres strengere enn det behovet tilsier. Det såkalte minste inngreps prinsipp er forankret i forholdsmessighetsbetraktninger og har gyldighet også utenfor den tradisjonelle strafferett.”*<sup>121</sup>

I forarbeidene til strl. § 39 kommer den samme tankegangen til uttrykk ved Særreaksjonsutvalgets uttalelse om at samfunnets behov for vern er *”delvis dekket gjennom adgangen til tvangsinnleggelse etter lov om psykisk helsevern”*.<sup>122</sup>

Vurderingen er således at det i visse tilfeller er nødvendig med ytterligere tiltak, og strl. 39 er utformet for å dekke det man kaller et restbehov. Alternative tiltak er som nevnt også et av momentene som domstolen vektlegger i vurderingen av om samfunnsvernvilåret er oppfylt, jf ovenfor punkt 2.5.4. Nedenfor vil jeg foreta en sammenlikning av de to ordningene.

### 3.5.3 Sammenlikning av særreaksjonen og administrativ tvangsinnleggelse

Phlsvl. § 3-3 tredje ledd åpner som nevnt for administrativ tvangsinnleggelse.

Hovedvilåret er at det foreligger en *”alvorlig sinnslidelse”*. Kjernen i dette rettslige begrepet er sinnstilstanden *”psykose”*.<sup>123</sup> Inngangsporten for straffrihet og derav mulig særreaksjonsdom etter strl. § 39 er antatt å være smalere enn hovedkriteriet for administrativ tvang.<sup>124</sup> Alle som er psykotiske etter strl. § 44 første ledd vil være omfattet. Bevisstløse faller imidlertid utenfor phlsvl. § 3-3 tredje ledd. Det samme gjelder personer som i gjerningsøyeblikket var psykotiske, men som kort tid etter den straffbare handlingen har blitt friske. De oppfyller da ikke hovedvilåret for administrativ tvangsinnleggelse. Som nevnt tidligere i punkt 2.2 er likevel de fleste i målgruppen til strl. § 39 personer med paranoid psykose eller schizofreni. Dette er personer med alvorlige og langvarig lidelser som vil oppfylle hovedvilåret.

En interessant forskjell mellom ordningene på dette punktet er likevel beviskravene. I strafferetten skal enhver rimelig tvil om en persons tilregnelighet lede til frifinnelse og derav mulig særreaksjonsdom etter strl. § 39. Når det gjelder phlsvl. § 3-3 tredje ledd

---

<sup>121</sup> NOU 2003:7 punkt 10.2.3

<sup>122</sup> NOU:1990:5 kapittel III punkt 3

<sup>123</sup> Ot.prp.nr.11 (1998-1999) side 77

<sup>124</sup> Rosenqvist (2011) side 1

vil det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vedkommende har en ”*alvorlig sinnslidelse*”. Forskjellen innebærer at det i prinsippet er lettere å bli vurdert som ”psykotisk” i strafferettslig sammenheng enn ved administrativ tvangsinnleggelse. Enkelte personer som ikke er psykotiske vil på grunn av rimelig tvil kunne få særreaksjonsdom. Det er likevel viktig å påpeke at dette nok er en forskjell med liten praktisk betydning. Det vil stort sett ikke være tvil om at sinnstilstanden er av en slik art at vedkommende er utilregnelig.

I tillegg til hovedvilkåret om alvorlig sinnslidelse, må enten behandlingsalternativet i phlsvl. § 3-3 tredje ledd bokstav a, eller farealternativet i bokstav b, være oppfylt. Farealternativet omfatter både alvorlig fare for vedkommende selv og andres liv og helse. Beviskravet er i likhet med strl. § 39 første alternativ at faren er ”*nærliggende*”. Til forskjell fra strl. § 39 kreves det ikke at det allerede er begått en lovovertrødelse.<sup>125</sup> Oppsummert kan det slås fast at vilkårene i phlsvl. § 3-3 tredje ledd er utformet slik at administrativ tvang kan være et alternativ til strl. § 39.

I tråd med minste inngreps prinsipp synes det på denne bakgrunn klart at domstolen grundig må vurdere om administrative tiltak vil være tilstrekkelige til å beskytte samfunnet. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker der lovovertrøderen på domstidspunktet allerede er innlagt i psykiatrien, slik situasjonen var i Rt-2002-990. Utfallet i den saken var som nevnt i punkt 2.5.4 at domstolen kom til at det måtte anses tilstrekkelig med administrativ tvang. Også i situasjoner der lovovertrøderen ikke allerede er innlagt må det vurderes om slike tiltak kan være tilstrekkelig.<sup>126</sup>

I rettspraksis er det imidlertid ofte slik at administrative tiltak ikke anses å gi samfunnet et godt nok vern.<sup>127</sup> Lovgiver har også lagt til grunn at samfunnsvernet kan gjøre det nødvendig å ta i bruk strl. § 39.

Rent umiddelbart kan det synes paradoksalt at lovgiver og domstolen vil overføre utilregnelige lovovertrødere til tvungent psykisk helsevern med den begrunnelse at administrative tiltak ikke er tilstrekkelig. Domfellelsen gjelder jo faktisk overføring til

---

<sup>125</sup> Ot.prp.nr.11 (1998-1999) side 80

<sup>126</sup> Jacobsen (2004) side 59

<sup>127</sup> jf. avhandlingen punkt 2.5.4

det samme helsevernet som ikke anses egnet til å verne samfunnet i første omgang.<sup>128</sup>

Det er derfor grunn til å se nærmere på forskjeller og likheter i etablering, gjennomføring og opphør mellom de to ordningene, og særlig i hvilken grad samfunnsvernet er ivaretatt.

Politiet har etter lovverket adgang til å begjære administrativ tvang overfor utilregnelige lovovertridere, hvis det *”dreier seg om å avverge vesentlig fare for vedkommendes eller andres liv eller helse”*.<sup>129</sup> Samfunnsvernshensynet kan således bli ivaretatt på denne måten. Matningsdal/Bratholm fremhever at en viktig forskjell mellom ordningene likevel er at ved særreaksjon er dommen i seg selv tilstrekkelig grunnlag for å sette i verk og opprettholde det tvungne helsevernet, mens ved administrativ tvang må vilkårene i psykisk helsevernloven til en hver tid være oppfylt.<sup>130</sup>

Når det gjelder selve gjennomføringen av tvangsoppholdet, er likhetene mellom ordningene store. Et unntak er likevel at samfunnsvernet *”særlig”* skal vektlegges under gjennomføringen av særreaksjonen.<sup>131</sup> En annen forskjell er at påtalemyndigheten kun ved særreaksjonsdom har klagerett over avgjørelser om selve gjennomføringen av reaksjonen. Som vist over i punkt 2.5.4 er partsrettighetene til påtalemyndigheten i rettspraksis brukt som argument for at særreaksjon er nødvendig. Partsollen antas å gi et økt vern mot blant annet feilutskrivninger.

Når det gjelder opphør av tiltakene, er det kun retten eller påtalemyndigheten som kan avslutte behandlingen ved særreaksjonsdom. Ved administrativ tvang kan behandlingen avsluttes av den faglig ansvarlige.<sup>132</sup> Denne forskjellen kompenseres til dels ved at politiet har klageadgang til kontrollkommisjonen over at vernet ikke etableres eller at det opphører. En forutsetning er imidlertid at politiet har begjært administrativ tvang på grunn av samfunnsvernshensyn.<sup>133</sup>

Sett fra en rettssosiologisk synsvinkel er det en annen forskjell mellom instituttene som er mer interessant. Ved særreaksjon kan den domfelte overføres til anstalt under

---

<sup>128</sup> Syse (2006) side 174

<sup>129</sup> Phlsvl. §3-6, jf. forskrift fra Helse- og omsorgsdepartementet om etablering av tvungent psykisk helsevern mv. § 4

<sup>130</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) side 293-294

<sup>131</sup> l.c

<sup>132</sup> l.c

<sup>133</sup> Phlsvl. § 3-7 fjerde ledd.



kriminalomsorgen, jf. phlsvl. § 5-6. Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt vil være det mest nærliggende alternativet.<sup>134</sup> Slik overføring er ikke mulig ved administrativ tvang. I de 66 tilfellene som det nevnte Mælandutvalget hadde tilgang til, hadde kun en person på særreaksjon etter strl. § 39 blitt overført til kriminalomsorgen. To andre var av den faglig ansvarlige vurdert som aktuelle for slik overføring.<sup>135</sup> At overføring i begrenset grad synes aktuelt, skyldes sannsynligvis at det er oppstilt nokså strenge vilkår. Det stilles etter phlsvl. § 5-6 krav til at sinnstilstanden ikke lenger faller inn under strl. § 44 første ledd, fortsatt gjentakelsesfare og at det i tillegg foreligger ”*særlige grunner*”. I tillegg utgjør EMK artikkel 5 her en ytterligere skranke.<sup>136</sup>

Det er uten tvil prinsipielt betenkelig at lovovertrедere som manglet skyldene i gjerningsøyeblikket risikerer å bli flyttet over til fengselsvesenet. Det er likevel interessant å merke seg at denne adgangen medfører at personer som ikke lenger er sinnslidende, men som fortsatt regnes som farlige, kan uskadeliggjøres. Uten særreaksjonsdom ville slike personer måtte skrives ut fra institusjonen.

Oppsummert kan det slås fast at de to ordningene i mange henseender er nokså like, og at samfunnsvernet også synes å kunne bli ivaretatt gjennom reglene for administrativ tvang. Det kan likevel ikke være tvil om at særreaksjonen, i hvert fall kortsiktig, i større grad ivaretar samfunnsvernet. I punkt 4.5.2 gis en rettspolitisk vurdering av om forskjellene gjør det legitimt å ta i bruk særreaksjonen i stedet for administrativ tvang.

### **3.6 Behandling og gjengjeldelse som begrunnelse for reaksjonen – et rettssosiologisk perspektiv**

#### **3.6.1 Innledning**

I sosiologisk litteratur er det fremhevet at retten kan ha *latente* og *manifeste funksjoner*. Med dette siktes det til rettens ikke-oppfattede og oppfattede virkninger.<sup>137</sup>

I rettssosiologien brukes tidvis betegnelsene rettens *tilsiktete* og *utilsiktete virkninger*, som ikke er helt samsvarende, jf. Mathiesen (2005).<sup>138</sup> Det sentrale i denne sammenhengen er to forhold. Det kan ikke utelukkes at andre hensyn enn

---

<sup>134</sup> Gullbrå (2004) side 68

<sup>135</sup> Mælandutvalget (2008) side 169

<sup>136</sup> Gullbrå (2004) side 66-68

<sup>137</sup> Mathiesen (2005), fotnote 13

<sup>138</sup> *ibid* side 44-45

samfunnsvernet spiller inn som begrunnelse for særreaksjonen. Reaksjonen kan også ha andre virkninger enn at samfunnet beskyttelsesbehov ivaretas. Hvorvidt en virkning er tilsiktet eller utilsiktet, er som Mathiesen fremhever et gradsspørsmål.<sup>139</sup>

Tilsiktede virkninger, som ikke er uttalte, kan ha motivert lovgiver til å innføre reaksjonen i strl. § 39. To retts sosiologiske erfaringer er her særlig relevante. For det først er det vanskelig, om ikke umulig, å vite eksakt hvilken motivasjon – og hvilke hensyn – som ligger bak et regelverk. Vi har ingen garanti for at lovgiver ikke har hatt andre ikke-uttalte, men tilsiktede virkninger med regelverket. For det andre er det nærliggende at andre aktører kan ha vært pådrivere for regelverket, og at de kan ha hatt andre siktemål enn lovgiver. Lovarbeid blir ikke til i et samfunnsmessig vakuum, men påvirkes av interessekonflikter og pressgrupper. I retts sosiologien behandles dette gjerne under problemstillingen samfunnsforholdenes innvirkning på retten.<sup>140</sup> For strl. § 39 sitt vedkommende er det nærliggende å drøfte hensynet til behandling av lovovertrедeren som en tilsiktet virkning. Dette behandles i punkt 3.6.2.

Lover kan som nevnt også ha utilsiktede virkninger. Disse kan være så viktige at de bidrar til at regelverket består, til tross for at de uttalte siktemålene med lovgivningen ikke nås. Fengselsstraffens renovasjonseffekt er et typisk eksempel. På strl. § 39 sitt område, kan særlig behovet for gjengjeldelse og opprettholdelse av den sosiale ro være en utilsiktet virkning med regelverket. Dette behandles i punkt 3.6.3.

### 3.6.2 *Behandling*

Et spørsmål som reiser seg ved bruk av strl. § 39 og som berører forholdet til psykiatrien, er i hvilken grad hensynet til behandling av lovovertrедeren begrunner bruk av reaksjonen.

Det synes klart at behandling ikke er en uttalt primærbegrunnelse for reaksjonen, jf. ovenfor punkt 3.3. På den annen side er det hevet over tvil at hensynet til behandling er vektlagt i forarbeidene til strl. § 39. Straffelovkommisjonens uttalelse er illustrerende:

*”Selv om det ikke kan være en selvstendig begrunnelse for en særreaksjon, [...] peker utvalget dessuten på at hensynet til den enkelte ikke entydig taler mot tvangsmessige inngrep fra samfunnets side. Også når*

---

<sup>139</sup> ibid side 45

<sup>140</sup> ibid side 103 følgende

*det må skje med tvang, vil behandling kunne bidra til at lovbrøyteren objektivt sett får en bedre livssituasjon. Etter at behandlingen har hatt tid til å virke, vil han selv også kunne oppleve å få det bedre. Følgelig vil tvangsinngrep kunne bidra til at flere lovbrudd forhindres, og at sykdommen behandles i tilfeller hvor dette ellers ikke ville skjedd.”*<sup>141</sup>

Under vedtakelsen av regelverket i Stortinget ble det fremhevet at behandling hadde nær sammenheng med samfunnets beskyttelsesbehov. Justiskomiteen la vekt på at behandlingsopplegget måtte være så godt at samfunnsvernet ble tilstrekkelig ivaretatt.<sup>142</sup> Det illustrerer at behandlingstanken først og fremst synes å få gjennomslag på grunn av samfunnsvern hensyn.

Regelverket som ble vedtatt, har imidlertid et sterkt fokus på behandling. Et eksempel er psykisk helsevernloven § 5-2, som gir regler om hvem som har ”*behandlingsansvaret*” for den overførte. Reglene for gjennomføringen av reaksjonen kan til en viss grad gi inntrykk av at oppmerksomheten er rettet mot behandling, og ikke primært på samfunnets beskyttelse.

I litteraturen synes det å være uenighet om hvilken plass hensynet til behandling har som begrunnelse for reaksjonen. Warberg har fremhevet at reaksjonen er like mye et sikkerhetstiltak som et behandlingstiltak.<sup>143</sup> Denne uttalelsen kan gi inntrykk av at han mener at behandling kan være en begrunnelse for selve reaksjonen. Uttalelsen er på dette grunnlag kritisert av Jacobsen, som tar avstand fra at det finnes noen annen primærbegrunnelse for reaksjonen enn samfunnsvern.<sup>144</sup> Matningsdal/Bratholm legger også til grunn at behandling ikke kan begrunne reaksjonen.<sup>145</sup>

Uenigheten kan skyldes at Warberg i større grad anlegger et rettsosjologisk perspektiv. En snever juridisk tilnærming kan lett føre til at man her overser realiteten. En presis drøftelse av hvilken plass behandling har som begrunnelse for reaksjonen fordrer i hvert fall at man har klart for seg enkelte rettsosjologiske utgangspunkter. I ytterste konsekvens er det mulig å holde de særreaksjonsdømte innesperret resten av deres levetid, uten å forsøke å behandle dem. En slik total uskadeliggjøring vil kunne beskytte

---

<sup>141</sup> NOU 1990:5 kapittel VIII punkt 4.1.2

<sup>142</sup> Innst.O.nr.34 (1996-1997) punkt 7.2

<sup>143</sup> Warberg (2003) side 237

<sup>144</sup> Jacobsen (2004) side 51

<sup>145</sup> Matningsdal/Bratholm (2003) side 292

samfunnet mot den enkelte lovovertreder. I motsatt retning er det mulig å tenke seg en særreaksjon som kun ilegges av hensynet til lovovertrederen selv for å behandle hans sinnslidelse, selv om det neppe i dag vil anses legitimt å bruke strafferettslige virkemidler kun for å oppnå dette. Mellom disse ytterpunktene kan det utformes et regelverk som i større eller mindre grad vektlegger behandling. Årsaken til at man ønsker å rehabilitere lovovertrederen kan enten være å forhindre tilbakefall til kriminalitet eller fordi det har en egenverdi å gi sinnslidende behandling.

I forarbeidene til dagens regelverk, synes som nevnt behandlingstankegangen til en viss grad å være vektlagt. Gjennom å ilegge særreaksjon etter strl. § 39 sikrer samfunnet tilsynelatende at den overførte får behandling i psykiatrien. Institusjonen får en plikt til å behandle den overførte. At målet med gjennomføringen av reaksjonen er å sikre behandling av utilregnelige lovovertridere som ellers ikke ville fått behandling, fremgår av uttalelsen i forarbeidene om at *”sykdommen behandles i tilfeller hvor dette ellers ikke ville skjedd”*. En uheldig, men således overveid konsekvens, kan være at man på denne måten legger beslag på ressurser i psykiatrien, slik at bruk av strl. § 39 går på bekostning av andre pasientgrupper.<sup>146</sup>

For å oppsummere kan det på bakgrunn av redegjørelsen overfor slås fast at ønske om å behandle gruppen av lovovertridere har vært en medvirkende motiverende faktor bak utformingen av bestemmelsen. Man kan således tale om en tilsiktet virkning.

Virkingen er til en viss grad uttalt av lovgiver.

### 3.6.3 Gjengjeldelse og opprettholdelse av den sosiale ro

Etter norsk rett er straffens formål å styre fremtidig adferd. Det søkes oppnådd gjennom å utforme et regelverk som virker preventivt.<sup>147</sup> En slik strafferett står tilsynelatende i motsetning til en strafferett bygget på gjengjeldelse. Gjengjeldelsestanken går i sin reneste form ut på at lovbyteren skal betale for sin handling gjennom å bli ilagt straff, og forbindes ofte med tidligere strafferettsregimer.

Gjengjeldelsestanken er imidlertid ikke helt fraværende i dagens strafferett.

I forarbeidene til straffeloven 2005 legger lovgiver til grunn at *”i dag lever arven fra*

---

<sup>146</sup> NOU 1983:57 kapittel 25 punkt 3.3

<sup>147</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 77-78

*gjengjeldelsesteorien videre i troen på den virkning det har for den sosiale ro i samfunnet at borgerne ser at det blir reagert overfor de som begår lovbrudd”.*<sup>148</sup>

Lovgiver har lagt til grunn at det også utover ønsket om å hindre kriminalitet er et behov for å reagere mot lovbrudd, og at ofre for kriminalitet har et ønske om å hevne seg. At handlingene blir gjenstand for strafforfølgning, og at det ilegges straff, har ifølge lovgiver således ”en viktig mentalhygienisk virkning.”<sup>149</sup> Straffen kan være et substitutt for hevn gjennom privat rettshåndhevelse.

Utilregnelige lovovertredere kan etter norsk rett, som nevnt, ikke ilegges alminnelig straff. Her har man således i utgangspunktet ikke noe virkemiddel for å opprettholde den sosiale ro. Spørsmålet blir da om bruk av særreaksjoner kan ha den ønskede mentalhygieniske effekt. På den ene side vil ofrene og samfunnet gjennom illeggelsen av særreaksjonen oppleve at det reageres mot handlingen. Alternativet, som er ingen reaksjonen overhodet, kan føles verre.

I og med at særreaksjonen gjennomføres i helsevesenet oppfattes reaksjonen av enkelte oppfattes som for mild. Dette illustreres godt av en uttalelse til VG fra daværende justispolitisk talsmann i FrP. Uttalelsen ble gitt i forbindelse med det såkalte trikkedrapet, som ble begått av en psykotisk gjerningsperson. Artikkelen hadde overskriften ”FrP: Somalieren bør dømmes nå”, og talsmannen uttalte blant annet:

*”Det er viktig for ofrene at de ser at det kommer sanksjoner. Behandling er ikke straff. Ofrene lever med opplevelsen av det som skjedde hver dag. Hvis drapsmenn kan gå fri så kort tid etterpå skaper man et inntrykk av at drapsmenn ikke får straff, sier Ellingsen.”*<sup>150</sup>

Uttalelsen gir inntrykk av at utilregnelige bør straffes ut ifra en tanke om ofrenes behov for gjengjeldelse. Prinsippet om straffrihet for utilregnelige er både under press fra representanter for en rendyrket gjengjeldelsestanke, og fra lovgiver som ønsker å ivareta hensynet til den sosiale ro. Selv om den uttalte begrunnelsen for særreaksjonen i strl. § 39 er samfunnets behov for vern mot fremtidige lovbrudd, kan man spørre om ikke hensynet til gjengjeldelse og den sosiale ro også kan begrunne at det reageres med straffrettslig virkemidler overfor utilregnelige. I punkt 3.3.3 viste jeg at hensynet til den

---

<sup>148</sup> ibid side 77

<sup>149</sup> ibid side 80

<sup>150</sup> VG (2006)

sosiale trygghet av lovgiver ble brukt for å begrunne at særreaksjonene var legitime selv om det knyttet seg usikkerhet til fareprediksjon.

Et problem med å begrunne reaksjonen med gjengjeldelse og sosial trygghet, er at prinsippet om straffrihet for utilregnelige blir uthulet. En reaksjon som bygger på en gjengjeldelsestanke vil alltid inneholde et element av bebreidelse. Utilregnelige kan som nevnt i punkt 3.4.2 ikke bebreides for sine handlinger. Hvis hensynet til å opprettholde den sosiale ro er tilstrekkelig tungtveiende, ville det vært mer nærliggende å forlate prinsippet om skyldevne enn å snike inn gjengjeldelsen gjennom bakdøren med en særreaksjon som skal beskytte mot fremtidig kriminalitet.

At behovet for gjengjeldelse og sosial ro til en viss grad er en utilsiktet virkning med reaksjonen, gjør muligens at den opprettholdes. Når regelverket først er trådt i kraft er det grunn til å tro at det blir vanskelig å avskaffe det. Behovet for gjengjeldelse gjør også at det blir vanskelig å demme opp for utvidelser av reaksjonens virkeområde.

### **3.7 Oppsummering – begrunnelsen for reaksjonen**

Strl. § 39 er i likhet med annen lovgivning på strafferettsfeltet utformet i krysningpunktet mellom hensynet til effektivt samfunnsvern og hensynet til individets frihet. Det ideologiske grunnlaget for særreaksjonene er muligens styrket med skadefølgeprinsippet og ikke minst med utviklingen av en mer pre-aktiv strafferett.

Lovgivers hovedbegrunnelse for særreaksjonene er å beskytte andres frihet gjennom å uskadeliggjøre særlig farlige lovovertredere. Et grunnleggende problem med uskadeliggjøringstanken er at det alltid vil være vanskelig å sette grensen for hvor langt man som samfunn skal gå i eliminere risiko. I tillegg oppstår det treffsikkerhetsproblemer ved bruk av fareprediksjon.

Det foreligger særegne forhold som skiller de utilregnelige lovovertrederne fra de tilregnelige. Mangel på skyldevne hos de utilregnelige medfører at det blir et spenningsforhold mellom reaksjonen og prinsippet om straffrihet. Hensynet til individets frihet gjør i tillegg at det i tråd med minste inngreps prinsipp i hver enkelt sak må vurderes om administrativ tvang kan tre i stedet for reaksjonen.

Sett fra et rettsosnologisk perspektiv kan det ikke utelukkes at også andre hensyn enn

samfunnsvernet kan ha motivert lovgiver til å utforme strl. § 39. Det vedtatte regelverket tyder på at hensynet til behandling av lovovertrедeren er en tilsiktet virkning. I tillegg er det fra lovgiverhold antatt å foreligge et behov for å gjengjelde lovovertrедelser for å opprettholde sosial ro i samfunnet. Det kan synes å være en utilsiktet virkning med særreaksjonen at den dekker deler av dette behovet.

## **4. Rettspolitisk vurdering**

### **4.1 Innledning**

I det følgende vil jeg gi en rettspolitisk vurdering av strl. § 39. Analysen av samfunnsvernvilkaoret og begrunnelsen for reaksjonen danner grunnlaget for vurderingen. I punkt 4.2 ser jeg nærmere på samfunnsvernvilkaoret. Deretter fremsetter jeg noen generelle innvendinger mot strl. § 39 i punkt 4.3. I punkt 4.4 redegjores det så for departementets endringsforslag. Avslutningsvis i punkt 4.5 presenterer jeg to alternative reformforslag.

### **4.2 Samfunnsvernvilkaoret de lege ferenda**

En kan spørre om lovgivers utforming av samfunnsvernvilkaoret – nødvendig for å verne samfunnet – er heldig i lys av de hensyn som gjør seg gjeldende. Som vist i kapittel 3 bygger bestemmelsen på en grunnleggende konflikt mellom ulike hensyn. På den ene siden står samfunnets beskyttelsesbehov. På den andre siden står blant annet hensynet til individets frihet og minste inngreps prinsipp.

Et nærliggende spørsmål er om den grunnleggende konflikten har fått en tilstrekkelig god løsning gjennom ordlyden i samfunnsvernvilkaoret. Ordlyden, som slår fast at bruken av reaksjonen må være ”nødvendig”, kan som nevnt i punkt 2.5.3 forstås som en påminner til rettsanvenderen om at terskelen for å idømme reaksjonen skal være høy.

Ordlyden kan på den annen side gi inntrykk av at bruk av reaksjonen er påtvingende. Sundby rettet i sin bok *Om normer* kritikk mot at rettsregler inneholdt henvisninger til såkalte modale markører som ”må” og ”nødvendig”. Slike begreper forutsetter alltid en avveining mellom motstridende hensyn, og kan således anklages for å dekke over de underliggende vurderingene og avveiningene som rettsanvenderen foretar. Sundby

fremhevet på denne bakgrunn at slike begreper virker tilslørende.<sup>151</sup>

Sundbys kritikk av modale markører er etter min vurdering meget interessant, men ikke direkte overførbar til lovteksten i strl. § 39. Vurderingstemaet er ikke her hvorvidt det er ”nødvendig”, men om det ”anses nødvendig for å verne samfunnet”. Bruken av termen ”anses” innebærer at det i en viss grad tydeliggjøres at det er tale om en vurdering. Begrepsbruken ”for å verne samfunnet” viser i tillegg at lovgiver har angitt noen retningslinjer for vurderingen av om bruken er ”nødvendig”.

Et spørsmål er likevel om lovgiver burde gått lenger i positivt å angi hva som skal vurderes og avveies. Etter min mening må dette besvares bekreftende. Det skyldes at bruken av reaksjonen reelt sett dreier seg om et verdivalg.<sup>152</sup> Risikoen for samfunnet i det konkrete tilfelle må anses for høy, målt opp mot inngrepet i lovovertræderens frihet og hensynet til hans manglende skyldevne. I lovteksten er det imidlertid kun hensynet til samfunnsvernet som er tatt inn. En alternativ utforming kunne eksempelvis vært at idømmelsen av reaksjonen ”anses nødvendig ut fra en avveining av samfunnets behov for vern og lovovertræderens frihet”. En slik utforming ville i mindre grad tilslørt avveiningene som må foretas. Slik bestemmelsen er utformet i dag, gis vurderingen en legitimitet den ikke uten videre kan sies å ha. Sundbys innvending mot modale markører gjør seg derfor til en viss grad gjeldende også for strl. § 39.

Et annet spørsmål som oppstår er om det er heldig at lovgiver ikke har presisert hvor terskelen for inngrep skal gå, jf. punkt 2.5.3. Det skal påpekes at det kan være vanskelig for lovgiver å utforme noen generell inngrepsterskel. Å overlate vurderingen til domstolene kan begrunnes med at domstolene har et konkret faktum å forholde seg til. I et så verdiladet spørsmål som om hvorvidt samfunnet skal bruke særreaksjoner, ville det imidlertid vært hensiktsmessig at inngrepsterskelen ble nærmere presisert av lovgiver. Spesielt forholdet til alternative tiltak og vurderingen av gjentakelsesfare burde vært bedre forankret. Jeg vil i det følgende utdype dette.

Det er et gode at domstolene i tråd med minste inngreps prinsipp vurderer hvorvidt andre tiltak, som administrativ tvang, kan være tilstrekkelig for å verne samfunnet.

---

<sup>151</sup> Sundby (1974) side 219-220

<sup>152</sup> Jacobsen (2004) side 66



Som vist i punkt 2.5.3 og 2.5.4 har imidlertid Høyesterett i alle avgjørelser der samfunnsvernvilåret har vært vurdert, med ett unntak ikke ansett administrativ tvang som et tilstrekkelig tiltak. Illustrerende er allerede nevnte Rt-2006-1137. En glipp ved institusjonen, som medførte at vedkommende ble utskrevet, brukt som et argument for å idømme særreaksjonen. Risikoen for kapasitets- og behandlingsproblemer i psykiatrien er i rettspraksis således ikke plassert hos påtalemyndigheten og staten, men hos den utilregnelige selv.

Til forsvar for synspunktet om at manglende behandling og feil hos det offentlige skal legges lovovertrederen til last, har Jacobsen fremhevet at praksisen er forsvarlig siden det er samfunnets beskyttelsesbehov som legitimerer bruk av reaksjonen.<sup>153</sup>

Problemer med psykiatrien blir således et relevant moment i vurderingen av om særreaksjonen er nødvendig.

Selv om jeg forstår den overnevnte tankegangen, fremstår det etter min oppfatning som lite tilfredsstillende at kvaliteten på helsevernet, og den utilregneliges tilgang på behandling, kan medføre at personer som utgjør den samme samfunnsfaren i et tilfelle blir ilagt særreaksjonsdom, og i andre tilfeller ikke blir møtt med noen strafferettslige sanksjoner overhodet. Både lokale variasjoner, behandlingsprinsipper og de til enhver tid tilgjengelige ressurser kan da bli avgjørende for om lovovertrederen møtes med strafferettslige reaksjoner. Etter min oppfatning virker en slik praksis for vilkårlig, og den strider med grunnleggende rettferdighetsprinsipper. Det problematiske ved dette forsterkes også av at reaksjonen er prinsipielt sett tidsubestemt, og at det er mulig å overføre lovovertrederen til fengsel når han ikke lenger anses sinnslidende.

Et annet problem ved domstolenes praktisering av vilåret, er at graden av gjentakelsesfare, og hvor alvorlig handling det er fare for, synes avgjørende for om inngrepsterskelen er nådd. Gjentakelsesfare er både et moment i vurderingen av samfunnsvernvilåret og et selvstendig vilkår i bestemmelsen. Hvorvidt en slik oppbygning av en rettsregel er heldig rent teknisk sett kan diskuteres.<sup>154</sup> Det er imidlertid verdt å merke seg at det ikke er uvanlig at det samme vurderingstemaet både inngår som et vilkår og som et skjønnsmessig moment i en rettsregel. Et eksempel er

---

<sup>153</sup> Jacobsen (2004) side 61

<sup>154</sup> Jacobsen (2004) side 58

omgåelsesnormen i skatteretten, der skatteytters formål både er et grunnvilkår for gjennomskjæring og et moment i den skjønsmessige helhetsvurderingen.<sup>155</sup>

Utover det rent retstekniske knytter det seg imidlertid problemer til gjentakelsesfarevurderingens treffsikkerhet, og til det prinsipielle grunnlaget for den. Dette er generelle innvendinger mot reaksjonen, og ikke mot samfunnsvernvilket, og behandles derfor nærmere nedenfor.

### 4.3 Generelle innvendinger mot reaksjonen

Jeg vil i det følgende fremsette noen generelle innvendinger mot reaksjonen, og starter med treffsikkerhetsspørsmålet knyttet til fareprediksjon.

Beviskravet for at faren for tilbakefall skal anses tilstrekkelig er som nevnt enten ”*nærliggende fare*” i første alternativ eller ”*særlig nærliggende fare*” i annet alternativ. Hvis man ikke med ganske stor sikkerhet kan fastslå at det foreligger gjentakelsesfare, fremstår det lite rimelig å idømme reaksjonen. Høyesterett har slått fast at farekravet i første alternativ innebærer faren må være ”*kvalifisert og reell*”, og at det stilles enda strengere krav etter annet alternativ.<sup>156</sup> På bakgrunn av den kritikken som er reist mot fareprediksjon synes det imidlertid tvilsomt om vurderingen som domstolene foretar har et tilstrekkelig fundament, og om vurderingen kan tilfredsstillende kravene lovgiver og Høyesterett har stilt opp, jf. over punkt 3.3.3.

Treffsikkerhetsproblemene medfører at rettsanvenderen står overfor et dilemma ved fareprediksjon. Dilemmaet oppstår ved idømmelsen av alle særreaksjonene, herunder forvaring. Selv om bestemmelsene til dels inneholder ulike farevurderinger, er de alle basert på vurderingen av fremtidige forhold.

Hvis rettsanvenderen er av den oppfatning at det ikke er mulig å predikere fare med den grad av sikkerhet som loven forespeiler, står hun ovenfor to muligheter. Hun kan for det første velge å legge til grunn sitt prinsipielle syn om at kravene lovgiver har satt til treffsikkerheten av fareprediksjon ikke er mulig å oppfylle. Resultatet blir da at særreaksjonene aldri blir idømt, til tross for lovgivers oppfatning om at det finnes særlige farlige lovovertridere som må uskadeliggjøres. Dette vil fort fremstå som en lite

---

<sup>155</sup> Se til illustrasjon Rt-2006-1232 avsnitt 47

<sup>156</sup> Rt-2006-1143 avsnitt 21

lovgiverlojal rettsanvendelse.

For det andre kan hun, på tross av sitt prinsipielle syn, likevel velge å idømme reaksjonene. Dette vil imidlertid kunne fremstå som inkonsekvent. Et eksempel fra forvaringsområdet er handlemåten til tidligere høyesterettsdommer Coward.<sup>157</sup>

I hennes dissens i innstilling til straffeloven 2005 begrunner hun sitt forslag om å avikle forvaringsordningen med at rettsanvenderen vil ”*måtte bygge på høyst usikre vurderinger av lovbrüterens farlighet i fjern fremtid*”.<sup>158</sup> Som førstvoterende i en forvaringssak, Rt-2002-1667, kommer imidlertid Coward med tilslutning fra flertallet til at farevilkåret i strl. § 39 c første alternativ er oppfylt. Kravet her er i likhet med § 39 første alternativ ”*nærliggende fare*”. Såfremt Coward måtte bygge på det hun selv fremhever som høyst usikre vurderinger, kan neppe farekravet i bestemmelsen rent språklig sies å være oppfylt.

Til forsvar for Coward skal det fremheves at man her står overfor to ulike spørsmål. I innstillingen til straffeloven 2005 gis det uttrykk for et rettspolitisk syn, mens hun som dommer anvender et regelsett som er vedtatt. Like fullt fremstår vurderingene som inkonsekvente.

En måte å bøte på problemene med fareprediksjon, kan være å la vurderingen av om samfunnsvernsvilkåret er oppfylt avgjøres av mer objektive kriterier som lovovertrædelsens grovhet. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor i punkt 4.5.3.

En annen løsning kan være å lempe på ordlydens krav til gjentakelsesfare. I stedet for at lovgiver senker beviskravet gjennom å endre ordlyden, er trolig det som skjer i dag at rettsanvenderen senker det i praksis. Et grunnleggende problem med dette er at det ikke blir tydeliggjort i lovteksten at farevurderingen er mer usikker enn loven gir uttrykk for. Dette medfører igjen at usikkerheten ved vurderingen ikke blir kommunisert utad. Det relativt høye kravet til gjentakelsesfare i ordlyden er språklig sett således villedende.

Etter min oppfatning er det grunn til å tro at ordlyden i særreaksjonene stiller opp et såpass høyt krav til gjentakelsesfare, fordi det oppfattes som problematisk å idømme særreaksjoner basert på det Coward omtaler som ”*høyst usikre vurderinger av*

---

<sup>157</sup> Løvlie (2004) side 118

<sup>158</sup> NOU 2002:4 kapittel 8.1.1

*lovbryterens farlighet i fjern fremtid*".<sup>159</sup> Jeg vil i det følgende forfølge dette prinsipielle sporet.

Hvilken rett har vi som samfunn til å ilegge tidsubestemte særreaksjoner overfor såpass mange faktisk ufarlige – falske positive – for å sikre oss mot noen få farlige?

I rettsoslogisk litteratur drøftes dette gjerne som et aspekt ved prinsippspørsmålet for særreaksjoner.<sup>160</sup> Mathiesen har fremhevet at det er prinsipielt betenkelig at særreaksjonene brukes til tross for usikkerheten ved fareprediksjon, som medfører at falske positive sperres inne.<sup>161</sup> Selv om reaksjonene ikke er straff, står særreaksjoner basert på usikker fareprediksjon seg dårlig i forhold til prinsippet om at *"det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt"*.<sup>162</sup> Jeg er langt på vei enig i dette.

Et annet generelt ankepunkt mot reaksjonene som har vært fremhevet, er de moralske problemene med å dømme folk på bakgrunn av fremtidige lovbrudd.<sup>163</sup> Det innebærer en forhåndsdom over deres fremtidige handlinger. Det å bruke inkapasitering overfor utilregnelige lovbrutere, basert på fremtidig fare, medfører sannsynligvis noe med de aktuelle personenes selvbilde. De har fått et stempel som *"farlige"*. Jeg er redd dette kan bli en selvoppfyllende profeti.

Også samfunnets oppfattelse av gruppen, vårt virkelighetsbilde, kan påvirkes av at vi stempler enkelte lovovertredere som farlige. Mange antar at mennesker med psykiske lidelser utgjør en nærmest akutt risiko for andre. Et eksempel er SVs Inga Marte Thorkildsen, som stilte følgende retoriske spørsmål om utilregnelige lovovertredere under Odelstingets debatt i forbindelse med vedtakelse av straffeloven 2005: *"Hvordan skal Høyre sikre oppfølging av denne gruppa, slik at vi ikke slipper tikkende bomber rett ut på gata?"*<sup>164</sup> Begrepsbruken tikkende bomber gir inntrykk av at vår tankegang om denne gruppen er preget av fatalisme – det er kun et tidsspørsmål før det smeller. Det kan i det hele tatt spørres om ikke bruk av særreaksjoner som strl. § 39 bidrar til å skape et fiendebilde og stigmatisering av alle mennesker med psykiske lidelser.<sup>165</sup> I lys

---

<sup>159</sup> l.c

<sup>160</sup> Mathiesen (2007) side 126

<sup>161</sup> Ibid side 161-162

<sup>162</sup> Warberg (2003) side 241

<sup>163</sup> Mathiesen (2007) side 129

<sup>164</sup> Referert av Syse (2006), se fotnote 23

<sup>165</sup> Syse (2006) side 147

av disse innvendingene vil jeg nedenfor ta for meg departementets forslag om å utvide virkeområdet til reaksjonen.

#### **4.4 Forslaget om å utvide virkeområdet til reaksjonen**

##### *4.4.1 Innledning*

Høsten 2010 sendte Justis- og politidepartementet ut et forslag om å utvide virkeområdet for strl. § 39.<sup>166</sup> Etter at det har vært gjennomført en høringsrunde, ligger saken nå igjen hos departementet. Det er usikkert om og eventuelt når det vil bli behandlet av Stortinget.

Bakgrunnen for departementets forslag er anbefalinger fra Mælandutvalget.<sup>167</sup> Forslagene kommer i tillegg til dagens ordning, og går ut på å utvide særreaksjonene i to henseender. For det første skal flere lovovertrедelser omfattes av dagens tidsubestemte ordninger med tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg. For det andre skal det utformes en ny reaksjon om tvungent psykisk helsevern for personer som har begått mindre alvorlig kriminalitet. Denne reaksjonen skal være tidsbestemt.<sup>168</sup>

##### *4.4.2 Endringsforslaget*

Departementets forslag ble av flere aktører, herunder riksadvokaten, oppfattet som uoversiktlig.<sup>169</sup> Det første forslaget, som går ut på å utvide virkeområdet for dagens ordning, er omtrent ikke omtalt i høringsnotatet. Det er ikke utformet noen lovtekst. Det fremgår imidlertid i begynnelsen av notatet at utvidelsen gjelder "*kriminalitet som har karakter av integritetskrenkelser og som gjentatt rammer samme person på en slik måte at det har karakter av systematisk forfølgelse*".<sup>170</sup> Forslaget er ikke presisert utover dette. I og med at det er tale om en utvidelse av dagens ordning, vil reaksjonen være tidsubestemt og gjennomføres på samme måte som i dag.

Det andre forslaget går ut på å innføre en ny særreaksjon som skal hete "*overføring til tidsbegrenset tvungent opphold i psykisk helsevern*". Reaksjonen skal ramme lovbrytere

---

<sup>166</sup> Justis- og politidepartementet, høringsbrev (2010)

<sup>167</sup> Mælandutvalget (2008)

<sup>168</sup> Justis- og politidepartementet, høringsnotat (2010) side 3

<sup>169</sup> Riksadvokaten (2011)

<sup>170</sup> Justis- og politidepartementet, høringsnotat (2010) side 3

som ”*har begått flere forbrytelser av særlig samfunnskadelig eller plagsom art*”.<sup>171</sup>

Reaksjonen er tidsbegrenset til 6 måneder, og kan ikke forlenges. Imidlertid vil den domfelte kunne overføres til administrativ tvangsinnleggelse. Gjennomføringen av reaksjonen vil skje i helsevernet. Mulige virkemidler som skal brukes i behandlingen er utredning, avrusning, medisiner, skjerming og annen tvangsbruk. I tillegg åpnes det for informasjonsutveksling mellom en rekke offentlige etater for å sikre ettervern. Politiet og NAV er to av etatene som skal involveres.<sup>172</sup>

Et minstekrav for å skulle ilegge den nye særreaksjonen, er at lovovertrederen har begått lovbrudd av et ”*visst omfang*”. Med dette mener departementet ”*et betydelig antall lovbrudd over noe tid*”. Den nye lovteksten vil ikke inneholde noen uttømmende regulering, men de mest aktuelle lovbruddene som vinningslovbrudd og skadeverk skal nevnes eksplisitt.<sup>173</sup>

Ytterligere krav vil være at lovbruddene anses å være av ”*særlig samfunnskadelig eller plagsom karakter*”, slik at bl.a. mindre alvorlige vinningsforbrytelser faller utenfor. I tillegg må reaksjonen være ”*nødvendig for å verne samfunnet*”. Dagens samfunnsvern vilkår er således tatt med. Det vil også bli stilt krav til gjentakelsesfare, den må være ”*særlig nærliggende*”, og departementet innrømmer at man har få andre holdepunkter for å forutsi fremtidig adferd enn den allerede begåtte kriminalitet.<sup>174</sup> Det nye alternativet synes i det vesentlige bygget over samme list som dagens bestemmelse, med de viktige unntak at den er tidsbestemt og omfatter mindre alvorlig kriminalitet.

#### 4.4.3 Vurdering

Departementets reformforslag innebærer at flere utilregnelige lovovertredere vil bli møtt med strafferettslige sanksjoner. Virkeområdet utvides til også å gjelde kriminalitet som ikke truer andres liv, helse og frihet. Forslaget bryter således med grunntanken for dagens ordning, at særreaksjoner grunnet deres inngripende karakter skal være forbeholdt den alvorligste kriminaliteten og kun omfatte en liten gruppe. Så sent som i forarbeidene til straffeloven 2005 stod departementet fast på denne linjen:

*”Etter departementets syn taler de beste grunner for at det bør søkes løsninger innen helsevesenet for*

---

<sup>171</sup> ibid side 4

<sup>172</sup> ibid side 6 følgende

<sup>173</sup> ibid side 4-6

<sup>174</sup> l.c.

*utilregnelige som begår klart samfunnsskadelig, men ikke farlig kriminalitet: Særreaksjoner bør i prinsippet reserveres for lovbrøtere som kan være farlige for andres liv, helse eller frihet.*<sup>175</sup>

Den uttalte begrunnelsen for at departementet nå bryter med denne linjen, er at en gruppe utilregnelige lovovertredere faller mellom to stoler, og således har ”fribillett” til kriminalitet. De oppfyller ikke vilkårene for administrativ tvang, og kan heller ikke ilegges særreaksjon etter dagens regelverk.<sup>176</sup> Det siste er utvilsomt riktig, da kriminaliteten ikke er alvorlig nok til å kunne gi særreaksjon etter dagens strl. § 39.

At vilkårene for administrativ tvang ikke skulle være oppfylt er langt mer tvilsomt. Som vist i punkt 3.5.3 er hovedvilkåret om alvorlig sinnslidelse i phlsvl. § 3-3 tredje ledd normalt oppfylt for personer som er straffrie etter strl. § 44 første ledd. Dette er imidlertid annerledes med farevilkåret, som kun omfatter andres liv og helse. En del av den kriminaliteten som departementet nå ønsker å ramme, som for eksempel vinningsforbrytelser, vil således ikke kunne gi grunnlag for administrativ tvangsinnleggelse på grunnlag av farealternativet. Behandlingsalternativet i psykisk helsevernloven § 3-3 tredje ledd vil imidlertid kunne være oppfylt, da det er tale om alvorlig sinnslidende personer med behandlingsbehov. Rettspsykiater og tidligere leder av Den rettsmedisinske kommisjon. Randi Rosenqvist, kommenterte departementets virkelighetsbeskrivelse slik:

*”[A]t det er noen lovbrøtere som er for syke til å straffes, men for friske til å behandles, er en tabloid misforståelse. Men det medfører nok riktighet at en del slike lovbrøtere ikke blir prioritert i psykiatriske sengeinstitusjoner, med da på grunn av plassmangel og ikke på grunn av manglende hjemmel.*<sup>177</sup>

Det er tankevekkende at en såpass sentral rettspsykiater mener problemet ikke knytter seg til vilkårene, men til plassmangel i psykiatrien. Departementets forslag vil bøte på dette problemet ved å sikre at den utvalgte gruppen får sengeplasser i psykiatrien, fordi særreaksjonsdømte ikke kan utskrives av institusjonene selv. En slik praksis er etter mitt syn tvilsom av minst tre grunner. For det første flyttes ressursene i psykiatrien over til å sperre inne de ”plagsomme”. En utilsiktet virkning vil kunne bli at det legges beslag på ressurser som ellers skal gå til de ”farlige” og dem med størst behandlingsbehov. For det andre vil de skisserte forslagene møte på de samme problemene med fareprediksjon som

---

<sup>175</sup> Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) side 339

<sup>176</sup> Justis- og politidepartementet, høringsnotat (2010) side 4

<sup>177</sup> ibid side 3

dagens ordning. For det tredje er i tillegg de prinsipielle innvendingene mot å bruke særreaksjoner ved mindre alvorlig kriminalitet større. Treffsikkerhetsproblemene gjør at også falske positive vil bli ilagt reaksjonen.

Hensynet til samfunnsvern er ikke særlig sentralt ved mindre alvorlig kriminalitet som for eksempel vinningsforbrytelser. Det er da ikke tale om fundamentale goder som liv, helse og frihet. Utvidelsene underminerer etter mitt syn også prinsippet om straffrihet for utilregnelige. Når dette prinsippet ikke lenger synes å ha like stor betydning, er det i tillegg grunn til å undres over hvorfor man ikke heller bruker mer rendyrkede strafferettslige virkemidler overfor gruppen, som bøter og tidsbestemt fengselsstraff.<sup>178</sup> Det er ikke gitt at utilregnelige lovovertridere vil oppleve særreaksjonen som et mindre onde enn alminnelig straff.

Departementet skriver i høringsbrevet at det ”*tar i første omgang bare sikte på*” de skisserte utvidelsene. Dette er således neppe den siste utvidelsen. Forslaget er i så måte en god illustrasjon på et fundamentalt problem med bruk av særreaksjoner for å eliminere fremtidig risiko: Hvor skal vi stoppe? Etter min oppfatning går forslaget om å utvide virkeområdet til reaksjonen for langt sett hen til de godene man søker å verne. Forslaget bør derfor ikke gjennomføres.

## **4.5 Alternative reformforslag**

### *4.5.1 Innledning*

Kritikk mot den til enhver tid rådende kriminalpolitikk blir ofte møtt med innvendingen om at kritikken må følges opp med konkrete og gjennomførbare alternativer. Det burde være klart for enhver som operer innenfor strafferettsfeltet at kritikk har en egenverdi. Likevel skal jeg skissere to alternative reformforslag.

### *4.5.2 Det sivile sporet – samfunnsvern uten bruk av særreaksjoner*

Et nærliggende alternativ til dagens ordning er å avskaffe reaksjonen, og i stedet bruke administrativ tvang eller frivillig behandling for å verne samfunnet. Dette innebærer at reaksjonen flyttes fullstendig ut av strafferettsapparatet, og kan således omtales som det sivile sporet.

---

<sup>178</sup> Syse (2006) side 174



Utgangspunktet for alle inngrep overfor mennesker med psykiske lidelser bør være at samfunnet tilbyr dem frivillig behandling. Det må påses at psykiatrien er tilført tilstrekkelig ressurser til å kunne gjennomføre dette. Uansett hvor godt det frivillige tilbudet kan bli, er det etter min oppfatning grunn til å tro at frivillig behandling ikke i tilstrekkelig grad kan beskytte samfunnet overfor alle personene som er i målgruppen for særreaksjonen i strl. § 39. Det kan både skyldes at personene ikke er samtykkekompetente eller motsetter seg slik behandling.

Der frivillig behandling ikke er mulig, bør det etter min oppfatning være adgang til å ta i bruk administrativ tvang for å verne samfunnet. Spørsmålet er om samfunnsvernet i tilstrekkelig grad kan ivaretas på denne måten, eller om også det strafferettslige sporet må tas i bruk.

Gjennomgangen i punkt 3.5.3 viste at samfunnsvernet i stor grad ivaretas gjennom reglene om administrativ tvang, men at særreaksjonen på enkelte punkter gir økt vern. Det økte vernet er imidlertid for meg ikke nok til å begrunne bruk av en prinsipielt sett tidsbestemt strafferettslig reaksjon. Dette skyldes et verdivalg, hvor jeg vektlegger følgende forhold: I den grad helsevernet ikke i tilstrekkelig grad er egnet til å beskytte samfunnet, mener jeg at det fremstår som en bedre løsning å styrke det psykiske helsevernet enn å bruke særreaksjoner. Å flytte reaksjonen ut av strafferettssystemet vil også dempe spenningsforholdet mellom den og prinsippet om straffrihet for utilregnelige. Dagens reaksjon, sammenholdt med endringsforslaget, går etter min oppfatning alt for langt i å uthule dette prinsippet. I tillegg mener jeg at vi som samfunn i større grad må akseptere at det ikke er mulig å beskytte oss mot all fare. Større aksept for risiko synes nødvendig for å ivareta hensynet til lovovertræderens frihet.

#### *4.5.3 Tidsbestemt særreaksjon basert på gjerningens grovhet*

Hvis det ikke er mulig å ivareta samfunnsvernet i tilstrekkelig grad gjennom det sivile sporet, mener jeg det er grunn til å vurdere om ikke vilkårene for å ilegge dagens reaksjon bør reformeres.

Et alternativ til å erstatte reaksjonen med administrativ tvang, kunne være en særreaksjon basert på lovovertrædelsens grovhet. I lys av problemene med både fareprediksjon og med vurderingen av om administrativ tvang er tilstrekkelig, vil jeg

hevde at det nevnte synspunktet til Christie om at ”[k]anskje vi i stedet fullt ut skulle se bakover, la oss lede av den begåtte gjerningens grovhet, og så la dommeren foreta de valg som så likevel må fattes i blinde”<sup>179</sup>, fremstår som en bedre løsning.

Prinsippene om forholdsmessighet mellom handling og reaksjon søker å ivareta viktige rettferdighetshensyn. Dette taler for å legge økt vekt på gjerningen. Selv om en slik vurdering selvfølgelig også ville måtte bli skjønnsmessig, inneholder den færre usikre komponenter enn dagens ordning.

Et problem ville likevel være at reformen fort ville lede til at enda flere utilregnelige ble idømt reaksjonen. Dette problemet kunne imidlertid blitt dempet både gjennom å innføre en tidsbestemt reaksjon, og ved å forbeholde bruken av den til de absolutt alvorligste forbrytelsene, som drap og drapsforsøk. Ved utformingen kan man ta utgangspunkt i gjerningens grovhet, og se hen til hva en tidsbestemt straff normalt ville vært. For å sikre seg mot for omfattende bruk av reaksjonen, kunne domstolene i tillegg fått kompetanse til å avstå fra å ta reaksjonen i bruk. Da står man igjen med en gradert tidsbestemt reaksjon som gjennomføres i psykiatrien. Reglen vil trolig bli enklere å praktisere enn dagens ordning. En slik reaksjon vil også i større grad ivareta balansen mellom samfunnsvernet og individets frihet. Ordningen vil imidlertid ikke dempe spenningsforholdet mellom prinsippet om skyldene og strafferettslige reaksjoner. Således er det sivile sporet å foretrekke.

---

<sup>179</sup> Christie i NOU 1974:17 side 133

## 5. Litteraturliste

### 5.1 Lover, forskrifter, konvensjoner m.v.

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1948 FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (Universal Declaration of Human Rights), vedtatt den 10. desember 1948 av De Forente Nasjoners tredje Generalforsamling.
- 1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. november 1950.
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
- 1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 07. februar 1999 nr. 62.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30.
- 2005 Straffeloven 2005. Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005.
- 2006 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne av 13. desember 2006.
- 2006 Forskrift om etablering av tvungent psykisk helsevern mv av 15. desember 2006. Helse- og omsorgsdepartementet.
- 2008 Kongelig resolusjon av 7. mars 2008 gitt i medhold av straffeloven 2005 § 411.

### 5.2 Rettspraksis

#### Høyesterett

Rt-2002-990

Rt-2002-1667

Rt-2003-1085

Rt-2004-1119

Rt-2005-1091

Rt-2006-1137

Rt-2006-1232

Rt-2008-549

Rt-2010-346

HR-2010-2066-U

Lagmannsrettene

LB-2003-19698

LG-2004-1155

LB-2004-57768

LB-2005-10986

LB-2007-152174

LB-2010-106274

**5.3 Forarbeider**

NOU 1974:17

Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner. Straffelovrådet.

NOU 1983:57

Straffelovgivningen under omforming.  
Straffelovkommisjonens delutredning I.

NOU 1990:5

Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner  
Straffelovkommisjonens delutredning IV  
(Særreaksjonsutvalget).

NOU 1992:23

Ny straffelov – alminnelige bestemmelser.  
Straffelovkommisjonens delutredning V.

Ot.prp.nr. 87 (1993-1994)

Straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

Innst.O.nr. 34 (1996-1997)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

- Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.
- NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII.
- NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m.
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

## 5.4 Litteratur

### 5.4.1 Bøker

- Andenæs, Johs (2004). *Alminnelig Strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Universitetsforlaget.
- Bergo, Knut (2000). *Høyesteretts forarbeidsbruk*. Cappelen akademisk, Oslo.
- Eckhoff, Torstein (2001). *Rettskildelære*. 5 utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo.
- Eskeland, Ståle (2006). *Strafferett*. 2. utgave. Cappelen Akademisk, Oslo.
- Gullbrå, Torstein (2004). *Dømt til behandling – om ansvarsforholda under gjennomføring av særreaksjonen tvungent psykisk helsevern*. Fagbokforlaget, Bergen.
- Høyer, Georg og Dalgard, Odd Steffen (2002). *Lærebok i rettspsykiatri*. Gyldendal akademisk, Oslo.
- Jacobsen, Jørn RT (2004). *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern*. Fagbokforlaget, Bergen.
- Mathiesen, Thomas (2005). *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*. Pax, Oslo.
- Mathiesen, Thomas (2007). *Kan fengsel forsvares?* 3. utgave, Pax, Oslo.
- Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders (red.) (2003) *Straffeloven kommentarutgave. Første del. Almindelige Bestemmelser*. 2. utgave, Oslo. Knut H. Kallerud har skrevet kommentarene til strl. § 39, inntatt på side 288-302.
- Sundby, Nils Kristian (1974). *Om normer*. Universitetsforlaget, Oslo.
- Syse, Aslak (1996). *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete*. Gyldendal, Oslo, 2 utg. Medforfattere Dag Skogheim og Bjørn K. Straum.

Warberg, Lasse (2003). *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern*. I: Andenæs, Kristian og Papendorf, Knut (red.) *Fortsatt uferdig. Festskrift til Thomas Mathiesen*. Unipax, Oslo.

#### 5.4.2 Artikler

Elde, Stine (2010). *Opinion og rettssikkerhet*. Kritisk Juss 2010 nr. 1.

Frøberg, Thomas (2010). *Prinsippstyring av strafferettspolitikken*. Kritisk Juss 2010 nr. 1, side 38-63.

Horn, Thomas (2011). *Varetekt som risikoøvelse*. Kritisk Juss 2011 nr. 1.

Husabø, Erling Johannes (2003). *Pre-aktiv strafferett*. Tidsskrift for Strafferett 2003 nr.1 side 97-106.

Løvlie, Anders (2005). Bokanmeldelse av Jacobsen, Jørn RT: *Dom på overføring til tvunget psykisk helsevern – Straffeloven § 39*. Tidsskrift for Strafferett 2005 nr. 3 [sitert fra [www.reettsdata.no](http://www.reettsdata.no) 02.02.2011].

Løvlie, Anders (2008). *ADHD som straffutmålingselement*. Kritisk Juss 2008 nr. 1, side 36-51.

Syse, Aslak (1997). *Dømt til behandling - frikjent til fengsel. Nye strafferettslige ansvarsregler og særreaksjoner*. Nytt i strafferetten nr. 1 1997, side 21 følgende.

Syse, Aslak (2006). *Strafferettslig (u)tilregnelighet juridiske, moralske og faglige dilemmaer*. Tidsskrift for strafferett 2006, side 141 følgende.

#### 5.5 Nettdokumenter

Mælandutvalget (2008). *Etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring*. Sitert fra [http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Rapporter/G-0400\\_Maeland.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Rapporter/G-0400_Maeland.pdf) [sitert 15.02.2011].

Den rettsmedisinske kommisjon (2011). *Høringsuttalelse*. Sitert fra <http://www.regjeringen.no/pages/14411046/Denrettsmedisinskekommisjon.pdf> [sitert 29.03.2011].

Justis- og politidepartementet. *Høringsbrev* (22.10.2010). Sitert fra

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing--utvidelse-av-virkeområdet-for-st/horingsbrev.html?id=621537> [sitert den 30.03.2011]

Justis- og politidepartementet – høringsnotat (oktober 2010). *Utvidelse av virkeområdet for strafferettslige særreaksjoner for utilregnelige som begår vedvarende og samfunnsskadelig kriminalitet*. Sitert fra

[http://www.regjeringen.no/pages/14411047/Horingsnotat\\_Saerreaksjoner.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/14411047/Horingsnotat_Saerreaksjoner.pdf) [sitert den 30.03.2011].

Løvlie (2004). *Beviskrav for bevistema med prediksjonselement*. Studentavhandling ved Det juridiske fakultet, UiO. Sitert fra

<http://www.duo.uio.no/publ/jus/2004/22179/AUTO/22179.pdf> [sitert 22.04.2011].

Riksadvokaten (2011). *Høringsuttalelse*. Sitert fra

[http://www.regjeringen.no/pages/14411046/Riksadvokaten\\_P.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/14411046/Riksadvokaten_P.pdf) [sitert den 30.03.2011]

Riksadvokaten (2001). *Rundskriv 4/2001*. Sitert fra

[www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?vedlegg=331](http://www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?vedlegg=331) [sitert 22.04.2011]

Rosenqvist, Randi (2011). *Høringsuttalelse*. Sitert fra

<http://www.regjeringen.no/pages/14411046/RandiRosenqvist.pdf> [sitert den 30.03.2011]

VG (2006). *”FrP: Somalieren bør dømmes nå”*. Artikkel av 15.03.06. Sitert fra

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=137697> [sitert den 12.03.2011].

## 6. Vedlegg: § 39 i straffeloven av 1902

### Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

*§ 39 Når det anses nødvendig for å verne samfunnet, kan en lovbryter som er straffri etter § 44 første ledd overføres til tvungent psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven kapittel 5. Avgjørelsen i sak om overføring treffes ved dom, og overføring kan bare skje når vilkårene i nr 1 eller nr 2 er oppfylt:*

- 1. Lovbryteren har begått eller forsøkt å begå en alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse, ildspåsettelse eller en annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare. I tillegg må det antas å være en nærliggende fare for at lovbryteren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet. Ved farevurderingen skal det legges vekt på den begåtte forbrytelsen sammenholdt særlig med lovbryterens atferd, sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne.*
- 2. Lovbryteren har begått eller forsøkt å begå en mindre alvorlig forbrytelse av samme art som nevnt i nr 1, og tidligere har begått eller forsøkt å begå en forbrytelse som nevnt der, og det må antas å være en nær sammenheng mellom den tidligere og den nå begåtte forbrytelsen. I tillegg må faren for tilbakefall til en ny alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet, antas å være særlig nærliggende.*