

# **Vilkårene for forvaring**

Kandidatnr: 379 og 442

Veileder: Ståle Eskeland

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 25625 ord

Dato: 25. november 2003

## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b><u>EMNET OG PROBLEMSTILLING</u></b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b><u>HISTORIKK</u></b>	<b>2</b>
<b>3</b>	<b><u>RETTSKILDER</u></b>	<b>4</b>
3.1	GRUNNLOVEN OG EMK	5
3.2	ORDLYDEN	9
3.3	RETTSPRAKSIS	11
3.4	FORARBEIDER	13
3.5	JURIDISK TEORI OG RUNDSKRIV FRA RIKSADVOKATEN	14
3.6	VERDIVURDERINGER/REELLE HENSYN	14
<b>4</b>	<b><u>DE MATERIELLE VILKÅR</u></b>	<b>17</b>
4.1	KRAV TIL LOVBRUDDETS ART	17
4.1.1	ORDLYDEN	17
4.1.2	"ALVORLIG" FORBRYTELSE	18
4.1.3	"KRENKET ANDRES LIV, HELSE ELLER FRIHET, ELLER UTSATT DISSE RETTSGODENE FOR FARE"	21
4.1.4	LOVBRUDDSKATEGORIENE I STRL. § 39 C NR 1	27
4.1.5	"MINDRE ALVORLIG FORBRYTELSE AV SAMME ART" I STRL. § 39 C NR 2	47
4.1.6	KRAV TIL TIDLIGERE BEGÅTT FORBRYTELSE	49
4.2	FARE FOR GJENTAGELSE	51
4.2.1	GJENTAGELSESFARE I STRL. § 39 C NR 1	52
4.2.2	GJENTAGELSESFARE I STRL. § 39 C NR 2	56
4.2.3	NÅR MÅ FAREN FOR GJENTAGELSE FORELIGGE?	58
4.2.4	SAMMENLIGNING SIKRING	59
4.3	BESKYTTE SAMFUNNET	62

4.4	HELHETSVURDERING	64
<u>5</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDET FOR FORVARING SAMMENLIGNET MED SIKRING</u>	<u>65</u>
<u>6</u>	<u>VURDERING</u>	<u>67</u>
6.1	DEN VAGE ORDLYDEN I STRL. § 39 C.	67
6.2	PROBLEMER I FORHOLD TIL VILKÅRET OM GJENTAGELSESFARE	70
6.3	BØR MAN HA FORVARING SOM STRAFF?	73
<u>7</u>	<u>KILDER</u>	

## 1 Emnet og problemstilling

Forvaring etter strl. § 39 c er en ny type straff som trådte i kraft 1. januar 2002. Reaksjonen innebærer ”forvaring i anstalt under Kriminalomsorgen”, jf strl. § 39 c første ledd. Forvaring avløser sikring som særreaksjon for tilregnelige lovbytere. Ved innføringen av forvaring ble tidligere strl. § 39 opphevet. Forvaring vil ha visse tidsrammer ved at det bør settes en minstetid, og skal settes en lengstetid, jf strl. § 39 e. Straffen er likevel tidsubestemt i den forstand at den kan forlenges etter domstolsprøvelse av om vilkårene fremdeles foreligger, jf strl. § 39 e. Forvaring vil derfor gi samfunnet et sterkere vern mot lovbyteren enn tidsbestemt straff. I prinsippet kan lovbyteren holdes i forvaring resten av livet. Det er forutsatt at forvaring skal ha et annet innhold enn fengselsstraff, med oppfølging fra ulike faggrupper og bedre bemanning i fengselet<sup>1</sup>. I dag finnes det én forvaringsanstalt i Norge, Ila fengsel, forvaring og sikringsanstalt utenfor Oslo.

I denne oppgaven vil vi redegjøre for vilkårene for å bli idømt forvaring. Vi vil også sammenligne med sikring, der vi mener dette vil kunne belyse forvaring. I denne forbindelse er det interessant å se på hvorvidt forvaring favner videre eller snevrere, og om forhold som ble kritisert ved sikring er forbedret.

Forvaring kan ikke idømmes i tillegg til fengselsstraff. Sikring ble ikke regnet som straff, og tilregnelige lovbytere ble idømt både sikring og fengselsstraff. Ved innføringen av forvaring har man således gått fra et dobbeltsporet til et enkeltsporet system. I motsetning til ved sikring, kan bare tilregnelige lovbytere idømmes forvaring. Dette har sammenheng med at forvaring, til forskjell fra sikring, er straff, jf strl. § 15. Utilregnelige lovbytere kan ikke idømmes straff, jf strl. § 44. Sikring er opphevet også

for utilregnelige, og vi har fått særreaksjonene tvungen overføring til psykisk helsevern, jf strl. § 39 og tvungen omsorg, jf strl. § 39 a. Strl. § 39 gjelder for lovbrøtere som er psykotiske eller bevisstløse. Strl. § 39 a gjelder for lovbrøtere som er psykisk utviklingshemmet i høy grad. Disse særreaksjonene regnes ikke som straff. Strl. §§ 39 og 39 a vil ikke bli nærmere behandlet. Vi tar som nevnt ikke sikte på en fullstendig redegjørelse for sikring, og vil bare sammenligne forvaring med sikring for tilregnelige lovbrøtere.

Sikring kunne bestå av ulike sikringsmidler, jf tidligere strl. § 39 første ledd, litra a – f. For vår drøftelse er det mest interessant å se på sikring ved ”fengslig forvaring”, jf tidligere strl. § 39 første ledd litra f. Det er denne delen av sikringsinstituttet som er erstattet med forvaring.

Som vi vil komme tilbake til nedenfor, ble domstolene etterhvert mer tilbakeholdne med å idømme sikring. På bakgrunn av dette er det noe usikkert hvilke lovbrudd som var omfattet av bestemmelsen på opphevelsestidspunktet. At praksis ble innsnevret må ses på som et produkt av samfunnsutviklingen, og er ikke ensbetydende med at bestemmelsen ikke lenger ga hjemmel for å idømme sikring. Vi vil imidlertid ikke gå inn på en slik drøftelse, men konsentrere vår sammenligning med hvordan sikring faktisk ble praktisert.

## **2 Historikk**

Kriminalloven av 1842 hadde ikke bestemmelser om særreaksjoner for tilregnelige. Særreaksjonene sikring og forvaring ble innført i straffeloven av 1902. Forvaring etter den tidligere strl. § 39 a er ikke det samme som forvaring i henhold til strl. § 39 c. Sikring ble imidlertid lite benyttet i rettspraksis før man i 1929 foretok en lovrevisjon,

---

<sup>1</sup> NOU 1990:5 s 111-112

og sikringsbestemmelsen fikk den utforming som den har hatt frem til de nye reglene om forvaring trådte i kraft i 2002. Sikring ble etter endringen i 1929 ofte benyttet i praksis.

Etter hvert ble sikringsinstituttet utsatt for skarp kritikk fra flere hold. Det begynte med Fængselsreformkomiteens innstilling av 1956 og ble fulgt opp av Straffelovsrådets NOU av 1974<sup>2</sup>. I løpet av 60-70-årene ble det gitt færre sikringsdommer<sup>3</sup>. På 50-60-tallet ble det avsagt ca 100 sikringsdommer i året av Høyesterett.<sup>4</sup> I NOU 1983:57 s 42 og s 97 ble det vist til at Høyesterett avsa om lag 30 sikringsdommer i året.

Kritikken mot sikringsinstituttet gikk på flere forhold ved ordningen. I henhold til tidligere strl. § 39 var det et vilkår at lovbruddet var begått ”i bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus (§ 45) eller under en forbigående nedsettelse av bevisstheden eller av en person med mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner”. De fleste tilregnelige som ble idømt sikring fikk karakteristikken ”mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner”. Kritikerne pekte på at det var svært stigmatiserende for den dømte å få en slik karakteristikk. Det ble også kritisert at de rettspsykiatriske sakkyndige skulle gi råd til retten med hensyn til om dette vilkåret var oppfylt, og derfor i realiteten var de virkelige dommerne. Kritikken gikk også på det faktum at reaksjonen kunne forlenges og var tidsubestemt. Det ble fremholdt at man burde forbeholde denne reaksjonen til de mest alvorlige tilfellene. Enkelte mente at reaksjonen var så belastende og urettferdig at den i sin helhet burde avskaffes for tilregnelige lovbrøyttere. Videre ble det også fremholdt at den faktiske mulighet for å forutsi fremtidig kriminalitet er lav. Dette var problematisk i forhold til vilkåret om gjentakelsesfare<sup>5</sup>.

I 1973 fremsatte Straffelovsrådet det første konkrete forslaget om å avskaffe sikringsinstituttet og erstatte det med nye særreaksjoner, herunder forvaring for tilregnelige lovbrøyttere, jf NOU 1974:17. Det gikk nesten 30 år før planene ble satt ut i

---

<sup>2</sup> FRKI 1956 og NOU 1974:17

<sup>3</sup> Røstad I Rett og Rettsal: Et festskrift til Rolv Ryssdal s 149 flg.

<sup>4</sup> Røstad I Rett og Rettsal: Et festskrift til Rolv Ryssdal s 152

<sup>5</sup> NOU 1974:17 s 127 og NOU 1990:5 s 105

livet. En av grunnene til at det tok så lang tid var at det ville innebære omfattende endringer i straffesystemet som krevde grundige utredninger. En annen grunn var at forslaget bygget på at sikring skulle avskaffes også for utilregnelige lovbrøyttere og erstattes med ordningene tvungen omsorg og tvungen overføring til psykisk helsevern. Disse ordningene tok det lang tid å planlegge.

Lovendringen kom i 1997 med lov 17. januar 1997 nr 11, basert på blant annet NOU 1974:17, Straffelovskommisjonen<sup>6</sup> og Særreaksjonsutvalget<sup>7</sup> sine utredninger. Det ble imidlertid bestemt at forvaring først skulle tre i kraft fra tidspunkt bestemt ved lov, jf lov 17. januar 1997 nr 11, del 2 nr 1.

Ved lov 15. juni 2001 nr 64 ble området for forvaring utvidet i forhold til lov av 17. januar 1997 nr 11, slik at forvaring på nærmere vilkår kunne idømmes på grunnlag av første gangs lovovertrødelse<sup>8</sup>. Loven trådte i kraft 1. januar 2002. Fra dette tidspunkt erstatter forvaring sikring for tilregnelige lovbrøyttere.

### **3 Rettskilder**

I oppgaven vil vi redegjøre for vilkårene for å bli idømt forvaring. For å finne frem til dette må vi ta utgangspunkt i de relevante rettskildedefaktorene, og tolke disse. Vi må også ta stilling til vektspørsmål for å finne frem til regelen i strl. § 39 c. I denne prosessen benytter vi alminnelig rettskildelære. Før vi går løs på drøftelsen av vilkårene i strl. § 39 c, finner vi det derfor hensiktsmessig å si litt om de ulike rettskildene.

---

<sup>6</sup> NOU 1983:57

<sup>7</sup> NOU 1990:5

<sup>8</sup> Ot.prp nr 46 2000-01 s 31 og Innst.O. nr 113 2000-01 s 10

### 3.1 Grunnloven og EMK

Strl. § 39 c må tolkes med de begrensninger som følger av grunnloven. Dette følger av det ulovfestede lex superior prinsippet, som innebærer at grunnloven er overordnet all lovgivning. Lex superior prinsippet har grunnlovs rang. Straffelovgivningen må på bakgrunn av dette ligge innenfor de grenser som grunnloven trekker opp. Ved eventuell motstrid mellom formell lov og grunnlov, vil grunnloven gå foran. Mer vanlig er imidlertid at man tolker lovgivningen slik at det ikke oppstår motstrid med grunnloven.

Legalitetsprinsippet krever at myndighetene må ha kompetanse for å gripe inn ovenfor borgerne<sup>9</sup>. Det kreves klarere hjemmel jo mer inngripende tiltaket er ovenfor borgerne. Hjemmelen kan finnes i annet enn lov, som for eksempel avtale. På strafferettens område er legalitetsprinsippet lovfestet i grl. § 96. I henhold til grl. § 96 kan ingen dømmes uten etter lov. Straff kan altså ikke idømmes på grunnlag av ren interesseavveining, avtale, sedvane eller lignende<sup>10</sup>. Innen strafferetten har man altså ikke noe annet kompetansegrunnlag enn lov. Dette er en sentral rettssikkerhetsgaranti for borgerne, fordi det betyr at Stortinget må ha tatt stilling til spørsmålet. Demokratihensyn tilsier at det er Stortinget som bør avgjøre hva som kan gi grunnlag for forvaring. At det må finnes hjemmel i lov hindrer også til en viss grad forskjellsbehandling og vilkårlighet. Domstolene vil måtte holde seg til de rammer straffelovgivningen setter.

I forhold til vår drøftelse er det interessant at lovskravet også forutsetter at strl. § 39 c må tilfredsstillende visse minimumskrav med hensyn til presisjonsnivået i lovteksten. Grl. § 96 stiller krav til lovgiver ved utformingen av loven. Noe annet er at dette presisjonskravet ikke er strengt, jf nedenfor. Som vi vil komme nærmere inn på, er det hensiktsmessig at domstolene i noe utstrekning bidrar til rettsutviklingen. Demokratihensyn tilsier imidlertid at det er lovgiver som skal gi hjemmel for å gripe inn med straff. Adgangen til delegasjon til domstolen er ikke ubegrenset<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett s 235 flg.

<sup>10</sup> Eskeland: Strafferett s 99 flg.

<sup>11</sup> Eskeland: Strafferett s 100 flg.



Kravet til presisjon gjør at borgerne gjennom loven vil få veiledning om hvilke handlinger som er belagt med straff, og hvilken reaksjon man kan vente seg. På denne måten ønsker man å ivareta hensynet til forutberegnelighet. Ved strl. § 39 c vil imidlertid hensynet til forutberegnelighet være underordnet, jf punkt 3.6. Videre er presisjonskravet ikke spesielt strengt. Loven er i alle tilfeller bare utgangspunktet. Ordlyden må alltid ses i sammenheng med de øvrige rettskilder for å fastlegge regelen.

Lovgiver kan vanskelig tenke seg alle tilfeller hvor det kan være behov å idømme forvaring. Et slikt forsøk vil resultere i en u håndterlig stor mengde tekst<sup>12</sup>. Samfunnsutviklingen tilsier også at det som i dag blir regnet som for eksempel en ”alvorlig” voldsforbrytelse, ikke nødvendigvis er det samme om 50 år. Oppfatningen av hva som er alvorlig kan ha endret seg. På bakgrunn av dette er det hensiktsmessig for lovgiver å bruke skjønnsmessige ord og uttrykk i loven. Lovgiver benytter seg derfor av det som kalles den syntetisk lovgivningsmetode. Faren her er imidlertid at fleksibiliteten går på bekostning av presisjonsnivået. Når hensynet til klarhet står mot hensynet til å dekke tilfeller som bør omfattes, må man ha i bakhodet at strl. § 39 c ikke må komme i konflikt med grl. § 96.

Virkeligheten er svært sammensatt og språket har sine begrensninger. Dette stiller lovgiver overfor betydelige utfordringer. Da domstolene har muligheten til å foreta en konkret vurdering i den enkelte sak, er det hensiktsmessig å overlate noen tolknings spørsmål til dem. Tradisjonelt sett har dette særlig vært tilfelle for straffespørsmålet, i motsetning til skyldspørsmålet. På den annen side er forvaring en meget inngripende reaksjon for lovbrøteren. I teorien kan man bli sittende innesperret på livstid. Kravet til presisjon bør da skjerpes.

Kravet til presisjon i grl. § 96 stilles ikke strengt. Spørsmålet om strl. § 39 c sitt forhold til grl. § 96 har ikke vært oppe for domstolene. Det finnes heller ikke noe eksempel på at Høyesterett har underkjent en bestemmelse fordi den ikke oppfylte kravet til presisjon i grl. § 96. Tvert i mot er det tradisjon for at Høyesterett godtar skjønnsmessige

---

<sup>12</sup> Eskeland: Strafferett s 103

straffebestemmelser. Forholdet til grl. § 96 ble for eksempel vurdert i ”Mykledommen” Rt 1958 s 479, men det ble ikke funnet å foreligge grunnlovsstrid. Spørsmålet om lovskravet i grl. § 96 er overholdt, blir sjelden behandlet<sup>13</sup>. Dersom spørsmålet skulle komme opp er det derfor lite sannsynlig at Høyesterett vil si at det her foreligger grunnlovsstrid. Vi viser til punkt 6.1 om vårt syn på dette.

Kravet til et visst minimum av presisjon i lovteksten vil også følge av EMK<sup>14</sup> artikkel 7 (1), som er gjort til en del av norsk lov ved menneskerettighetsloven 21. mai 1999 nr 30. Strl. § 1, annet ledd og mrl. § 2 innebærer at domstolene må legge EMDs<sup>15</sup> fortolkning av EMK til grunn. Ved motstrid mellom norsk lov og bestemmelser i EMK vil sistnevnte gå foran, jf mrl. § 3. EMD har lagt til grunn at artikkel 7 (1) krever at straffebestemmelser har et presisjonsnivå som gjør det mulig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. I Kokkinakis v. Hellas, A 260-A (1993) drøftet EMD dette spørsmålet. Klageren tilhørte Jehovas vitne og var dømt for å påvirke andres tro med ulovlige midler. Domstolen kom til at straffebestemmelsen tilfresstilte kravet til presisjon etter EMK artikkel 7 (1), og klageren fikk derfor ikke medhold<sup>16</sup>.

Grunnloven vil også være lex superior i forhold til EMK, som er inkorporert ved formell lov. I prinsippet kan mrl. endres ved formell lov, mens det derimot kreves 2/3 flertall på Stortinget for endringer i grunnloven, jf grl. § 112. Av politiske grunner er det imidlertid av lite trolig at Stortinget vil vurdere å gå imot EMK. Norge vil ha et ønske om å overholde sine folkerettslige forpliktelser. Det ser ikke ut til å være problematisk at både grl. § 96 og EMK artikkel 7 (1) stiller opp et krav til presisjon i lovgivningen. Lovgiver og domstoler må uansett holde seg innenfor de rammer begge bestemmelsene stiller opp. Bestemmelsene har det samme formål. Det vil derfor ikke oppstå noen direkte motstrid mellom dem, selv om kravet etter den ene skulle vise seg å være strengere enn etter den andre. Hvilken av bestemmelsene som stiller de strengeste krav til lovgivningen vil vi ikke ta stilling til her. I praksis viser det seg at problemstillinger i

---

<sup>13</sup> Eskeland: Strafferett s 105

<sup>14</sup> Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

<sup>15</sup> Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

<sup>16</sup> Erik Møse: Menneskerettigheter s 396

forhold til EMK kommer opp langt hyppigere enn forholdet til grunnloven. Forholdet til EMK er vurdert i en rekke nyere høyesterettsdommer, jf for eksempel Høyesteretts dom av 13. oktober 2003, som omhandlet spørsmål i forhold til EMK Protokoll 7 artikkel 4.

I henhold til overgangsregler er forvaring gitt anvendelse på eldre forhold, begått før, men pådømt etter ikrafttredelsen, jf lov av 15. juni 2001 nr 64 II nr 2. For slike tilfeller setter grl. § 97 forbud mot at ny lovgivning får tilbakevirkende kraft til ugunst for tiltalte. Gjerninger som ikke var straffbare på handlingstiden kan ikke gjøres straffbare og det kan heller ikke fastsettes en strengere straff enn den som gjaldt på gjerningstidspunktet. Forholdet mellom strl. § 39 c og grl. § 97 ble vurdert av Høyesterett i Rt 2002 s 1052. Saksforholdet var her kort forklart at en mann var dømt for mer enn 100 forhold, der de mest alvorlige var ran, utpresning, vold, trusler, tvang og frihetsberøvelse. Både tingretten og lagmannsretten bemyndiget påtalemyndigheten til å anvende sikringsmidler. Under saksforberedelsen for Høyesterett la påtalemyndigheten ned påstand om at sikringen og fengselsstraffen skulle erstattes med forvaring i henhold til overgangsreglene. Høyesterett sier her at forbudet i grl. § 97 ”mot å gi nye lover tilbakevirkende kraft medfører imidlertid at forvaring bare kan anvendes dersom vilkårene for sikring er oppfylt”. Her er det selvsagt en forutsetning at vilkårene for forvaring også må være oppfylt. Etter å ha vurdert hvorvidt vilkårene for sikring var oppfylt sies det videre at ”Jeg er etter dette kommet til at vilkårene for sikring ikke er oppfylt. Det er dermed ikke grunnlag for å anvende forvaring i denne saken”. Dommen illustrerer at dersom lovbrøteren ikke kunne dømmes til sikring på gjerningstidspunktet, vil han heller ikke kunne idømmes forvaring som følge av lovendringen. Forbudet i grl. § 97 suppleres for øvrig av påbudet i strl. § 3 om at tiltalte skal nyte godt av mildere straffebud vedtatt etter gjerningstidspunktet.

I likhet med grl. § 97 forbyr også EMK artikkel 7(1) tilbakevirkning til skade for tiltalte. Vi vil her ikke gå inn på vurderingen av hvilken av bestemmelsene som stiller det strengeste kravet. På tilsvarende måte som for grl. § 96, er lovgiver og domstoler bundet av både grl. § 97 og EMK artikkel 7(1), og må holde seg innenfor de rammer begge bestemmelsene stiller.

EMK Protokoll 7 artikkel 4 sier at ingen skal kunne straffes på nytt for en straffbar handling man er blitt endelig domfelt for. Her kan det oppstå problemstillinger i forhold til konverteringssaker. Konverteringssaker er saker der man tidligere er dømt til sikring, men nå skal overføres til forvaring. I Rt 2002 s 1683 kommer Høyesterett inn på strl. § 39 c sitt forhold til EMK Protokoll 7 artikkel 4 i en sak som gjaldt forvaring som forlengelse av sikring. Tiltalte hadde sonet fengselsstraffen og satt nå på sikringen. Problemstillingen var hvorvidt tiltalte fikk dobbeltstraff dersom han nå ble dømt til forvaring. Problemstillingen oppstod ettersom sikring ikke var straff, mens forvaring er straff, jf strl. § 15. Høyesterett viste til lagmannsrettens begrunnelse, som de sluttet seg til. Det ble uttalt at: ”Domfelte kunne under de tidligere reglene idømmes sikring i tillegg til fengselsstraff. Det er ikke tvil om at sikring følte som straff, og at det utad ble oppfattet som straff. Sikring kunne forlenges dersom vilkårene fortsatt var oppfylt....A ble idømt både fengselsstraff og sikring i samme rettsmøte i Sand herredsrett. I dette lå også en mulighet for forlengelse av sikringen. Når A nå etter de nye regler idømmes forvaring slik lagmannsretten er kommet til, må dette ses på som en forlengelse av den strafferettslige særreaksjon som han tidligere var idømt. Lagmannsretten er således enig med tingretten i at man må se på straffen, sikringen og deretter forvaringen som en sammenhengende straff for de handlinger han ble dømt for i 1999”. På bakgrunn av denne uttalelsen kan derfor konvertering fra sikring til forvaring ikke anses dobbeltstraff i forhold til EMK Protokoll 7 artikkel 4.

### 3.2 Ordlyden

For å fastlegge regelen må ta utgangspunkt i ordlyden i strl. § 39 c. For øvrig finner vi grunn til å klargjøre begrepsbruken. Når vi viser til ”loven” sikter vi til ordene i lovteksten. Med uttrykket ”ordlyden” mener vi hvordan loven i strl. § 39 c er å forstå etter alminnelig språkbruk. Alminnelig språkbruk vil være hvordan ord og uttrykk oppfattes av folk flest, for eksempel hvordan folk flest oppfatter ”alvorlig” voldsforbrytelse. Det er ikke alltid det foreligger en bestemt alminnelig språklig oppfatning. Det kan være uenighet, eller det kan være at alminnelig språklig forståelse ikke gir noen veiledning overhode.

Ordlyden vil alltid være det naturlige utgangspunkt. Hvor man har en klar ordlyd, vil denne oftest få betydelig vekt. Loven er den rettskilde som er lettest tilgjengelig for borgerne. Det ligger demokrati og maktfordelingshensyn bak at man ønsker å rette seg etter lovgiverviljen. På strafferettens område er det også et krav i henhold til grl. § 96 at man har hjemmel i lov for å straffe. Dette krever at man tar utgangspunkt i ordlyden. Ordlyden gir imidlertid ofte liten veiledning. Ordlyden i strl. § 39 c er på flere områder vag. Bestemmelsen vil ha et klart kjerneområde, men grensene er vanskelige å se på bakgrunn av ordlyden. Vi vil komme nærmere inn på dette under punkt 4. Poenget her er at der ordlyden er vag, vil man i større grad vektlegge andre rettskildefaktorer<sup>17</sup>.

Det er betenkelig å strekke ordlyden i strl. § 39 c for langt. Dette gjelder særlig fordi tolkningsresultatet vil være til ugunst for tiltalte. Hjemmelen blir svakere til lenger man går i å sette seg utover ordlyden. Tradisjonelt er det sagt at man på strafferettens område kan godta utvidende fortolkninger, men ikke analogi<sup>18</sup>. I Rt 1961 s. 547 (Sandblåserdommen) sies det at ”man i strafferetten må være meget varsom med utvidende eller analogisk tolkning til skade for tiltalte”. Tilsvarende sies det i Rt. 1997 s.1760 at man ”må være varsom med å tøyne ordlyden i straffebudet til ugunst for den tiltalte”. Dette har sammenheng med lovskravet i grl. § 96, se punkt 3.1. Høyesterett har likevel flere ganger gått langt i å strekke ordlyden, også på strafferettens område. Det er derfor en sannhet med modifikasjoner at lovskravet er særlig strengt på strafferettens område. Her kan som eksempel vises til Rt 1994 s 1414 hvor spørsmålet gjaldt overtredelse av vegtrafikkloven § 17, annet ledd. Bestemmelsen setter straff for en eier eller noen som råder over bilen på eierens vegne, overlater denne til noen som ikke fyller vilkårene for å føre den. I saken viste Høyesterett til at ”Ordlyden passer ikke helt godt når eieren ikke lenger har rådigheten fordi bilen er stjålet og det er tyven som lar en annen kjøre bilen. Men sterke reelle grunner taler for at bestemmelsen bør gjelde også da”. Dette viser at det ikke er noen absolutt regel at lovskravet er særlig strengt på strafferettens område. I juridisk teori er dette uttrykt slik at ”Man må således kunne slå fast at andre

---

<sup>17</sup> Eckhoff: Rettskildelære s 58

<sup>18</sup> Eckhoff: Rettskildelære s 125

rettskildefaktorer enn lov har en strek plass også i innen strafferetten – at viktige ansvarsregler og reaksjonsregler utformes, eller utbygges, på annet grunnlag enn lov”<sup>19</sup>.

Andre ganger har Høyesterett tolket grl. § 96 strengere, og kommet til at man ikke har hjemmel i lov for å straffe, jf for eksempel ”Syke i kur dommen” Rt 1961 s 212.

Kvaksalverloven § 2 rettet seg mot ”den som tar syke i kur uten å være norsk lege eller tannlege”. Høyesterett fant her at å tilpasse gebiss ikke kunne anses for å ta ”syke i kur”.

Lovskravet i grl. § 96 ble altså tolket strengere her enn i Rt 1994 s 1414 nevnt ovenfor.

Ved strl. § 39 c vil betenkelighetene ved å trekke ordlyden være spesielt store, ettersom den straff som kan idømmes er av meget inngripende karakter<sup>20</sup>.

### 3.3 Rettspraksis

I og med at ordlyden til strl. § 39 c på flere områder er vag, vil rettspraksis i fremtiden være med på å trekke opp rammene for forvaringsbestemmelsen. Når Høyesterett har avgjort et spørsmål kan man normalt legge dette til grunn som gjeldende rett. Lavere rettsinstanser vil rette seg etter Høyesteretts praksis for tilsvarende tilfeller. Dette har sammenheng med at det er Høyesterett som avgjør i siste instans, jf grl. § 88.

Høyesterett fraviker også sjelden sin egen praksis. Dersom man ikke legger vekt på Høyesteretts avgjørelser vil man derfor i lengden sjelden nå frem med sitt standpunkt. Hvor Høyesterett har avgjort en sak i plenum, har det ikke forekommet at denne senere er uttrykkelig fraveket. Som eksempel kan det her vises til Rt 1988 s 276 ”Røstaddommen” og Rt 1988 s 295 ”Skjelsvikdommen”. Begge saker ble avgjort av Høyesterett i plenum samme dag, og sakene hadde tilnærmet identiske saksforhold. Mindretallet i den første dommen rettet seg etter flertallets oppfatning i første sak, når siste sak skulle pådømmes. På den annen side har det forekommet tilfeller hvor Høyesterett endrer standpunkt, uttrykkelig eller gradvis. Det siste skjer oftere enn det første. Som eksempel på en uttrykkelig fravikelse kan vises til Rt 1998 s 219. Saken gjaldt DNA-analyse av farskap, og Høyesterett i plenum anså seg ikke bundet av at

---

<sup>19</sup> Røstad: Innkast i strafferetten: Utvalgte emner i strafferett s 76

<sup>20</sup> Eskeland: Strafferett s 498-500

spørsmålet tidligere var avgjort i motsatt retning av Høyesteretts kjeremålsutvalg. Det er imidlertid unntaket og ikke hovedregelen at Høyesterett foretar en slik uttrykkelig endring av praksis<sup>21</sup>. På det nåværende tidspunkt er 8 saker om forvaring avgjort av Høyesterett.

Ikke enhver uttalelse fra Høyesterett vil være av like stor vekt. Ratio decidendi vil være uttalelser som er nødvendige for avgjørelsen i den konkrete sak. Av og til gir imidlertid Høyesterett uttrykk for sitt syn på et spørsmål uten at dette er nødvendig for resultatet i den konkrete sak. En slik uttalelse kalles et obiter dictum. I de tilfellene hvor et obiter dictum fremstår som et gjennomført og godt begrunnet resonnement kan det være grunn til å tillegge det samme vekt som avgjørelsens ratio decidendi. En slik uttalelse vil da gjerne gi et godt signal om hvilket standpunkt Høyesterett vil ta dersom saken senere kommer opp<sup>22</sup>. For øvrig vil man legge størst vekt på avgjørelsens ratio decidendi.

Selv om det finnes en god del underrettspraksis, vil Høyesterett ikke føle seg bundet av denne. Dommer om forvaring fra underrettene vil derfor ha svært begrenset rettskildemessig betydning. Fast og konsekvent underrettspraksis over lengre tid kan være et argument for at Høyesterett også bør fortolke strl. § 39 c på samme måte. I og med at Høyesterett hittil har behandlet forholdsvis få forvaringssaker, kan derimot underrettspraksis være egnet som illustrasjonsmateriale. De kan også tjene som argument for at også Høyesterett bør avgjøre saken på samme måte.

Konverteringssaker kan være egnet til å belyse de forskjeller som foreligger mellom forvaring og sikring. Ved overgangsreglene er det bestemt at sikringstiltak som var satt i verk før 1. januar 2002 skulle fortsette inntil lengstetiden i sikringsbemyndigelsen var utløpt, jf lov 15. juni 2001 nr 64, II nr 3. Etter dette vil det bli reist konverteringssak dersom man fortsatt finner en særreaksjon nødvendig. Konverteringssak vil også kunne bli reist dersom lovbryteren selv krever det, jf nr 4. Som nevnt ovenfor må domstolen her forholde seg til kravet etter grl. § 97. Hvor vilkårene for sikring var strengere enn forvaring, vil da også disse måtte være oppfylt for å kunne idømme reaksjon etter strl. §

---

<sup>21</sup> Eckhoff: Rettskildelære s 161 flg

<sup>22</sup> Eckhoff: Rettskildelære s 172-173

39 c. Grl. § 97 vil også komme inn ved saker der den straffbare handling ble begått før ikrafttredelsen av strl. § 39 c, men hvor pådømmelse skjer først etter innføringen av forvaring.

### 3.4 Forarbeider

Veien frem til innføringen av forvaring var lang, og det finnes mye forarbeider til strl. § 39 c<sup>23</sup>. Ettersom ordlyden i strl. § 39 c på flere områder er vag, vil forarbeidene kunne være en viktig kilde til å forstå hva lovgiver har ment. Hvor det er motstrid mellom ordlyd og forarbeider, må man imidlertid ta hensyn til at det bare er loven som er vedtatt av Stortinget.

Ikke alle spørsmål i forhold til strl. § 39 c er gjennomtenkt i forarbeidene. Noen spørsmål tas ikke opp, mens andre behandles nokså overfladisk. Her kan nevnes som eksempel at vilkåret om fare for gjentakelse er behandlet meget kort og overfladisk i forarbeidene. Vilkåret om ”alvorlig forbrytelse” isolert sett, er det sagt lite om. Dette er stort sett bare behandlet gjennom lovbruddskategoriene. Flere steder er det også en helgardering, hvor man ikke tar klart stilling til spørsmålet. Dette gjelder for eksempel for drøftelsen av strl. § 229 og § 228, om hvorvidt overtredelse av disse kan gi grunnlag for forvaring<sup>24</sup>. Vi vil komme nærmere inn på dette under punkt 4.1.4.

Dette illustrerer at forarbeidene ikke kan tillegges like mye vekt for alle spørsmål. Hvor forarbeidene bare overfladisk behandler spørsmålet, vil trolig Høyesterett legge mindre vekt på forarbeidene. På den annen side finnes det ennå lite høyesterettspraksis, og forarbeidene vil kunne belyse flere tolkningsspørsmål. Vekten av forarbeidene vil øke der det tas et samlet, klart og velbegrunnet standpunkt til tolkningsspørsmål.

---

<sup>23</sup> De viktigste er NOU 1974:17, NOU 1983:57, NOU 1990:5, Ot.prp. nr 87 (1993-94), Innst.O. nr 34 (1996-97), Ot.prp. nr 46 (2000-01) og Innst.O. nr 113 (2000-01)

<sup>24</sup> NOU 1990:5 s 84



### 3.5 Juridisk teori og rundskriv fra Riksadvokaten

Forvaring er en ny straff, og det er ennå ikke mye juridisk teori om strl. § 39 c. Det som finnes er i stor utstrekning basert på forarbeidene<sup>25</sup>. Juridisk teori vil alene ha liten rettskildemessig betydning, men det kan være et argument hvor også andre rettskilder taler for en bestemt løsning.

Riksadvokaten har gitt ut flere rundskriv om anvendelsen av særreaksjonene sikring og forvaring. Disse gir uttrykk for Riksadvokatens meninger om hvordan påtalemyndigheten skal praktisere straffeloven. Slike rundskriv vil være meningsytringer, som trolig vil ha tilsvarende vekt som juridisk teori, jf Rt 1984 s 1076 og Rt 1998 s 407. Imidlertid kan det være noe større grunn til å vektlegge Riksadvokatens rundskriv når han uttaler seg om straffutmåling, i motsetning til lovtolkning. Straffutmåling er utpreget skjønnsmessig, og mye opp til rettens skjønn samt påtalemyndighetens påstand. Dette syn fremheves også i juridisk teori<sup>26</sup>.

### 3.6 Verdivurderinger/reelle hensyn

Verdihensyn vil være hensyn som er relevante for å komme frem til et godt tolkningsresultat. Dette vil gjerne være rettsanvenderens egne vurderinger av hvilken løsning han mener vil gi det beste resultat. Ethvert hensyn kan likevel ikke tas i betraktning. Vurderingen kan ikke foretas på et helt fritt grunnlag. Rettsanvenderen må ta i betraktning samfunnsoppfatninger som han ikke nødvendigvis er enig i.

Vekten av slike hensyn vil særlig variere med hvilke andre rettskildefaktorer som er tilgjengelig, og betydningen av disse. Hvor rettskildefaktorer som ordlyd og rettspraksis peker i samme retning, hører det til sjeldenhetene at verdivurderinger slår igjennom for et annet resultat. Her kan det likevel vises til Rt 1994 s 1414, omtalt under punkt 3.2. I

---

<sup>25</sup> Se for eksempel Bratholm og Matningsdal: Straffeloven Kommentartutgave

<sup>26</sup> Eskeland: Strafferett s 366

denne saken pekte ordlyd og verdivurderinger i hver sin retning. Høyesterett fant her at hensynet til resultatets rimelighet måtte få avgjørende betydning.

Ofte vil verdivurderinger være til støtte for andre rettskildefaktorer som peker i samme retning. Ved tolkningen av strl. § 39 c vil man ofte stå ovenfor den situasjon at rettskildefaktorene gir liten veiledning. Ordlyden er vag på flere punkter, det finnes ennå lite rettspraksis og forarbeidene er ikke alltid til hjelp. Hvor disse rettskildefaktorene gir liten veiledning må spørsmålet avgjøres på bakgrunn av verdivurderinger. Nedenfor vil vi redegjøre for noen hensyn som i denne situasjonen er relevante i forhold til tolkningsspørsmål ved strl. § 39 c.

Bakgrunnen for innføringen av forvaring er samfunnets behov for beskyttelse mot særlig farlige lovbrøyttere. Behovet for beskyttelse vil imidlertid variere. Også ordinær tidsbestemt straff gir samfunnet beskyttelse. Lovbryteren vil være forhindret fra å begå nye lovbrudd i den tiden han sitter i fengsel. Lovgiver har imidlertid ment at i visse tilfeller vil ikke tidsbegrenset beskyttelse være nok. Det finnes en liten gruppe særlig farlige lovbrøyttere som samfunnet trenger ekstra beskyttes mot. Man frykter her at faren er stor for at nye lovbrudd vil bli begått etter at den tidsbestemte straff er sonet. Også forvaring vil i utgangspunktet ha tidsrammer, men den særlige beskyttelse for samfunnet ligger i at man har adgang til forlengelse av forvaringen. Nevnte hensyn tilsier imidlertid at forvaring bare vil være nødvendig i alvorlige tilfeller hvor behovet for beskyttelse er særlig stort. Dette taler for en restriktiv fortolkning av strl. § 39 c.

Hensynet til samfunnet må veies opp i mot hensynet til lovbrøytteren. Forvaring er den mest inngripende straff vi har. For domfelte er det svært belastende å sitte inne på ubestemt tid. Det er et anerkjent prinsipp i strafferetten at det skal være forholdsmessighet mellom den straffbare handling som er begått, og den straff som idømmes. På bakgrunn av dette er det et viktig hensyn for lovgiver å begrense omfanget av en så alvorlig reaksjon. Fordi det er snakk om en så inngripende straff må graden av bebreidelse mot lovbrøytterens handling være stor. Også dette hensyn taler for en snever fortolkning av strl. § 39 c.

Rettsikkerhet i den betydning at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, er også et relevant hensyn ved strl. § 39 c. Som nevnt under punkt 3.1 vil imidlertid ikke dette hensynet komme sterkt inn ved forvaring. De lovbrudd som kan gi grunnlag for forvaring vil være så grove at lovbrøyteren ikke vil være i tvil om at det er straffbart. Generelt kan det også bemerkes at den som spekulerer på kanten av loven ikke alltid er like beskyttelsesverdige.

Hensynet til individualprevensjon vil ikke komme sterkt inn ved strl. § 39 c. Tanken om individualprevensjon er i stor grad forlatt, da det er meget tvilsomt hvorvidt straff faktisk har noen individualpreventiv virkning. Denne tvil gjør seg enda sterkere gjeldende for tilbakefallsforbrytere. De som blir idømt forvaring vil som oftest være tilbakefallsforbrytere. Også hvor lovbrøyteren idømmes forvaring på grunnlag av en enkelt forbrytelse, skjer dette fordi man tror lovbrøyteren vil bli en tilbakefallsforbryter. Hele tanken bak forvaring er at samfunnet må beskyttes mot at disse personene forgår seg på nytt.

Hensynet til allmennprevensjon formuleres også ofte som hensynet til effektivitet. Tanken bak allmennprevensjon er at straff for lovbruddet vil forhindre andre fra å begå den samme handling. Den allmennpreventive virkningen er vanskelig å beregne, og vil kunne variere med typen av lovbrudd. For folk flest er det uaktuelt å begå de handlinger som kan kvalifisere til forvaring. Årsaken til dette er nok heller innebygde moralske sperrer mot å begå grove forbrytelser, enn trusselen om forvaring. En trussel om strengere straff vil mest sannsynlig ikke føre til større allmennpreventiv virkning for de lovbrudd det her er tale om. Hensynet til allmennprevensjon vil derfor ikke komme sterkt inn ved strl. § 39 c.

De lovbrudd som kan gi grunnlag for forvaring vil være graverende, jf punkt 4.1. Samfunnet kan ha et behov for å se at det reageres strengt mot lovbrøytere som begår alvorlige forbrytelser. For svært graverende lovbrudd kan man føle at en så streng reaksjon er på sin plass. Følelsen av at ”noe blir gjort” mot slik urett kan være viktig, selv om man i dagens strafferett har gått bort i fra tanken om hevn<sup>27</sup>. Dette taler for en

---

<sup>27</sup> Andenæs: Alminnelig Strafferett s 64

noe mindre restriktiv fortolkning av strl. § 39 c. Vi viser her til vår drøftelse under punkt 6.2.

## **4 De materielle vilkår**

### **4.1 Oversikt**

Vi vil nedenfor behandle de vilkår som stilles i strl. § 39 c. Ikke et hvilket som helst lovbrudd kan gi grunnlag for forvaring. Dersom et lovbrudd etter sin art ikke kan gi forvaring, vil det ikke være nødvendig å se på de øvrige vilkår. Vi finner det derfor hensiktsmessig å først ta for oss hvilke lovbrudd som etter sin art kan omfattes. Deretter vil vi ta for oss vilkåret om gjentakelsesfare og vilkåret om at tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet. Til slutt vil vi se på den helhetsvurdering som må foretas.

### **4.2 Krav til lovbruddets art**

#### **4.2.1 Ordlyden**

Strl. § 39 c nr 1 krever at det er begått eller forsøkt å begå ”en alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse, ildspåsettelse, eller annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare”. Etter strl. § 39 c nr 2 kan også en ”mindre alvorlig forbrytelse” gi grunnlag for forvaring. Det kreves at forbrytelsen er av ”samme art” som nevnt under nr 1.

Strl. § 39 c inneholder ingen henvisning til konkrete lovbrudd som omfattes. Derimot er det oppregnet generelle kategorier av lovbrudd som kan gi grunnlag for forvaring. Enkelte handlinger vil klart omfattes, men grensene er uklare. Dette gir en viss veiledning, men kategoriene er uten fastlagte rammer. Ordlyden er særlig vag for kategorien ”annen alvorlig forbrytelse” i strl. § 39 c nr 1 og ”mindre alvorlig forbrytelse” i nr 2.

I tidligere strl. § 39 var vilkåret at det var begått en ”straffbar handling”. Ordlyden ga et meget vidt spillerom. Ut ifra ordlyden kunne enhver straffbar handling gi grunnlag for sikring. Også sikringsbestemmelsen måtte man imidlertid se på bakgrunn av de øvrige rettskildefaktorer. Domstolene ble etter hvert mer tilbakeholdne med å idømme sikring.

For å bli idømt forvaring må lovbrøtteren finnes ”skyldig” i å ha begått ett eller flere nærmere bestemte lovbrudd, jf strl. § 39 c første ledd. Ettersom forvaring er straff må alle straffbarhetsvilkår være oppfylt. Følgelig kreves at lovbrøtteren må være tilregnelig. Sikring var ikke straff, men for tilregnelige lovbrøttere måtte alle straffbarhetsvilkår være oppfylt.

I henhold til ordlyden i strl. § 39 c vil også forsøkshandlinger kunne gi grunnlag for forvaring. Ordlyden er her i samsvar med regelen. Det kan kanskje synes noe strengt å dømme noen til forvaring for forsøk. Ettersom lovbruddet ikke ble fullbyrdet, vil forsøk ikke ha like alvorlige konsekvenser. Ved forsøk vil lovbrøtteren imidlertid ha fullbyrdelsesforsett, og vil kunne være like farlig for samfunnet, jf strl. § 49.

Tilfeldigheter kan være avgjørende for om grensen for fullbyrdet forbrytelse ble overskredet eller ikke. I Rt 2002 s 1667 ble en mann dømt til forvaring for forsøk på to overlagte drap og ett forsøk på forsettlig drap. Forsøk ble også omfattet av sikring, jf for eksempel Rt 1993 s 1508, hvor en person ble dømt for forsøk på ran.

#### 4.2.2 ”Alvorlig” forbrytelse

I henhold til ordlyden må det være tale om en ”forbrytelse”. Ordlyden er her i samsvar med regelen. Å ta med forseelser vil være å sette seg for langt utover ordlyden. I tillegg vil forseelser heller ikke oppfylle kravet til alvorlighet.

Forseelser var tidligere ofte grunnlag for å idømme sikring, jf Rt 1938 s 886, 1951 s 787, 1953 s 408, s 867, s 1356 og 1965 s 881. Imidlertid finnes det ikke nyere dommer fra Høyesterett hvor det ble idømt sikring på grunnlag av forseelse. På denne bakgrunn er det mulig at sikring i de senere år bare omfattet forbrytelser, selv om ordlyd og tidligere rettspraksis trekker i motsatt retning. Det er derfor ikke klart hvorvidt det her er en forskjell mellom forvaring og sikring.

Ordlyden i strl. § 39 c nr 1 krever at forbrytelsen skal være ”alvorlig”. Dette må sies å være et uttrykk uten klart meningsinnhold. Lovgiver har gjennom lovbruddskategoriene gitt signaler om hvilke typer lovbrudd som kan være alvorlig nok. Art og alvorlighet vil til en viss grad henge sammen. Disse kategoriene skal beskytte viktige rettsgoder som liv, helse og frihet. Imidlertid er også ordlyden i kategoriene vag. Det vil for eksempel kunne være uenighet om hva som faller inn under kategorien ”alvorlig” voldsforbrytelse. I tillegg gjør samlekategoriene ”annen alvorlig forbrytelse” ordlyden meget åpen. Kategoriene gir derfor liten veiledning om hva som kreves for å tilfredsstille kravet til ”alvorlig” forbrytelse. ”Alvorlig” er et gradspørsmål, der blant annet personlige verdier vil spille inn. Hva som oppfattes som ”alvorlig” forbrytelse vil også kunne variere med tid og samfunnsutvikling.

Det er klart at ikke ethvert lovbrudd vil tilfredsstille kravet til ”alvorlig” forbrytelse. Dette sier likevel lite om hvor grensen går. Meget grove forbrytelser, som for eksempel drap, vil klart falle innfor. Grovheten av handlingen må imidlertid være av kvalifisert art før forbrytelsen kan karakteriseres som alvorlig. En bagatelmessig legemsfornærmelse faller således utenfor. Problemet er hvordan man skal vurdere de lovbrudd som ligger mellom slike ytterpunkter.

Når ordlyden er så vag, har lovgiver i stor grad overlatt til rettspraksis å avgjøre hvilke forbrytelser som er tilstrekkelig alvorlig til å gi grunnlag for forvaring. Ennå har forholdsvis få saker vært oppe for Høyesterett. Grove tilfelle av drap,

legemsbeskadigelse og trusler, drapsforsøk, voldtekt og seksuelle overgrep mot mindreårige er blitt ansett som ”alvorlig” forbrytelse av Høyesterett<sup>28</sup>. Høyesterett har ennå i liten grad hatt prinsipielle grensespørsmål til behandling. I Rt 2002 s 1677 kom imidlertid Høyesterett inn på spørsmål i forhold til den nedre grense for forvaring. Problemstillingen var hvorvidt et ran kunne være ”annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare”. Ved ranet hadde tiltalte sammen med to kamerater truet til seg penger fra en videoforretning ved å vise frem en spansk jaktkniv. I den aktuelle saken kom man til at det var et grensetilfelle. Fordi det ikke forelå tilstrekkelig gjentakelsesfare, tok man ikke nærmere stilling til spørsmålet.

Forarbeidene behandler som nevnt i punkt 3.3 i liten grad isolert kravet til ”alvorlig” forbrytelse. Synspunkter kommer frem gjennom behandlingen av de lovbruddskategorier som er nevnt. Forarbeidene fremhever at disse er nevnt fordi de vil være typiske eksempler på ”alvorlig” forbrytelse<sup>29</sup>. Generelt sett nevnes det i NOU 1990:5 s 113 at ”For å ”bære” en forvaringsdom må det forlanges at den begåtte kriminalitet representerer en alvorlig krenkelse av andres personlige integritet”. Dette sier lite utover ordlyden om hva som vil være ”alvorlig” forbrytelse.

Gjerningspersonens skyldgrad kan si noe om hvor alvorlig en forbrytelse er. Skyldgraden er et uttrykk for forbryterens klanderverdighet. Normalt vil en lovbrøyer som handler forsettlig kunne klandres mer enn en som handler uaktsomt. En forsettlig handling vil være med viten og vilje, mens en uaktsom handling bare kan kritiseres som skjødesløs. Uaktsomme handlinger har et mer tilfeldig preg enn de forsettlige. Overgangen mellom de ulike skyldformene er derimot glidende, og det dreier seg om en mer eller mindre grad av bebreidelse mot gjerningspersonen<sup>30</sup>. Den bevisste uaktsomhet er mer alvorlig enn den ubevisste. Ved bevisst uaktsomhet kan gjerningspersonen kritiseres som hensynsløs, mens den som handler ubevisst bare kan bebreides for ikke å ha vært oppmerksom. Her ligger det en viss forskjell sett i forhold til alvorlighet. Også

---

<sup>28</sup> Se Rt 2003 s 312, Rt 2002 s 1683, Rt 2002 s 1667, Rt 2002 s 1673, Rt 2002 s 889

<sup>29</sup> NOU 1990: 5 s 84

<sup>30</sup> Andenæs: Alminnelig Strafferett s 215 og Eskeland: Strafferett s 260

forsettlig handlinger kan differensieres på denne måten. En overlagt handling vil være det mest straffverdige. En handling der gjerningspersonens forsett grenser mot den bevisste uaktsomhet må anses som langt mindre alvorlig.

De konkrete forhold i saken vil kunne si noe om hvor straffverdig en forbrytelse er. For eksempel vil en legemsbeskadigelse som får dødsfølge normalt anses som mer alvorlig enn en legemsbeskadigelse som ikke får slike konsekvenser. Om forbrytelsen er begått på en særdeles smertefull måte, vil også kunne ha betydning for hvor alvorlig den må anses.

Strafferammen kan også være et vurderingsmoment, da den vil gi uttrykk for hvor alvorlig lovgiver har vurdert lovbruddet å være. Som fremholdt ovenfor er forvaring en meget streng form for straff, blant annet basert på at den skal være tidsbestemt og forbeholdes de farligste lovbrøtterne. Dette tilsier at det kreves grove forbrytelser med høy strafferamme.

Ordlyden i tidligere strl. § 39 stilte ikke krav til at det måtte være begått en ”alvorlig” forbrytelse. Praksis fra den senere tid viser imidlertid at sikring ble ilagt for mer alvorlige forbrytelser som for eksempel drap og voldtekt. Forskjellen mellom forvaring og sikring er derfor ikke så stor som ordlyden i tidligere strl. § 39 kunne tyde på.

#### 4.2.3 ”Krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatt disse rettsgodene for fare”

Forbrytelsen må ha ført til at andres liv, helse eller frihet ble ”krenket” eller ”utsatt for fare”. Det er nok at rettsgodene enten ble ”krenket” eller ”utsatt for fare”.

I de fleste tilfeller vil man ikke være i tvil om at det foreligger en krenkelse. Etter ordlyden stilles det ikke nærmere krav til krenkelsen. ”Krenket” virker derfor ikke som et spesielt strengt begrep. Ser man ”krenket” i sammenheng med hvilke viktige rettsgoder bestemmelsen beskytter er dette ikke like klart. Liv, helse og frihet



representerer rettsgoder som er sentrale for alle mennesker. Der disse er krenket vil man derfor også som oftest kunne si at krenkelsen er grov.

I noen tilfeller kan det være tvil om det kan sies at rettsgodene er ”krenket”. Spørsmålet blir hva som skal til, hvilke følger handlingen må få for offeret, før man kan si at det foreligger en krenkelse av ”liv, helse eller frihet”. Man kan se det slik at følgene av forbrytelsen vil være mer eller mindre direkte rettet mot offeret. Under en slik synsvinkel vil for eksempel en legemskrenkelse få følger som retter seg direkte mot offerets liv eller helse. Ved salg av narkotika vil følgene for liv og helse først vise seg dersom varene blir brukt. Følgene for offeret er her mindre direkte. Hva som nærmere kreves før man kan si at kravet til ”krenket” er oppfylt, er imidlertid uklart.

Rettspraksis gir liten veiledning med hensyn til dette spørsmålet. I de fleste saker er det som nevnt enkelt å konstantere om det foreligger en krenkelse eller ikke, jf for eksempel Rt 2002 s 1673 hvor fem voldtekter klart var en krenkelse. I saker om forvaring som hittil er behandlet av Høyesterett, har det ikke vært tvil med hensyn til om det forelå en krenkelse eller ikke.

Forarbeidene tar det standpunkt at det må foreligge en ”direkte krenkelse” for at vilkåret i strl. § 39 c nr 1 skal være oppfylt<sup>31</sup>. Dette gir heller ikke mye veiledning utover ordlyden. Det vil være et bevissspørsmål om det kan sies å foreligge en krenkelse av andres liv, helse eller frihet.

”Fare” foreligger dersom lovbruddet kan forårsake skade. Det vil kreves en viss grad av sannsynlighet for at skaden vil inntre. Uttrykket ”utsatt for fare” må tolkes slik at faren vil bestå i at andres liv, helse eller frihet kan bli krenket. Det er den nedre grense som er problematisk å fastlegge. Fare vil være et gradsspørsmål. Her kan oppfatningen variere fra person til person.

---

<sup>31</sup> NOU 1990:5 s 113-114

Forarbeidene<sup>32</sup> bygger på et skille mellom fare som er ”konkret” og ”abstrakt”. Ved abstrakt farefremkallelse er det faktiske omstendigheter som gjør at krenkelsen ikke materialiserer seg. Ved betydningen av uttrykket ”abstrakt farefremkallelse” viser forarbeidene til behandlingen av strl. § 39, hvor dette forklares som ”kunne utsette disse rettsgodene for fare”. Et eksempel på dette kan være der en person tenner på et hus hvor beboerne for anledningen var bortreist. Det foreligger i realiteten ikke noe skadepotensial for ”liv, helse eller frihet” ved ”abstrakt” fare. I det samme eksempelet vil faren være ”konkret” når beboerne var hjemme, og de faktiske omstendigheter for øvrig gjorde at ildspåsettelsen ble farlig. Forarbeidene tar det standpunkt at ”abstrakt farefremkallelse” ikke er tilstrekkelig i henhold til vilkåret i strl. § 39 c nr 1. Det er altså ikke nok at det under andre omstendigheter ville blitt fare. Ved abstrakt fare er det mer en teoretisk enn faktisk mulighet for at andres liv, helse eller frihet skal bli krenket. Forarbeidene gir liten veiledning om hvilken sannsynlighet som kreves for at det skal skje en krenkelse.

I Rt 2002 s 1667 ble tiltalte dømt til forvaring for to forsøk på overlagt drap og ett forsøk på forsettlig drap. Høyesterett bygget her på at det var klart at det forelå fare for andres liv. For øvrig har ikke Høyesterett avgjort saker som angår spørsmålet om ”fare”, og rettspraksis gir derfor liten veiledning.

Ettersom Høyesterett ennå ikke har tatt stilling til spørsmålet, kan man ikke trekke noen endelig konklusjon med hensyn til om abstrakt fare kan være nok under strl. § 39 c nr 1. Etter vår mening er det uhensiktsmessig når forarbeidene trekker et absolutt skille, og si at abstrakt farefremkallelse ikke er alvorlig nok under strl. § 39 c nr 1. Vi er enig i at når handlingen faktisk ikke ble farlig, vil den også være mindre alvorlig. Det kan imidlertid være tilfeldigheter som avgjør dette. Gjerningspersonen vil kunne være like farlig for samfunnet. Som eksempel kan vises til en pyroman som tilfeldigvis tenner på flere hus hvor beboerne ved hver anledning var bortreist. Etter vår mening er det mer hensiktsmessig å foreta en konkret helhetsvurdering i hvert tilfelle. At det bare forelå abstrakt fare vil da inngå som et moment i vurderingen av om det skal idømmes forvaring.

---

<sup>32</sup> NOU 1990:5 s 113-114

Det er et krav at det er ”andres” liv, helse eller frihet som er krenket eller utsatt for fare. Lovbryterens eget liv, helse eller frihet må falle utenfor. Når man ser ”lovbryteren” og ”andres” i sammenheng er det klart at det er andre menneskers liv, helse og frihet ordlyden beskytter. Ordlyden vil her være i samsvar med regelen. Dyr og ting vil således falle utenfor. En dyreplager vil etter ordlyden ikke kunne dømmes til forvaring. Det synes her som man kan ha en forskjell til sikring, jf Rt 1951 s 787 hvor en mann ble dømt til sikring for mishandling av kvige.

Forbrytelsen må i følge strl. § 39 c ha rettet seg mot rettsgodene ”liv, helse eller frihet”. Økonomiske goder faller således utenfor. Det er ikke umiddelbart klart hva som ligger i de oppregnede rettsgoder. Begrepene har et klart kjerneområde, men usikre grenser. I en viss grad går de også over i hverandre. De må anses som primærbehov for ethvert menneske, og er i en viss utstrekning forutsetninger for hverandre. Livet er en forutsetning for at man skal ha en helse eller frihet å beskytte. Likeledes vil livet være lite verd dersom man ikke har helse eller frihet. Å krenke eller utsette for fare andres liv vil klart omfatte drap. Vold og forgiftning vil klart ramme helse, på samme måte som tvungen frihetsberøvelse vil ramme friheten. Den nedre grense er derimot uklar.

Høyesterett har hittil ikke hatt tvilsspørsmål til behandling. I de saker som har vært oppe har det vært klart at ”liv, helse eller frihet” har vært krenket eller utsatt for fare. Høyesterett har heller ikke gått inn på generelle betraktninger av hva disse begrepene vil innebære. Rettspraksis gir derfor liten veiledning.

Forarbeidene inneholder noen generelle betraktninger om hva som ligger i begrepene ”liv, helse eller frihet”. Det gis noen konkrete eksempler på straffebud som vil kunne omfattes, henholdsvis sprengning (strl. § 148), flykapring (strl. § 151), forgiftning av drikkevann (strl. § 152) og alvorlige trusler (strl. § 227)<sup>33</sup>. Forarbeidene understreker at ikke enhver overtredelse av strl. § 227 vil oppfylle kravet til alvorlig trussel. Det vises til at trusselen må være av kvalifisert art og alvorlig ment.

---

<sup>33</sup> NOU 1990:5 s 114 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

Høyesterett har idømt forvaring på grunnlag av alvorlige trusler sammenholdt med andre lovbrudd, jf Rt. 2002 s 1683. For de andre lovbruddene som nevnes i forarbeidene finnes ikke rettspraksis, og det er uklart hvorvidt de omfattes. Etter vår mening er det ikke tvilsomt at de straffebud forarbeidene nevner vil kunne ramme andres "liv, helse eller frihet", og at de under visse omstendigheter vil kunne føre til forvaring.

Nedenfor vil vi se nærmere på et par eksempler, og ta stilling til om disse "krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare".

Narkotikaforbrytelser er regnet som meget alvorlige lovbrudd. Dette kommer blant annet til uttrykk ved høye strafferammer, jf strl. § 162. Strl. § 162 setter straff for den som "tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff". I drøftelsen tar vi her utgangspunkt i situasjonen hvor lovbrøyteren innfører et betydelig kvantum narkotika. Som nevnt ovenfor under punkt 4.1.3 vil krenkelsen her være mindre direkte. Selve innførselen vil ikke medføre en krenkelse av liv eller helse, selv om det ofte blir resultatet senere ved at kjøperen misbruker stoffet. Mange vil derfor være av den oppfatning at dette lovbruddet krenker andres liv, helse eller frihet.

I henhold til strl. § 39 c nr 1 er det imidlertid tilstrekkelig dersom innførselen kan sies å ha utsatt misbrukerens liv, helse eller frihet for "fare". Innførselen vil skje med sikte på å få solgt narkotikaen. Salget vil med stor sannsynlighet føre til at misbrukeren inntar stoffet, til skade for sin egen helse og i verste fall fare for livet. En slik situasjon vil falle innenfor ordlyden.

Rt 2002 s 1677 gjaldt spørsmål om forvaring for ran, jf strl. § 267, jf § 268. I et obiter dictum uttaler Høyesterett at "de andre forholdene som ble pådømt samtidig, klart ligger utenfor" forvaringsbestemmelsen. Mannen var også bl.a. dømt for overtredelse av strl. § 162, første ledd, jf femte ledd. Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet. Forvaring er imidlertid en ny straff og Høyesterett kan ha funnet grunn til å gi signaler om anvendelsesområdet. Etter vår mening vil denne uttalelsen derfor kunne tillegges noe betydning, og trekke i retning av at overtredelse av strl. § 162, første ledd, jf femte ledd vil falle utenfor strl. § 39 c nr 1. Uttalelsen får imidlertid ikke betydning for vårt eksempel. For de grovere narkotikaforbrytelser har Høyesterett ikke avgjort spørsmålet.

I forarbeidene vises det til at den indirekte fare som narkotikalovbrudd representerer mot andres liv, helse eller frihet, må fall utenfor anvendelsesområdet til forvaringsbestemmelsen<sup>34</sup>. Forarbeidene tar her et klart standpunkt. Selv om dette ikke begrunnes nærmere, må det legges vekt på en slik klar uttalelse fra lovgiver.

Som vi kommer tilbake til under punkt 4.1.4 omfattes visse legemskrenkelser av strl. § 39 c nr 1. Etter vår mening vil en narkotikaforbrytelse kunne være vel så farlig for liv, helse eller frihet. Vi mener at salg av narkotika er minst like straffverdig som enkelte legemskrenkelser. Konsekvensene for samfunnet kan være minst like alvorlige. Ved innførsel av narkotika vil lovbruddet være fullbyrdet før en eventuell krenkelse av liv, helse eller frihet inntre. Innførselen skjer imidlertid klart med sikte på salg til misbrukere. Etter vår mening er det vanskelig å se hvorfor man setter skillet her. På bakgrunn av lovgivers klare standpunkt i forarbeidene vil imidlertid narkotikaforbrytelser trolig falle utenfor strl. § 39 c nr 1.

Vi kan ikke se at det er noen forskjell mellom forvaring og sikring på dette punkt. Også tidligere ble narkotikaforbrytelser møtt med tidsbestemt straff. Vi finner ikke rettspraksis hvor narkotikaforbrytelse alene førte til sikringsdom.

Vinningsforbrytelser faller utenfor ordlyden, da de ikke kan sies å krenke eller utsette for fare andres "liv, helse eller frihet". Forarbeidene tar ikke opp forholdet til vinningsforbrytelser. Det har heller ikke, så vidt oss bekjent, vært reist påstand om forvaring for vinningsforbrytelser. Trolig er det regnet som selvsagt at de må falle utenfor forvaringsbestemmelsen. Vinningsforbrytelser rammer først og fremst økonomiske goder. Økonomiske goder er ansett som mindre beskyttelsesverdige enn liv, helse og frihet. Dette kommer blant annet til uttrykk dersom man sammenligner strafferammene. Økonomiske goder er viktige, men ikke like fundamentale som liv, helse og frihet. Forvaring er en så inngripende reaksjon at den bør forbeholdes de aller mest alvorlige tilfeller av integritetskrenkelser. Konklusjonen må bli at vinningsforbrytelser ikke kan gi grunnlag for forvaring.

---

<sup>34</sup> NOU 1990:5 s 114 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

Tidligere var det ikke uvanlig å bli idømt sikring på grunnlag av vinningsforbrytelse, jf for eksempel Rt 1966 s 336. Etter hvert ble praksis imidlertid mer restriktiv på grunn av den kritikk som var reist mot sikringsinstituttet. Her kan som eksempel vises til Rt 1988 s 811, hvor blant annet grovt tyveri ikke ble ansett som grovt nok til å gi sikring. Man må tilbake til Rt 1972 s 342 for å finne tilfelle hvor Høyesterett har idømt sikring med sikringsmidlene a - f for vinningsforbrytelse. I Rt 1982 s 1594 ble det imidlertid ilagt sikring for vinningsforbrytelser med sikringsmidlene a – e. I denne dommen ble det sagt at vinningsforbrytelser som hovedregel ikke burde gi grunnlag for å anvende sikring, men Høyesterett valgte likevel å idømme sikring ved det foreliggende tilfelle. I Rt 1996 s 11 ble sikring ikke ilagt, men det ble uttalt at det ikke kunne helt utelukkes at det kunne bli aktuelt med sikring for vinningsforbrytelser i særtilfeller, særlig der det var snakk om utilregnelige lovbrøyttere. Her var det altså tidligere en klar forskjell mellom sikring og forvaring, men dette synes å ha endret seg etter at praksis rundt sikring ble innskjerpet.

Sikringsbestemmelsen stilte ikke krav til at andres liv, helse eller frihet ble krenket eller utsatt for fare. På den annen side var det typisk der disse rettsgodene var krenket at sikring ble idømt. Sikring ble likevel også ilagt for lovbrudd som ikke direkte krenket eller utsatte for fare andres liv, helse eller frihet, jf ovenfor nevnte Rt 1972 s 342. Her lå en meget sentral forskjell på forvaring og sikring. Etter hvert som sikring ble idømt i færre tilfeller er det usikkert hvor stor forskjellen var.

#### 4.2.4 Lovbruddskategoriene i strl. § 39 c nr 1

Nedenfor vil vi se nærmere på de kategorier forbrytelser som er nevnt i strl. § 39 c nr 1. Vi tar ikke sikte på en fullstendig redegjørelse for alle tilfeller som kan bli aktuelle for forvaring, men vil se på et utvalg av aktuelle problemstillinger under hver lovbruddskategori. De straffebud vi behandler vil etter vår mening være de mest aktuelle under strl. § 39 c nr 1.

- ”alvorlig” voldsforbrytelse

Vi finner det her hensiktsmessig å først ta for oss det objektive ved voldsforbrytelsen, og se på om den etter sin art vil kunne være alvorlig nok til å gi forvaring. Deretter vil vi komme inn på betydningen av konkrete omstendigheter, og da særlig skyldgraden.

Drap vil etter sin art objektivt sett alltid være en meget alvorlig voldsforbrytelse. Drap vil ha fatale konsekvenser for offeret, som mister livet. De aktuelle bestemmelser vil være strl. § 233 om forsettlig drap og strl. § 239 om uaktsomt drap. Også ved drap må man imidlertid vurdere de konkrete omstendighetene i saken. Selv om drap alltid vil ha alvorlige konsekvenser for offeret, kan ikke ethvert drap gi grunnlag for forvaring.

Også grov legemsbeskadigelse må regnes som en graverende voldsforbrytelse. De aktuelle bestemmelser vil være strl. § 231 om forsettlig grov legemsbeskadigelse og strl. § 238 om uaktsom grov legemsbeskadigelse. En grov legemsbeskadigelse vil innebære ”betydelig Skade paa Legeme eller Helbred”. For offeret vil det ha alvorlige og ofte varige konsekvenser, og vil innebære en grov integritetskrenkelse, jf strl. § 9. Grov legemsbeskadigelse vil således etter sin art klart være alvorlig nok til å gi forvaring.

Legemsbeskadigelse er mindre alvorlig enn drap og grov legemsbeskadigelse, men mer alvorlig enn legemsfornærmelse. De aktuelle bestemmelser er strl. § 229 om forsettlig legemsbeskadigelse og strl. § 237 om uaktsom legemsbeskadigelse. Ordlyden gir ikke et klart svar på hvorvidt legemsbeskadigelse etter sin art vil være ”alvorlig” voldsforbrytelse etter strl. § 39 c. Det er et vidt spekter av handlinger som vil være legemsbeskadigelse. Det vil særlig være skader som er av et visst alvor og varighet som blir regnet som legemsbeskadigelse. Grensedragningen mot legemsfornærmelse er skjønnsmessig. De mindre alvorlige tilfeller av legemsbeskadigelse vil trolig falle utenfor ordlyden. Det er etter dette uklart hvorvidt legemsbeskadigelse etter sin art kan gi grunnlag for forvaring.

Legemsfornærmelse er mindre alvorlig enn legemsbeskadigelse, og har normalt ingen langvarige konsekvenser for fornærmede. Den aktuelle bestemmelse er her strl. § 228 som straffer den som ”øver Vold mod en andens Person eller paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme”. Legemsfornærmelse vil typisk være å slå eller sparke en

annen. Grensen mot legemsbeskadigelse er som nevnt skjønnsmessig, og vil særlig bero på skadens varighet og omfang. Ved legemsfornærmelse kreves det overhodet ikke at voldsutøvelsen, eventuelt fornærmelsen, fikk skade som følge, eller voldt smerte for offeret. Legemsfornærmelse må trolig sies å falle utenfor begrepet ”alvorlig” voldsforbrytelse. Legemsfornærmelse kan derfor etter sin art ikke sies å være alvorlig nok til å gi grunnlag for forvaring. Som vi vil komme tilbake til nedenfor kan det tenkes at dette stiller seg annerledes når legemsfornærmelsen har hatt visse alvorlige følger for offeret.

Som nevnt kan det tenkes andre lovbrudd som kan gå inn under kategorien ”alvorlig” voldsforbrytelse. Her kan nevnes strl. § 132 a om vold mot aktør i rettsvesenet og strl. § 233 a om å inngå forbund om grov legemsbeskadigelse eller drap som mulige aktuelle bestemmelser. Foreløpig finnes ikke rettspraksis på forvaring for disse bestemmelsene. Dette gjelder også for sikring. Det er ennå uavklart om dette vil omfattes av forvaring, og vi vil ikke gå inn på en nærmere vurdering av disse.

Ved vurderingen av om voldsforbrytelsen kan sies å være ”alvorlig”, vil som nevnt de konkrete omstendigheter i saken ha betydning. I det følgende vil vi se på betydningen av den skyldgrad som er utvist for de ovenfor nevnte voldsforbrytelser. Vi vil også se på betydningen av at forbrytelsen har hatt visse alvorlige følger for offeret.

En forbrytelse som er utført med forsett vil normalt regnes som mer alvorlig enn en uaktsom. Gjerningspersonen har da med viten og vilje utført lovbruddet, i motsetning til ved uaktsomhet, hvor det bare kan bebreides ham at han ikke var aktsom nok. Der den forsettlige forbrytelse ikke omfattes, vil derfor normalt heller ikke uaktsom overtredelse kunne rammes.

Som nevnt ovenfor er det klart at drap etter sin art vil være alvorlig nok til å gi forvaring. Ved forsettlig drap har Høyesterett avgjort spørsmålet. I Rt 2002 s 312 ble tiltalte dømt til forvaring for overtredelse av strl. § 233, første ledd. Forsettlig drap ga også ofte grunnlag for sikring, jf for eksempel Rt 2000 s 2040.



Uaktsomt drap, jf strl. § 239 må etter sin art regnes som en alvorlig voldsforbrytelse på grunn av de fatale konsekvenser for offeret. Skyldgraden gjør imidlertid lovbruddet langt mindre alvorlig enn et forsettlig drap. Spørsmålet blir om uaktsomt drap likevel kan gi grunnlag for forvaring på grunn av de alvorlige konsekvensene for offeret.

Høyesterett har ikke tatt stilling til om uaktsomt drap kan gi grunnlag for forvaring. Ordlyden gir rom for at uaktsomt drap kan falle inn under uttrykket ”alvorlig” voldsforbrytelse. Høyesterett vil ikke måtte tolke ordlyden utvidende. (Se punkt 3.3).

Forarbeidene nevner at uaktsomt drap vil kunne omfattes av ordlyden ”alvorlig” voldsforbrytelse, men inntar generelt det standpunkt at uaktsomhetsforbrytelser er utenfor anvendelsesområdet til forvaring<sup>35</sup>. Uttalelsene er her ikke begrunnet nærmere. Forarbeidene inntar imidlertid et klart standpunkt til et sentralt tolkningsspørsmål. Så lenge Høyesterett ikke har avgjort spørsmålet må dette tillegges vekt.

Uaktsomt drap kan ha et mer tilfeldig preg, og den forbryterske vilje manifesterer seg ikke like klart som for forsettlig drap. Det vil imidlertid være forskjell i bebreidelse for bevisst og ubevisst uaktsomhet. Der lovbrøyteren handler bevisst uaktsomt, og dette medfører drap, vil situasjonen være mer alvorlig. En person som begår flere bevisst uaktsomme drap kan klandres som meget hensynsløs. Eksempelvis en person som i beruset tilstand ved flere anledninger bevisst tar sjansen på å kjøre bil, og hvor dette får til følge at han dreper fotgjengere. I en slik situasjon vil det kunne være behov for forvaring for å beskytte samfunnet. Det vil derfor etter vår mening ikke være hensiktsmessig å sette et absolutt skille mot uaktsomme handlinger. Forarbeidene må imidlertid som nevnt ovenfor, få stor betydning de lege lata. Til tross for lovbruddets alvorlige følge mener vi derfor at overtredelse av strl. § 239 ikke kan gi grunnlag for forvaring.

I Rt 1949 s 144 ble en mann dømt til sikring for uaktsomt drap. Det finnes imidlertid ikke nyere rettspraksis hvor sikring er ilagt for uaktsomt drap, og av den grunn er det

---

<sup>35</sup> NOU 1990:5 s 114

noe usikkert om det var omfattet av bestemmelsen ved dens opphør. Det er uklart om det her er noen forskjell mellom forvaring og sikring.

Ved forsettlig grov legemsbeskadigelse, jf strl. § 231, gjør skyldgraden at forbrytelsen må regnes som meget alvorlig. Dette vises også av straffen er minimum 2 års fengsel. Det vil være snakk om meget alvorlige konsekvenser for offeret. Høyesterett har ennå ikke dømt noen til forvaring for overtredelse av strl. § 231. I Høyesteretts dom av 24. september 2003, som vi vil komme tilbake til nedenfor, sies det imidlertid på generelt grunnlag at forsettlig grov legemsbeskadigelse omfattes av forvaringsbestemmelsen. Det fremheves også i forarbeidene at overtredelse av strl. § 231 vil kunne gi forvaring<sup>36</sup>. Etter dette vil strl. § 231 kunne gi grunnlag for forvaring. Forsettlig grov legemsbeskadigelse ble også omfattet av sikringsbestemmelsen, jf for eksempel Rt 1984 s 550.

Uaktsom grov legemsbeskadigelse, jf strl. § 238, vil ha svært alvorlige konsekvenser for offeret. Skyldgraden gjør imidlertid at handlingen er betydelig mindre graverende enn en forsettlig grov legemsbeskadigelse. Strafferammen er inntil 3 år i fengsel i motsetning til minimum 2 år ved forsettlig handling, jf strl. § 231. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet. Forarbeidene inntar det standpunkt at uaktsomme handlinger normalt vil falle utenfor anvendelsesområdet til forvaring<sup>37</sup>. Etter vår mening vil uaktsom grov legemsbeskadigelse ikke kunne gi grunnlag for idømmelse av strl. § 39 c. Selv om følgene er alvorlige for offeret, mener vi at skyldgraden gjør at lovbruddet ikke er alvorlig nok til å gi grunnlag for forvaringsdom. Sett i forhold til uaktsomt drap vil karakteren av lovbruddet være mindre alvorlig, fordi det ikke vil medføre døden for offeret.

Vi kunne ikke finne dommer på sikring for uaktsom grov legemsbeskadigelse, jf strl. § 238. På bakgrunn av at Høyesterett ennå ikke har avgjort spørsmålet i forhold til forvaring, er det uklart om det her er noen forskjell mellom forvaring og sikring.

---

<sup>36</sup> NOU 1990:5 s 84

<sup>37</sup> NOU 1990:5 s 114

Forsettlig legemsbeskadigelse må sies å være ved den nedre grense for voldsforbrytelser som etter sin art kan gi forvaring, jf ovenfor. I dom fra Høyesterett av 24. september 2003 ble en påstand om forvaring ikke tatt til følge. Domfelte var tiltalt på bakgrunn av to overtredelser av strl. § 229 første straffalternativ, jf strl. § 232. Høyesterett uttaler her at ”Etter min mening kan i utgangspunktet en overtredelse av strl. § 229 første straffalternativ ikke gi grunnlag for dom på forvaring. Konsekvensen ville være en utvidelse av den tidsubestemte særreaksjon forvaring til å omfatte et større antall voldsforbrytelser enn lovforarbeidene gir uttrykk for. Jeg tilføyer at dette kan stille seg annerledes i enkelte tilfeller hvor § 232 kommer til anvendelse. Overtredelse av § 229 første straffalternativ kan da etter en konkret bedømmelse fremstå som en ”alvorlig” voldsforbrytelse. Høyesterett tar her enstemmig klart stilling til et spørsmål vedrørende en ny bestemmelse. Dette må tillegges stor vekt. Foreligger skjerpene omstendigheter etter § 232 utelukker altså ikke Høyesterett at også en overtredelse av § 229 første straffalternativ kan gi grunnlag for dom på forvaring. Her er dog retten varsom i ordbruken, og sier at ”dette kan stille seg annerledes i enkelte tilfeller”. I det foreliggende tilfelle ble det ikke aktuelt. Høyesterett viser med dette til at vurderingen i alle tilfeller er konkret. På bakgrunn av dette må overtredelse av strl. § 229, første straffalternativ alene, falle utenfor forvaring strl. § 39 c nr 1.

Høyesterett har ennå ikke tatt standpunkt til om overtredelse av strl. § 229, andre straffalternativ kan føre til forvaring. Når det gjelder strl. § 229, tredje straffalternativ uttaler Høyesterett i ovennevnte dom at ”jeg tar utgangspunkt i at bestemmelsen er ment primært å gjelde drap, grov legemsbeskadigelse og legemsbeskadigelse hvor den uforsettlige følgeskaden er død eller betydelig skade”. Etter dette vil overtredelse av strl. § 229, tredje straffalternativ kunne føre til forvaring.

Forarbeidene<sup>38</sup> støtter Høyesteretts syn når det gjelder tredje straffalternativ i strl. § 229. Det gis uttrykk for at forsettlig legemsbeskadigelse ”vil kunne” gi grunnlag for forvaring, men da først og fremst der følgen er betydelig skade eller død, jf § 229, tredje straffealternativ. Forarbeidene utelukker altså heller ikke at annet straffalternativ kan gi

---

<sup>38</sup> NOU 1990:5 s 84

forvaring, selv om det understrekes at det først og fremst er aktuelt ved tredje straffalternativ. Uttalelsene er korte og uten nærmere begrunnelse. Det kan virke som om at man ikke har ønsket å ta nærmere stilling, men overlate det til rettspraksis. Vekten av forarbeidene vil også her være begrenset.

Det vil etter vår mening være betenkelig å la overtredelse av strl. § 229, annet straffalternativ, gi grunnlag for forvaring. Til sammenligning vil følgene etter tredje straffalternativ vil være langt mer alvorlige for offeret, særlig der hvor offeret dør. Skyldgraden for følgene er dessuten bare den mildeste form for uaktsomhet, culpa levissima. Det er tilstrekkelig at gjerningsmannen ”kunde have indseet Muligheden af en saadan Følge”, jf strl. § 43. Etter vår mening er det betenkelig å ilegge en så alvorlig reaksjon på grunnlag av så liten skyldgrad i forhold til følgen. Her kan det også nevnes at culpa levissima er foreslått avskaffet som skyldform av Straffelovsrådet<sup>39</sup>. Forslaget går ut på at skyldkravet culpa levissima erstattes av et krav om simpel uaktsomhet, og at de uforsettlige følger ved strl. §§ 228, annet ledd og 229, annet og tredje straffalternativ, i stedet inngår i en vurdering av om overtredelsen er å betrakte som grov. Når Straffelovsrådet finner det betenkelig å i det hele tatt operere med culpa levissima som skyld grad, er det etter vår mening også betenkelig å anføre uforsettlige følger som et avgjørende grunnlag for å ilegge forvaring. Argumenter for ikke å ilegge forvaring for uaktsomme handlinger, gjør seg gjeldende også her med større tyngde. Følgen vil ha et enda mer tilfeldig preg enn ved forsettlige og uaktsomme handlinger. De samme betenkeligheter knyttet til skyldgraden gjør seg også gjeldende for tredje straffalternativ. Høyesterett har imidlertid avgjort at tredje straffalternativ kan gi grunnlag for forvaring. Trolig har Høyesterett lagt avgjørende vekt på de alvorlige følger ved tredje straffalternativ. På bakgrunn av dette mener vi derfor at overtredelse av strl. § 229, annet straffalternativ ikke kan gi grunnlag for forvaring.

I Rt 1991 s 1538 ble tiltalte dømt til fengsel og sikring for overtredelse av strl. § 229, første straffalternativ. Så vidt vi kan se vil det her foreligge en forskjell mellom forvaring og sikring.

---

<sup>39</sup> NOU 2002:4 kapittel 13, jf høring – ny straffelov 14. juni 2002

Uaktsom legemsbeskadigelse er straffbart i henhold til strl. § 237. Som nevnt ovenfor er det uklart om legemsbeskadigelse etter sin art omfattes av begrepet alvorlig voldsforbrytelse i § 39 c nr 1. Ved uaktsom legemsbeskadigelse vil følgene for offeret vil være de samme som ved strl. § 229, andre straffealternativ, jf ”Sygdom eller Arbeidsudyktighed, der varer over 2 Uger, eller en uhelbredelig Lyde, Feil eller Skade”. Det vil altså være krav om en legemsbeskadigelse av noe mer alvorlig art. Skyldkravet er imidlertid lavere enn for forsettlig legemsbeskadigelse, og det må derfor anses som en mindre alvorlig forbrytelse. Når det gjelder skyldkravet for følgen er imidlertid kravet strengere i strl. § 237 enn i strl. § 229. Strl. § 237 krever simpel uaktsomhet, mens det er nok med culpa levissima for følgen i strl. § 229. Overtredelse av strl. § 229, andre straffealternativ blir likevel ansett som mer alvorlig. Strafferammen i strl. § 237 er fengsel inntil 6 måneder, mot inntil 6 år i strl. § 229 for de samme følgene.

Spørsmålet om forvaring for uaktsom legemsbeskadigelse har ikke vært avgjort av Høyesterett. Forarbeidene gir uttrykk for at uaktsomme lovbrudd ”vanligvis” eller ”normalt” vil falle utenfor anvendelsesområdet til forvaring<sup>40</sup>. Disse uttalelsene er ikke nærmere begrunnet, og gir liten veiledning. Ettersom det er noe usikkert om legemsbeskadigelse etter sin art er ”alvorlig” voldsforbrytelse, bør man etter vår mening være tilbakeholden med å omfatte de uaktsomme overtredelser. Strafferammen på inntil 6 måneder i fengsel viser at strl. § 237 av lovgiver ikke er vurdert som av de alvorligste voldsforbrytelser. Etter vår mening kan overtredelse av strl. § 237 ikke gi grunnlag for forvaring.

Som nevnt ovenfor vil legemsfornærmelse etter sin art ikke være ”alvorlig” voldsforbrytelse etter strl. § 39 c nr 1. Som nevnt kan det tenkes at dette kan stille seg annerledes dersom legemsfornærmelsen har hatt følger som nevnt i annet ledd, annet straffealternativ. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet. Forarbeidene<sup>41</sup> gir imidlertid uttrykk for at det ikke kan utelukkes at overtredelse av § 228, annet ledd hvor følgen er betydelig skade eller død, kan gi grunnlag for forvaring. Forarbeidene legger dermed avgjørende vekt på de følger legemsfornærmelsen har fått. Forarbeidenes

---

<sup>40</sup> NOU 1990:5 s 114 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

<sup>41</sup> NOU 1990:5 s 84

drøftelse av dette spørsmålet er kortfattet og overfladisk. Det kan virke som om man ikke har ønske å ta et klart standpunkt. Forarbeidene kan derfor her ikke tillegges særlig vekt. (se punkt 3.3).

Det virker veldig strengt å idømme tidsubestemt straff på grunnlag av legemsfornærmelse, også der denne har hatt som følge betydelig skade eller død. Vi mener det er avgjørende at legemsfornærmelse i utgangspunktet etter sin art vil falle utenfor. Det er betenkelig å sette skille ved om handlingen har hatt visse uforsettlig følger. Skyldkravet for slike følger er bare culpa levissima, jf strl. § 43. Som nevnt ovenfor kom Høyesterett til at overtredelse av strl. § 229, tredje straffalternativ kunne gi grunnlag for forvaring. Følgene krever også der bare culpa levissima. Ved strl. § 229, tredje straffalternativ vil likevel legemsbeskadigelsen i seg selv gjøre handlingen mer alvorlig. Etter begge straffebud virker det lite rimelig å idømme forvaring på grunnlag av følger som ikke dekkes av gjerningsmannens forsett. Avgjørende synes imidlertid å være at handlingen i utgangspunktet er grovere etter strl. § 229, tredje straffalternativ, enn etter strl. § 228, annet ledd, annet straffalternativ. Etter vår mening faller legemsfornærmelser etter strl. § 228 annet ledd, annet straffalternativ, utenfor strl. § 39 c nr 1.

Domstolene har flere ganger ilagt sikring for legemsfornærmelse, jf for eksempel Rt 1953 s 471 og Rt 1963 s 823. Forskjellen til forvaring er imidlertid trolig ikke så stor. Nyere rettspraksis idømte ikke sikring på grunnlag av legemsfornærmelse. I for eksempel Rt 1979 s 1008 finnes det blant annet prinsipielle uttalelser om at ”Jeg finner det tvilsomt om voldshandlinger av denne art alene bør føre til idømmelse av sikring”.

#### *- ”alvorlig” seksualforbrytelse*

Neste kategori i § 39 c nr 1 er ”alvorlig” seksualforbrytelse. Innledningsvis finner vi det hensiktsmessig å kommentere litt generelt om seksualforbrytelser. Seksualforbrytelser blir gradert i seksuell omgang, seksuell handling og seksuell atferd, etter alvorlighet. Seksuell omgang er regnet som det mest alvorlige, og de fleste straffebud i strl. kapittel 19 retter seg mot denne kategorien. Et typisk eksempel på seksuell omgang er samleie. Eksempel på seksuell handling er berøring av en annens kjønnsorgan, mens seksuell

adferd kan være blotting. Hver enkelt kategori vil imidlertid omfatte en rekke handlinger, og vi vil ikke gå inn på en fullstendig redegjørelse av dette.

Hvilken kategori en handling klassifiseres under gir en indikasjon på hvor alvorlig den er. Konkrete omstendigheter i saken får derimot normalt større betydning for hvor alvorlig man anser seksualforbrytelsen. Her vil for eksempel forholdet mellom gjerningsperson og offer være viktig. Det kan vises til strl. § 196 i et tilfelle der den seksuelle omgang er frivillig, og gjerningsperson og offer er jevnbyrdige i alder og utvikling. De konkrete omstendighetene gjør at handlingen må regnes som lite alvorlig. På den annen side kan konkrete omstendigheter gjøre at en seksuell handling må regnes som mer alvorlig enn seksuell omgang. Vi kan som eksempel vise til Rt 1996 s 1477. Gjerningsmannen hadde i løpet av to år gjentatte ganger befølt fornærmede på brystene, innenfor klærne. Offeret var 11 år ved første anledning, og gjerningsmannen var en venn av familien. Som følge av overgrepene fikk jenta psykiske problemer i etterkant. Hvordan straffebudet er overtått er også konkrete omstendigheter som vil få betydning for alvorlighetsgraden. Er handlingen begått på en særlig smertefull eller krenkende måte, vil dette gjøre handlingen grovere. Også en rekke andre konkrete omstendigheter kan få betydning. Her kan nevnes om handlingen er begått av flere i fellesskap, om handlingen fikk alvorlige følger for offeret, og om det er brukt vold mot offeret. Oppregningen er selvsagt ikke uttømmende. Det må derfor understrekes at ethvert tilfelle må vurderes konkret.

Skyldgraden vil normalt være et forhold av betydning for hvor alvorlig man anser et lovbrudd for å være. Ved seksualforbrytelser er skyldkravet for de aller fleste lovbrudd forsett. Dette forhold vil derfor ikke være av samme betydning som ved voldsforbrytelser.

Strl. § 192 som omhandler voldtekt vil klart omfattes av begrepet ”alvorlig” seksualforbrytelse. Voldtekt medfører en grov integritetskrenkelse av offeret. I Rt 2002 s 889 og Rt 2002 s 1673 fant Høyesterett vilkårene oppfylt for å idømme forvaring for voldtekt. Enhver voldtekt vil ikke være alvorlig nok til å gi forvaring. De konkrete forhold vil være avgjørende. En gruppevoldtekt der man overfaller en ukjent og forsvarsløs person må anses som mer alvorlig enn hvor gjerningsmannen og offer er i et

kjærlighetsforhold, og voldtekten ellers ikke er grov. Voldtekt § 192 ble også klart omfattet av sikringsbestemmelsen, se for eksempel Rt 1994 s 460. Det er her ingen forskjell mellom forvaring og sikring.

Strl. § 195 omhandler seksuell omgang med barn under 14 år. Etter ordlyden må dette være en ”alvorlig” seksualforbrytelse. At offeret er barn under 14 år gjør handlingen alvorlig. Det finnes ennå ingen Høyesterettspraksis på dette området. Forarbeidene nevner strl. § 195 som eksempel på lovbrudd under kategorien ”alvorlig” seksualforbrytelse<sup>42</sup>. Strafferammen er fengsel i inntil 10 år, og under skjerpene omstendigheter fengsel i 21 år. I de fleste tilfeller er det moralsk sett snakk om meget forkastelige handlinger som rammer barn. Et slikt lovbrudd synes å fall inn under kjerneområde til strl. § 39 c nr 1. Etter vår mening må overtredelse av strl. § 195 kunne gi grunnlag for forvaring. Strl. § 195 ble klart omfattet av sikringsbestemmelsen, jf Rt 1999 s 1895. Det ser altså ut til ikke å være noen forskjell mellom forvaring og sikring her.

Strl. § 196 setter straff for den som har seksuell omgang med barn under 16 år. Sett i sammenheng med strl. § 195 vil strl. § 196 ramme seksuell omgang med barn mellom 14 og 16 år. En overtredelse av § 196 vil normalt være noe mindre alvorlig enn under § 195, ettersom overgrepet rammer eldre barn. Strafferammen er også lavere. Likevel er det snakk om en grov handling som rammer mindreårige. Ordlyden tilsier at overtredelser av § 196 må være ”alvorlig” seksualforbrytelse.

Spørsmålet om overtredelse av strl. § 196 kan gi grunnlag for forvaring ikke vært oppe for Høyesterett. Forarbeidene nevner ikke strl. § 196 som et aktuelt lovbrudd under ”alvorlig” seksualforbrytelse. Det kan virke litt merkelig at denne bestemmelsen ikke er kommentert. Forarbeidene legger dog ikke opp til en fullstendig redegjørelse for hvilke straffebed som kan tenkes omfattet.

Bestemmelsen ligger trolig ikke i kjerneområdet for forvaring, men det kan ikke utelukkes at overtredelser av bestemmelsen bør kunne gi grunnlag for forvaring. Her vil

---

<sup>42</sup> NOU 1990:5 s 84



de konkrete forhold i saken spille inn. Behovet for å beskytte samfunnet vil kunne være det samme som under strl. § 195. Det trenger for eksempel ikke være stor forskjell mellom overgrep mot en jente på 13 år som rammes av strl. § 195, og tilsvarende overgrep mot en jente på 14 år, som vil subsumeres under strl. § 196. Handlingen er av krenkende karakter og offeret for overgrepet er barn, som ofte ikke vil ha gode forutsetninger for å beskytte seg selv. Lovbruddet vil av den grunn være grovt. Strafferammen er henholdsvis fengsel i inntil 5 år, og i nærmere angitte tilfeller fengsel i inntil 15 år. Dette må sies å være strengt. Disse hensyn mener vi tilsier at strl. § 196 kan gi grunnlag for forvaring etter strl. § 39 c nr 1.

I Rt 1960 s 129 ble en mann dømt til sikring for overtredelser av strl. § 196. På dette punkt finner vi derimot ikke nyere rettspraksis der sikring er idømt kun for overtredelser av § 196. Det finnes dog flere dommer der retten har ilagt sikring for overtredelse av § 196 i kombinasjon med andre straffebud. Hvorvidt det er noen forskjell mellom forvaring og sikring på dette punktet er det derfor vanskelig å si noe sikkert om.

Strl. § 193 rammer den som skaffer seg eller en annen seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold, eller utnytter noen som har psykisk lidelse/utviklingshemming til det samme. Misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold medfører utnyttelse av makt. Det er også her snakk om en alvorlig krenkelse av offeret. Graden av handlingens klanderverdighet kan imidlertid variere. I motsetning til strl. § 192 er det ikke i § 193 et krav at lovbrøtteren har brukt vold eller truende atferd. Slik kynisk adferd vil kunne falle inn under ordlyden ”alvorlig” seksualforbrytelse i strl. § 39 c nr 1.

Det finnes ennå ingen rettspraksis der forvaring er idømt for brudd på strl. § 193. Forarbeidene nevner uttrykkelig at det kan bli aktuelt med forvaring på grunnlag av § 193<sup>43</sup>. Utnyttelse av psykisk makt kan være like krenkende for offeret som fysisk maktbruk. Et overgrep fra en person offeret har tillit til vil normalt gjøre handlingen mer krenkende. Strafferammen er fengsel i inntil 5 år, og gir et signal om at lovgiver anser dette for å være et graverende lovbrudd. Disse hensyn taler etter vår mening for at strl. §

---

<sup>43</sup> NOU 1990:5 s 84

193 vil kunne gi forvaring. Konkrete omstendigheter kan imidlertid tilsi at det ikke bør gis forvaring. En sjef som har seksuell omgang med en ansatt trenger for eksempel ikke være så grovt at forvaring er en forholdsmessig reaksjon.

Strl. § 193 avløste tidligere strl. § 194. Realitetsinnholdet er det samme. Vi finner ingen høyesterettspraksis der sikring har vært idømt for overtredelse av tidligere strl. § 194. Det er uklart om det er noen forskjell mellom forvaring og sikring her.

Strl. § 194 rammer den som misbruker sin myndighet eller oppsikt i nærmere angitte institusjoner, til å skaffe seg seksuell omgang. Heller ikke her er det et krav at gjerningsmannen har brukt vold eller truende atferd. Myndighetspersoner i institusjonene står i et maktforhold til offeret. Graden av handlingens klanderverdighet vil også her variere. Overtredelse av strl. § 194 vil falle innenfor ordlyden ”alvorlig” seksualforbrytelse i strl. § 39 c nr 1.

Det finne ennå ikke høyesterettspraksis på forvaring for strl. § 194. Forarbeidene nevner heller ikke strl. § 194. Årsaken til dette er trolig at bestemmelsen trådte i kraft etter utarbeidelsen av forarbeidene.

Mange av de samme hensyn som under § 193 gjør seg også gjeldende her. Det må hvile en særlig moralsk forpliktelse på de personer som innehar slike viktige samfunnsoppgaver. Dette er oppgaver som gjerne det offentlige har påtatt seg. En slik stilling vil ofte innebære et tillitsforhold mellom offer og gjerningsperson. Misbruk av en slik posisjon må sies å gjøre handlingen ekstra graverende. Ofre for denne type forbrytelser er gjerne spesielt sårbare, og har liten mulighet til å beskytte seg selv mot overgrep. Etter vår mening bør strl. § 194 i visse tilfelle kunne gi grunnlag for forvaring.

Tidligere strl. § 212 som omhandlet utuktig handling er opphevet ved lov 11. august 2000 nr 76. Bestemmelsen ble ved nevnte lov videreført i strl. §§ 200 og 201. Realitetsinnholdet i disse bestemmelsene er ikke endret i forhold til strl. § 212<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 28 (1999-2000) s 20

Strl. § 200 setter straff for ”seksuell handling med noen som ikke har samtykket til det”. Uttrykket ”seksuell handling” erstatter uttrykket ”utuktig handling” i tidligere § 212. Loven krever at den seksuelle handlingen er foretatt ”med noen”. I tillegg må den være foretatt mot noen som ikke har samtykket til den. Et typisk eksempel på overtredelse av strl. § 200 vil være hvor lovbrøyteren berører offerets kjønnsorganer eller bryster, eller får offeret til å berøre ham. Straffen skjerpes i andre og tredje ledd. I annet ledd vil offeret være under 16 år. Annet ledd rammer også de tilfeller hvor barn under 16 år forledes ”til å utvise seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd som nevnt i § 201”. Etter tredje ledd må lovbrøyteren tidligere ha vært dømt etter denne paragraf eller de øvrige som er nevnt der, eller overtredelsen må ha skjedd under særdeles skjerpende omstendigheter. Det er noe uklart hvorvidt overtredelse av strl. § 200 faller inn under ordlyden i strl. § 39 c nr 1.

Hvorvidt overtredelse av strl. § 200 kan gi grunnlag for forvaring har ikke vært oppe for Høyesterett. Bestemmelsen er heller ikke nevnt i forarbeidene som eksempel på hva lovgiver mener faller inn under kategorien ”alvorlig seksualforbrytelse”.

Strafferammen er fengsel i inntil ett år i første ledd, men skjerpes til fengsel i inntil tre og seks år i henholdsvis annet og tredje ledd. Følgelig er strafferammen ikke spesielt høy sammenlignet med strl. §§ 192 og 195. Handlingens straffverdighet er lavere enn ved seksuell omgang. Likevel vil overtredelse av strl. § 200 kunne innebære en grov handling, særlig hvor man kan subsumere forholdet under annet eller tredje ledd. Strafferammen i annet og tredje ledd er betydelig strengere enn første ledd. Etter vår mening kan det ikke utelukkes at overtredelse av strl. § 200 kan være tilstrekkelig alvorlig til å gi forvaring. Dette synes derimot mest aktuelt ved overtredelse av annet eller tredje ledd, hvor de konkrete forhold gjør handlingen grovere. For eksempel hvor en onkel ved flere anledninger på en smertefull måte har befølt kjønnsorganene til sine mindreårige nieser. Det vil være de konkrete omstendigheter i saken som avgjør.

Strl. § 201 retter seg mot ”seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd”, og erstatter det gamle uttrykket ”utuktig atferd” i tidligere strl. § 212 første ledd.

Lovbrøyteren trenger ikke å være i fysisk kontakt med offeret, handlingen skjer overfor

det. Et eksempel på en handling som typisk vil rammes av bestemmelsen er blotting. Etter ordlyden kan ikke dette sies å være en ”alvorlig” seksualforbrytelse. Ingen er dømt til forvaring for overtredelse av strl. § 201, og forarbeidene behandler heller ikke bestemmelsen.

Lovbruddet er den minst alvorlige formen for seksualforbrytelser. Dette taler sterkt for at det vil falle utenfor forvaringens anvendelsesområde. Strafferammen er fengsel i inntil ett år, som er lavt sammenlignet med de øvrige seksuallovbruddene. At offeret heller ikke rammes fysisk taler også for at vi her ikke har med de mest alvorlige lovbruddene å gjøre. Vi mener at disse hensynene taler klart for at strl. § 201 faller utenfor strl. § 39 c nr 1.

I eldre rettspraksis var det vanlig at sikring ble ilagt for overtredelser av strl. § 212, jf blant annet Rt 1964 s 795, Rt 1959 s 222 og Rt 1958 s 798. Disse dommene er forholdsvis gamle, og som sagt ovenfor skjedde det en innskjerpning i sikringspraksisen. Ved nyere høyesterettspraksis rundt strl. § 212 synes det som om forskjellen mellom forvaring og sikring er mindre. I Rt 1995 s 891 ble det av Høyesterett uttalt at sikring ville være en for streng reaksjon for overtredelse av strl. § 212. Sikring ble imidlertid ofte idømt der § 212 var overtrådt sammen med andre bestemmelser, jf for eksempel Rt 1999 s 1895 og Rt 1998 s 1262.

- ”alvorlig” frihetsberøvelse

Strl. § 39 c nr 1 nevner videre ”alvorlig” frihetsberøvelse som en kategori lovbrudd som kan gi grunnlag for forvaring. Første aktuelle straffebud er strl. § 223. Den straffbare handling i første ledd er ”å ulovlig berøve en anden Friheden”. Ikke enhver frihetsberøvelse kan karakteriseres som alvorlig. Momenter som varighet og omstendigheter for øvrig vil være av betydning. Ordlyden i strl. § 39 c nr 1 er her uklar, og åpner for at frihetsberøvelse etter § 223, første ledd kan karakteriseres som ”alvorlig”. Frihetsberøvelse etter annet ledd må ha vart i over en måned, ha medført ualminnelig lidelse, betydelig skade på legeme eller helbred, eller død. En slik frihetsberøvelse er meget inngripende ettersom den har vart lenge, eller hatt alvorlige

konsekvenser for offeret. Frihetsberøvelse etter strl. § 223 annet ledd vil falle innenfor ordlyden i strl. § 39 c nr 1.

Forvaring er ennå ikke idømt av Høyesterett for overtredelse av strl. § 223, verken første eller annet ledd. Forarbeidene<sup>45</sup> nevner at strl. § 223, annet ledd kan være ”alvorlig” frihetsberøvelse. Forarbeidene vil heller ikke ”utelukke” at § 223, første ledd kan gi grunnlag for forvaring. Forarbeidene vil her trolig ha større betydning for annet ledd enn første ledd, ettersom uttalelsene om første ledd er meget vage.

Frihetsberøvelse er en inngripende integritetskrenkelse. Det vil imidlertid bero på de konkrete omstendigheter hvor alvorlig den vil være. Strafferammen etter strl. § 223, første ledd er fengsel i inntil 5 år, mens den etter annet ledd er fengsel i inntil 10 år. Straffen etter annet ledd er her dobbelt så høy som etter første ledd, og gir uttrykk for at handlinger etter annet ledd er mer straffverdige enn de etter første ledd.

Hvorvidt overtredelse av første ledd bør lede til forvaring er noe usikkert. Det er klart at de minst alvorlige tilfellene av frihetsberøvelse etter § 223, første ledd ikke kan gi grunnlag for forvaring. Frihetsberøvelse trenger ikke å ha skjedd med makt. Der stilles heller ingen krav til dens lengde og den trenger ikke hatt noen fysisk innvirkning på offeret. For de tilfeller under første ledd som ligger nært opp til annet ledd, vil forbrytelsen kunne være graverende. Forarbeidene utelukker heller ikke forvaring for overtredelser av første ledd. Etter vår mening vil disse lovbruddene i noen tilfelle kunne være så alvorlige at de kan gi grunnlag for forvaring. Det kan for eksempel være snakk om en frihetsberøvelse som har vart i litt under en måned. Dette mener vi må regnes som et graverende tilfelle, selv om det ikke fikk alvorlige konsekvenser for offeret. Vi finner det videre utvilsomt at overtredelse av annet ledd kan gi forvaring.

Vi har ikke funnet høyesterettspraksis på sikring for frihetsberøvelse. Det finnes flere eksempler fra rettspraksis hvor sikring er idømt for frihetsberøvelse sammen med andre straffebud. I Rt 1994 s 395 ble en mann idømt sikring i byretten for frihetsberøvelse, men Høyesterett lot sikringsbemyndigelsen utgå fordi de mente at det ikke forelå

---

<sup>45</sup> NOU 1990:5 s 84

kvalifisert fare for gjentakelse. I dommen var frihetsberøvelse etter strl. § 223, første ledd som var aktuelt, men forholdet ble mer alvorlig ettersom § 228, første ledd, jf § 232 og § 212, første ledd nr 3 også var overtrådt. Selv om det ikke ble gitt sikring i dette tilfelle, viser dommen at frihetsberøvelse er av de typer lovbrudd som kunne medføre sikring. Se også Rt 1977 s 246 og Rt 1970 s 904. Det synes her som om det ikke er noen forskjell mellom forvaring og sikring.

Strl. § 222 retter seg mot den som ” ved rettsstridig atferd eller ved å true med sådan tvinger noen til å gjøre, tåle eller undlate noget”. Etter ordlyden er det ikke helt klart hva som ligger i uttrykkene ” å gjøre, tåle eller undlate noget”. Det aktuelle alternativet som kan omfatte frihetsberøvelse må likevel være ”tåle”, da de øvrige etter ordlyde ikke kan sies å være dekkende. Etter ordlyden må man tåle ”noget”. Dette er et uttrykk uten bestemt innhold. Trolig vil frihetsberøvelse kunne være å ”tåle noget”.

Så langt har ikke Høyesterett tatt stilling til spørsmålet om strl. § 222 kan gi grunnlag for forvaring etter § 39 c nr 1. Heller ikke i underrettspraksis har noen vært dømt til forvaring kun for overtredelse av strl. § 222. Forarbeidene nevner at det ikke kan utelukkes at en overtredelse av strl. § 222 kan gi grunnlag for forvaring<sup>46</sup>. Også her er uttalelsene i forarbeidene kortfattet og overfladisk. Vekten av forarbeidene vil derfor være liten. Spørsmålet må sies å være uklart. Frihetsberøvelse er selvsagt en alvorlig integritetskrenkelse. At den skjer ved enten rettsstridig atferd, trusler eller tvang gjør også handlingen mer alvorlig. Strafferammen er bøter eller fengsel inntil tre år, hvilket må sies å ikke være spesielt strengt. Hensynet til forholdsmessighet mellom lovbrudd og reaksjon taler for at mindre grove tilfeller ikke kan gi grunnlag for forvaring. Er lovbruddet begått under særdeles skjerpene omstendigheter, jf strl. § 232, forhøyes strafferammen til fengsel i inntil 6 år, jf strl. § 222, første ledd annet punktum. Handlingen vil i disse tilfellene være av vesentlig mer alvorlig karakter. Under tvil vil vi derfor hevde at de mest alvorlige overtredelsene av strl. § 222 første punktum må anses som ”alvorlig” frihetsberøvelse som kan medføre forvaring etter strl. § 39 c nr 1.

---

<sup>46</sup> NOU 1990:5 s 84

Det finnes ikke eksempler i rettspraksis på at noen har vært dømt til sikring kun for overtredelser av strl. § 222. Derimot finnes flere eksempler der sikring ble idømt for brudd på andre straffebud sammen med strl. § 222. Et eksempel er Rt 1988 s 69. Høyesterett påpekte i denne sak at frihetsberøvelsen hadde vold ualminnelig smerte for offeret. Her må det bemerkes at lovbrøyteren hadde begått flere svært grove forbrytelser. Etter rettspraksis synes det ikke å være noen forskjell mellom forvaring og sikring på dette punkt.

- *”alvorlig” ildspåsettelse*

Neste kategori lovbrudd er ”alvorlig” ildspåsettelse. Strl. § 148 rammer ildspåsettelse ”hvorved tap av menneskeliv eller uttrakt ødelæggelse av fremmed eiendom lett kan forårsakes”. Ildspåsettelse hvor tap av menneskeliv lett kan forårsakes vil klart kunne være en ”alvorlig” ildspåsettelse etter strl. § 39 c. Dette må følge av de alvorlige konsekvenser handlingen da kan få. ”Lett kan forårsakes” må tolkes slik at abstrakt farefremkallelse ikke er nok for å overtre straffebudet. Det må kreves en høy faregrad for tap av menneskeliv som følge av ildspåsettelsen. Strafferammen skjerpes dersom ildspåsettelsen faktisk medfører død eller betydelig skade på legeme eller helbred. Her kreves imidlertid bare culpa levissima med hensyn til følgen, jf strl. § 43.

Høyesterett har hittil ikke behandlet spørsmålet om hvorvidt overtredelser av strl. § 148 kan gi grunnlag for dom på forvaring. Derimot har spørsmålet flere ganger vært oppe i underrettspraksis. I RG 2003 s 641 kom lagmannsretten til at overtredelse av strl. § 148 ga grunnlag for forvaring.

Strl. § 148 er i forarbeidene<sup>47</sup> nevnt som eksempel på et straffebud som faller inn under kategorien ”alvorlig” ildspåsettelse. Det fremholdes at en overtredelse av strl. § 148 må ha hatt følgene dødsfall, skade eller faktisk satt menneskeliv i fare, for å kunne gi grunnlag for forvaring. En handling som under andre ytre omstendigheter kunne være farlig, er ikke tilstrekkelig.

---

<sup>47</sup> NOU 1990:5 s 114

Ildspåsettelse etter § 148 kan i de tilfellene handlingen har hatt dødsfølge eller medført skade på liv eller helbred sammenlignes med drap og legemsbeskadigelse.

Konsekvensene av handlingen vil være like alvorlig. Imidlertid er skyldkravet for følgene i strl. § 148 bare culpa levissima, noe som gjør det mindre alvorlig. Likevel er straffeverdigheten av overtredelse av strl. § 148 regnet for å være høy. Dette vises ved at strafferammen er fra 2 til 21 år. De viktige rettsgoder som krenkes eller utsettes for fare, gjør at det kan være behov for samfunnsbeskyttelse. Typisk mot personer som foretar gjentatte ildspåsettelser. Etter dette vil overtredelse av strl. § 148 kunne gi grunnlag for forvaring.

Sikring har vært ilagt for overtredelse av strl. § 148. I Rt 1995 s 1756 ble en mann dømt til 12 års fengsel og 5 års sikring for blant annet 28 tilfeller av ildspåsettelse og forsøk på ildspåsettelse. For denne bestemmelsen er det ingen forskjell mellom forvaring og sikring.

En annen bestemmelse som kan tenkes subsumert under ”alvorlig” ildspåsettelse er strl. § 291, jf strl. § 292, som rammer grovt skadeverk. Den rettsstridige handling må bestå i å ødelegge, skade, gjøre ubrukelig eller forspille en gjenstand, jf strl. § 291. Ved vurderingen etter strl. § 292 av om skadeverket er grovt, nevner bestemmelsen momenter det skal legges vekt på. Ett av momentene er om skaden har voldt fare for andres liv eller helbred. Dette vil være den sentrale vurderingen i forhold til spørsmål om forvaring etter strl. § 39 c nr 1. Det vil bare være aktuelt med forvaring i de tilfeller hvor liv eller helbred ble utsatt for fare. Ildspåsettelse vil klart kunne ødelegge, skade, gjøre ubrukelig eller forspille en gjenstand, og derved utsette andres liv eller helse for fare.

Høyesterett har ikke tatt stilling til om overtredelse av strl. § 291, jf § 292 kan gi forvaring etter strl. § 39 c nr 1. Underrettspraksis har imidlertid i flere tilfeller funnet at overtredelser av strl. § 291, jf. § 292 kvalifiserer til forvaringsdom, jf. for eksempel Agder lagmannsretts dom av 13. juni 2003. Den aktuelle forbrytelsen ble subsumert som en ”mindre alvorlig forbrytelse” jf strl. § 39 c nr 2. Derimot påpekte retten at de tidligere overtredelsene av strl. § 291, jf § 292 måtte anses som ”alvorlig” ildspåsettelse etter nr 1.



Strl. § 291, jf § 292 nevnes også i forarbeidene<sup>48</sup> som en bestemmelse som kan være aktuell som ”alvorlig” ildspåsettelse. Forarbeidene fremhever situasjonen hvor det er tilfeldigheter som gjør at forholdet ikke ble så grovt at strl. § 148 kom til anvendelse. Det vil særlig være slike tilfeller som vil kunne bli aktuelle for forvaring. En overtredelse av strl. § 291, jf § 292 vil imidlertid normalt være betydelig mindre alvorlig enn overtredelse av strl. § 148. Dette kan man blant annet se ved å sammenligne strafferammen i bestemmelsene. Maksimumsstraffen for strl. § 291, jf § 292 er fengsel inntil 6 år, i motsetning til 21 år ved strl. § 148. Vi mener likevel at overtredelse av § 291, jf § 292 i visse tilfeller kan føre til forvaring. Dette gjelder særlig der overtredelsen ligger nært opp til strl. § 148.

Rettspraksis viser at overtredelse av strl. § 291, jf § 292 kunne gi grunnlag for sikring. Som eksempel ble en mann i Rt 1984 s 1020 dømt til sikring med sikringsmidlene a - f for tre overtredelser av strl. § 291, jf 292. Ettersom Høyesterett ikke har avgjort spørsmålet for forvaring, er det ennå usikkert om det her er noen forskjell mellom forvaring og sikring.

- ”annen alvorlig forbrytelse”

Til slutt nevnes samlekategorien ”annen alvorlig forbrytelse” som krenket andres liv, helse eller frihet eller utsatte disse rettsgodene for fare. Begrepet ”annen alvorlig forbrytelse” er meget vagt. Ordet ”annen” peker i retning av at det må være en forbrytelse av lignende art som de foranstående. Dette vises også av at forbrytelsen må ha krenket ”andres liv, helse eller frihet”. Alvorlighetsgraden som kreves må ses i sammenheng med de krav som stilles for de øvrige oppregnede kategorier.

I Rt 2002 s 1683 kom Høyesterett til at overtredelse av strl. § 229, første straffealternativ, jf § 232 og strl. § 227, annet straffealternativ, kunne regnes som en annen ”alvorlig” forbrytelse etter strl. § 39 c nr 1. Som nevnt ovenfor vil strl. § 229, første straffealternativ, jf strl. § 232, være en voldsforbrytelse som normal ikke kan

---

<sup>48</sup> NOU 1990:5 s 114

subsumeres under kategorien ”alvorlig” voldsforbrytelse. Vi viser her til omtalen av Høyesteretts dom av 24. september 2003 ovenfor. Rt 2002 s 1683 viser imidlertid at kategoriene ikke er avgjørende, og at flere forbrytelser i sammenheng vil kunne utgjøre annen ”alvorlig” forbrytelse. For øvrig har Høyesterett ikke tatt stilling til hva som kan subsumeres under ”annen alvorlig forbrytelse”.

Forarbeidene<sup>49</sup> gir uttrykk for at det ikke er mulig å angi alle tenkelig forbrytelser som vil kunne gi grunnlag for forvaringsdom. Det nevnes noen eksempler på forbrytelser som kan falle inn under denne samlekategorien. Forarbeidene fremholder særlig brudd på strl. kapittel 14, herunder §§ 145 om livstruende forurensning, 148 om sprengning, 151 a om flykapring og 151 b om datakriminalitet og dessuten alvorlige trusler strl. § 227. For å være alvorlig fremhever forarbeidene<sup>50</sup> at truslene må være ”av kvalifisert art – var alvorlig ment”. Oppramsingen i forarbeidene er ikke ment å være uttømmende.

Vi mener strl. § 39 c nr 1 her må tolkes med varsomhet. ”Annen alvorlig forbrytelse” bør ikke omfatte for mange tilfeller. Vi viser her vil vår vurdering under punkt 6.1.

#### 4.2.5 ”Mindre alvorlig forbrytelse av samme art” i strl. § 39 c nr 2

I strl. § 39 c nr 2 kan som nevnt en ”mindre alvorlig forbrytelse av samme art” gi grunnlag for forvaring. ”Mindre alvorlig” er et meget vagt begrep. Som nevnt ovenfor vil alvorlighet være et gradsspørsmål. Isolert sett tyder ”mindre alvorlig” på at kravet ikke er spesielt strengt. Uttrykket må imidlertid ses i sammenheng med tolkningen av nr 1, som omhandler meget alvorlige forbrytelser. Ordlyden ”mindre alvorlig” vil da ikke være synonymt med lite alvorlig. For øvrig gir ordlyden liten veiledning med hensyn til den alvorlighetsgrad som kreves. Det er vanskelig å fastslå den nedre grense.

Den mindre alvorlige forbrytelsen etter nr 2 må videre være av ”samme art” som nevnt i nr 1. Det vises her til de oppregnede kategoriene i nr 1. Da disse kategoriene ikke er

---

<sup>49</sup> NOU 1990:5 s 114

<sup>50</sup> NOU 1990:5 s 114 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

klart fastlagt, er det noe uvisst hva som vil være av ”samme art”. Forbrytelsen må ha likhetstrekk med forbrytelsene i nr 1. ”Samme art” må bety at også den mindre alvorlige forbrytelsen må ha ”krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatt disse rettsgodene for fare”. Det vises her til drøftelsen ovenfor under punkt 4.1.3. Hvor det foreligger forskjeller mellom nr 1 og 2 i forhold til dette krav, vil vi komme nærmere tilbake til det nedenfor.

Det finnes ennå ingen høyesterettspraksis på forvaring etter strl. § 39 c nr 2. Derimot finnes underrettspraksis som kan brukes som illustrasjon. Et eksempel her kan være Agder lagmannsretts kjennelse av 13. juni 2003, hvor en mann ble dømt til forvaring etter strl. § 39 c nr 2 for ildspåsettelse. Lagmannsretten fant den tidligere ildspåsettelsen så alvorlig at den tilfredsstilte vilkårene i nr 1. Ved den andre ildspåsettelsen forelå bare abstrakt fare. Tiltalte hadde tent på et bolighus hvor beboerne for anledningen var bortreist. Retten kom til at slik abstrakt farefremkallelse var tilstrekkelig etter strl. § 39 c nr 2.

Forarbeidene støtter ordlyden i at ”mindre alvorlig” må tolkes slik at forbrytelsen ikke trenger å være like alvorlig som ved nr 1. Det understrekes likevel at forbrytelsen må være av samme art som i nr 1, enten ved at det gjelder en mindre alvorlig forbrytelse av de oppregnede kategorier, eller en annen forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet eller utsatte disse rettsgodene for fare<sup>51</sup>. Utover dette kommenterer forarbeidene i liten grad hva som vil være ”mindre alvorlig forbrytelse av samme art”. Forarbeidene tar det standpunkt at abstrakt farefremkallelse vil være tilstrekkelig alvorlig under nr 2<sup>52</sup>. Forarbeidene skiller på dette punkt mellom nr 1 og nr 2. Med abstrakt farefremkallelse mener som nevnt forarbeidene at situasjonen under andre omstendigheter ville blitt farlig. At det bare ble abstrakt fare skulle tilsi at handlingen ble mindre alvorlig. Til tross for dette mener forarbeidene at slike lovbrudd på nærmere vilkår er alvorlig nok til å idømme forvaring etter strl. § 39 c nr 2. Forarbeidene støttes her av ovennevnte lagmannsrettsdom. På bakgrunn av forarbeidene og underrettspraksis

---

<sup>51</sup> NOU 1990:5 s 115

<sup>52</sup> NOU 1990:5 s 115 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

vil trolig abstrakt farefremkallelse være tilstrekkelig som ”mindre alvorlig forbrytelse” etter strl. § 39 c nr 2.

Som nevnt ovenfor vil uaktsomme handlinger ha et mer tilfeldig preg som gjør at de ikke er like alvorlige. Ovenfor kom vi til at uaktsomme handlinger falt utenfor strl. § 39 c nr 1. Spørsmålet blir så om uaktsomme forbrytelser kan omfattes av strl. § 39 c nr 2. Høyesterett har ikke avgjort spørsmålet. Forarbeidene taler som nevnt tidligere imot at uaktsomme handlinger skal omfattes av strl. § 39 c. Det finnes heller ingen underrettspraksis.

En innvending mot å la uaktsomme handlinger omfattes av strl. § 39 c nr 2 er at nettopp skyldgraden er sentral. Utgangspunktet er at en lovbrøyer som handler uaktsomt er mindre å bebreide enn en som handler forsettlig. Imidlertid finnes det ulike grader av uaktsomhet. Det vil være en glidende overgang mellom skyldformene. Den bevisste uaktsomhet vil kunne ligge opp i mot grensen til forsett. Det kan rettes sterk bebreidelse mot en lovbrøyer som gjentatte ganger handler bevisst uaktsomt. Hensynsløsheten gjør forbrytelsen graverende. Ved for eksempel gjentatte uaktsomme drap vil det etter vår mening kunne være grunnlag for å gi forvaring etter strl. § 39 c nr 2.

#### 4.2.6 Krav til tidligere begått forbrytelse

I strl. § 39 c nr 1 er det ikke noe krav om at tiltalte har begått en tilsvarende forbrytelse tidligere. Som nevnt under punkt 2 ble loven endret slik at forvaring kan idømmes på grunnlag av en enkelt forbrytelse. Det som opprinnelig var tenkt som et vilkår, er altså endret til et viktig moment ved den skjønnsmessige farevurdering.

For å kunne idømme forvaring etter strl. § 39 c nr 2, er det derimot krav til at lovbrøyeren også tidligere har begått eller forsøkt å begå en forbrytelse som nevnt under nr 1. Fordi det her er tilstrekkelig med en mindre alvorlig forbrytelse, er vilkårene strengere.

I henhold til ordlyden er det noe uklart hva som kreves når det vises til at den tidligere forbrytelsen må være ”begått”. Det sies ikke uttrykkelig at man må være straffedømt for denne. Ordlyden kan tolkes slik at det må sannsynliggjøres (over 50 %) at den tidligere forbrytelse er ”begått”. En annen tolkning er at dette må bevises med samme strenge beviskrav som vil gjelde for den forbrytelse som lovbryteren nå står tiltalt for, altså nærmere 100 % sannsynlighet. Ordlyden gir ikke noe svar på hvilken tolkning som må legges til grunn.

I henhold til forarbeidene<sup>53</sup> er det ikke noe krav at lovbryteren er dømt for den tidligere forbrytelse. Det kan for eksempel være at lovbryteren var mindreårig eller sinnssyk ved den første forbrytelsen. Forarbeidene tar også det standpunkt at det vil være riktig ”langt på vei” å benytte samme bevisbyrderregel ved spørsmålet om tiltalte har begått den tidligere handling, som ved spørsmålet om han er skyldig etter den aktuelle forbrytelse han er tiltalt for. Vi tolker forarbeidene slik at tvil skal komme tiltalte til gode også her. Etter vår mening er dette den beste løsning ut i fra de to tolkninger av ordlyden som nevnt ovenfor. Man opprettholder da en viktig rettssikkerhetsgaranti for tiltalte. Det bør stilles strenge krav til bevis for å konstantere at han har ”begått” en straffbar handling. Dette er viktig fordi konsekvensen er at tiltalte kan bli idømt forvaring, dersom de øvrige vilkår er oppfylt. En slik streng straff må bygge på et sikkert bevisgrunnlag. Etter dette må ”begått” bety at de samme beviskrav vil gjelde for den tidligere, som for den nåværende forbrytelse.

En annen sak er at dette beviskravet vil være vanskelig å oppfylle der det ikke forligger en tidligere straffedom. Normalt må det kreves en betryggende rettslig prosess for å konstantere den tidligere straffbare handling. I slike tilfeller kan man få et problem med en form for ”prosess i prosessen”. Domstolen må ta stilling til både den nåværende og tidligere handling i samme rettssak. Forutsetningene for å bevise den tidligere handling kan være dårlige. Ettersom tiltalte ikke tidligere er dømt for handlingen, trenger den for eksempel ikke være etterforsket. Tiden som er gått kan gjøre det vanskeligere å bevise handlingen for domstolen.

---

<sup>53</sup> NOU 1990:5 s 115

Ordlyden krever også at det må "antas å være en nær sammenheng" mellom den tidligere begåtte forbrytelse og den nåværende. "Nær sammenheng" virker litt strengt, mens "må det antas" trekker i motsatt retning. Det er vanskelig å si ut ifra ordlyden hva som kreves. Forbrytelsene må ha en viss tilknytning til hverandre. De kan ikke være av helt ulik karakter. En voldsforbrytelse og en vinningsforbrytelse vil således ikke oppfylle kravet. Det er imidlertid et åpent spørsmål ut ifra ordlyden om de to forbrytelsene må være av samme kategori, for eksempel to voldsforbrytelser, for å tilfredsstille kravet til "nær sammenheng".

Som nevnt finnes det ennå ingen høyesterettsdom på forvaring etter strl. § 39 c nr 2, men i lagmannsrettsdommen nevnt under foregående punkt, fant man at det forelå tilstrekkelig nær sammenheng mellom den tidligere og nåværende forbrytelse. Lagmannsretten mente at begge ildspåsettelsene var utslag at et gjennomgående handlingsmønster hos tiltalte.

Forarbeidene sier for øvrig lite om hva som må regnes som "nær sammenheng", men viser til at forbrytelsene gjerne vil være utslag av samme sinnslidelse hos lovbryteren. Trolig må man se vilkåret om "nær sammenheng" i sammenheng med vilkåret om fare for gjentakelse. Fordi det er slik nær tilknytning mellom forbrytelsene, frykter man fare for gjentakelse. Det er på dette grunnlag det legitimeres å idømme forvaring for en "mindre alvorlig forbrytelse". Spørsmålet blir gjerne om det kan ses et gjennomgående handlingsmønster hos lovbryteren. Hvor handlingene er mer enkeltstående, eller av ulik karakter, vil dette ikke være tilfelle. Kravet til "nær sammenheng" vil da ikke være oppfylt. Etter vår mening er det imidlertid ikke hensiktsmessig å kreve at forbrytelsene må være av samme kategori før man kan si at de har "nær sammenheng". Som eksempel kan lovbryteren først gjøre en alvorlig voldsforbrytelse og senere komme med alvorlige trusler om slike. Vi mener at et slikt tilfelle kan tilfredsstille vilkåret.

#### 4.3 Fare for gjentakelse

For å idømme forvaring er det et vilkår at det er fare for gjentakelse. I strl. § 39 c nr 1, annet punktum er lovens formulering at det "må antas å være en nærliggende fare for at

lovbryteren på nytt vil begå en slik forbrytelse”. ”En slik forbrytelse” viser tilbake til de oppregnede kategorier i første punktum som kvalifiserer til forvaring. I strl. § 39 nr 2 kreves det at ”faren for tilbakefall til en ny forbrytelse som nevnt i nr 1 må antas å være særlig nærliggende”. Se ovenfor under punkt 4.2 om krav til lovbruddets art.

Problemstillingen under begge punkt er hvilken sannsynlighetsgrad som kreves for at ny forbrytelse vil bli begått. De særlige problemer som oppstår ved praktiseringen av dette vilkåret, vil vi komme nærmere tilbake til under punkt 6.2.

#### 4.3.1 Gjentakelsesfare i strl. § 39 c nr 1

Ordlyden ”det må antas å være nærliggende fare” er lite presis. Det vil være uklart hvordan grensene skal trekkes. Faren for gjentakelse må knytte seg til om det i fremtiden vil bli begått en tilsvarende alvorlig forbrytelse som den han nå er tiltalt for. Uttrykkene ”må antas” og ”nærliggende fare” må ses i sammenheng.

Uttrykket ”må antas” at faren for gjentakelse er nærliggende, tolkes ikke isolert sett av Høyesterett. Det er derfor uklart hvorvidt Høyesterett oppfatter dette som et beviskrav. Forarbeidene gir heller ingen veiledning for dette spørsmål. Etter vår mening er det imidlertid trolig at ”må antas” viser til en bevisbyrderregel. Som vi vil komme tilbake til under punkt 6.2, vil man aldri med sikkerhet kunne bevise gjentakelsesfare. Dette kan bare antas. Kravet til bevis er da lavere enn for begåtte forbrytelser. ”Må antas” må tolkes slik at det ikke trenger å være bevist med tilnærmet 100 % sikkerhet at det foreligger nærliggende fare for gjentakelse. ”Må antas” nærliggende fare er et mildere uttrykk enn ”er” fare. Vi mener imidlertid at man ikke antar noe før det er sannsynlig at handlingen vil bli begått. 51 % sannsynlighet vil således være et minimum av krav til bevis.

Uttrykket ”må antas å være nærliggende fare” viser til den sannsynlighet som kreves for at det vil bli begått nye forbrytelser. Det sentrale ordet er ”nærliggende” som kvalifiserer kravet. Det kan ikke være nok at det er sannsynlig, altså over 50 %, at tiltalte vil komme til å forgå seg igjen i fremtiden. ”Nærliggende” vil kreve noe mer.

For øvrig er det imidlertid vanskelig å si ut ifra ordlyden hva som kreves. Ordlyden viser til en skjønsmessig vurdering i det konkrete tilfelle.

Ordlyden gir en viss veiledning med hensyn til hva man skal vektlegge i vurderingen. Strl. § 39 c nr 1, annet punktum krever at ”Ved farevurderingen skal det legges vekt på den begåtte forbrytelse eller forsøket sammenholdt særlig med lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne”. I henhold til strl. § 39 c nr 1, siste punktum skal det særlig legges vekt på tidligere begåtte, eller forsøk på å begå, forbrytelser som nevnt i første punktum. Når ordlyden viser til at det ”skal” legges vekt på disse momenter, vil domstolene bli tvunget til å la det bli en del av sin vurdering. For tidligere forbrytelser krever også ordlyden at dette får særlig vekt ved den vurdering som foretas. På bakgrunn av dette blir ikke domstolenes skjønnsutøvelse helt fri. I henhold til ordlyden ser det ut som vurderingen i størst mulig grad skal knyttes an til objektive forhold hos lovbryteren. ”Den begåtte forbrytelse” vil være den forbrytelse som lovbryteren nå står tiltalt for. Selve karakteren av denne vil i noen tilfelle kunne gi veiledning med hensyn til hvor sannsynlig det er med tilbakefall. For eksempel er det lav tilbakefallsprosent for drap<sup>54</sup>. Når det gjelder lovbryterens ”adferd og sosiale og personlige funksjonsevne” skal det foretas personundersøkelse, jf strl. § 39 d. Nevnte momenter vil kunne bidra til å vurdere hvilke forutsetninger tiltalte har til å holde seg unna kriminalitet. Der lovbryteren har et godt sosialt nettverk vil faren for tilbakefall gjerne være lavere. Hvordan han oppfører seg og hans personlighet, vil også kunne gi veiledning for spørsmålet om tilbakefall.

Praksis viser så langt at Høyesterett går inn på en konkret skjønsmessig vurdering i den enkelte sak. I de fleste saker som hittil har vært oppe for Høyesterett har det vært nokså klart at vilkåret om gjentagelsesfare er oppfylt, jf for eksempel Rt 2002 s 889. Tiltalte var der pedofil og var tidligere domfelt tre ganger for utuktig omgang med yngre gutter. Tiltalte ble nå funnet skyldig i flere seksuallovbrudd. Retten anså faren for tilbakefall som betydelig. Det ble uttalt at ”heller ikke dette vilkår volder noen vansker i denne saken”.

---

<sup>54</sup> Bødal/Frihøvd: Det gjelder drap s 5



I Rt 2002 s 1677 kom imidlertid Høyesterett til at vilkåret ikke var oppfylt. Høyesterett foretok en konkret skjønsmessig vurdering av forholdene i saken, men kom også med prinsipielle synspunkter om vilkåret. Det ble vist til forarbeidene om at gjentagelsesfaren må være kvalifisert og reell, og at man må ta utgangspunkt i den begåtte forbrytelse<sup>55</sup>. Det ble i tråd med ordlyden fremhevet som et viktig hensyn hvorvidt tiltalte også tidligere hadde gjort seg skyldig i en alvorlig forbrytelse etter strl. § 39 c nr 1. Høyesterett støttet også forarbeidene i at kravet til faregraden kan variere etter alvorret i de straffbare handlinger som er begått eller som man frykter vil bli begått<sup>56</sup>. En slik differensiering av faregraden fra tilfelle til tilfelle kommer ikke frem av ordlyden, men må på bakgrunn av forarbeidene og Høyesteretts praksis, legges til grunn.

I den aktuelle sak var det begåtte ran en forbrytelse som lå i grensesonen for alvorlig forbrytelse etter strl. § 39 c. Videre var det også tvilsomt om de tidligere begåtte forbrytelsene var alvorlige nok i henhold til strl. § 39 c nr 1. Tiltalte hadde i henhold til rettspsykiatrisk erklæring dyssosial personlighetsforstyrrelse, men hadde vist tegn til modning. Høyesterett fant at det måtte legges vekt på at lovbrøyteren bare var 20 år, og at bedømmelsen av tilbakefallsfaren blir mer usikker jo yngre lovbrøyteren er. Samlet vurderte Høyesterett det slik at ”Selv om det er grunn til å frykte for nye straffbare handlinger, fremstår det som mer usikkert om det foreligger en kvalifisert fare for slike særlige gjentagelseshandlinger som forvaringsreaksjonen skal beskytte mot”. Høyesterett kommer her inn på de vanskeligheter som foreligger ved praktiseringen av vilkåret, se under punkt 6.2. Uttalelsen tyder likevel på at Høyesterett mener at sannsynlighetsovervekt for nye forbrytelser ikke er nok. For øvrig viser dommen at man må foreta en konkret vurdering.

Forarbeidene fremhever at erfaring fra lignende tilfeller og alminnelig sunn fornuft vil inngå i skjønnet<sup>57</sup>. Dette er generelle uttalelser som ikke gir særlig veiledning. Det fremholdes at ”en strafferettspleie som vurderer en lovbrøyters farlighet, i første rekke

---

<sup>55</sup> NOU 1990:5 s 115

<sup>56</sup> NOU 1990:5 s 115 og Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111

<sup>57</sup> NOU 1990:5 s 105

må ta utgangspunkt i objektive kjensgjerninger”. Dette må tolkes slik at slike momenter vil være det man i hovedsak vil vurdere. Uttrykket ”i første rekke” utelukker likevel ikke at subjektive forhold ved lovbyteren også kan spille inn, som sinnstilstanden. I henhold til forarbeidene vil relevante momenter i vurderingen være forbrytelsens grovhet, tidligere atferd, alkohol- og narkotikaavhengighet, sosial situasjon med mer. Det fremheves også at ” Det beste grunnlag for å forutsi ny alvorlig kriminalitet hos tilregnelige lovbytere har man naturlig nok i de tilfellene hvor lovbyteren tidligere har begått en rekke alvorlige forbrytelser”<sup>58</sup>. Dette gir lite ut over ordlyden.

Forarbeidene kommenterer ellers i liten grad det nærmere innholdet i kravet til gjentakelsesfare etter strl. § 39 c nr 1. Ordlyd og forarbeider tilsier at lovgiver har ment at det i stor grad må overlates til domstolen å ta stilling til det nærmere innholdet av vilkåret. Videre må domstolene utøve en skjønnsmessig vurdering av om vilkåret om nærliggende fare for gjentakelse er oppfylt i det konkrete tilfelle<sup>59</sup>.

Det fremheves i forarbeidene<sup>60</sup> at ”Det blir uansett et verdispørsmål hvor høy grad av sannsynlighet for tilbakefall til alvorlig voldskriminalitet som bør kreves før man finner det forsvarlig å sette i verk en strafferettslig særordning som påfører domfelte mer frihetsberøvelse enn om han ikke ble bedømt som farlig”. Ettersom forvaring er en meget inngripende reaksjon mener vi at det må kreves høy sannsynlighetsgrad for at det foreligger gjentakelsesfare. ”Nærliggende fare” tyder imidlertid på at sannsynlighetsgraden ikke kan stilles like strengt som for den begåtte forbrytelse. ”Nærliggende” er strengt, men ikke like strengt som ”utover enhver rimelig tvil”.

Dette tilsier at vilkåret om fare for gjentakelse i strl. § 39 c nr 1 må vurderes konkret i den enkelte sak. Man må ta utgangspunkt i den begåtte forbrytelse og se på tiltaltes personlighet, adferd og sosiale funksjon. Det må særlig legges vekt på tidligere alvorlige forbrytelser. Faren må bedømmes som kvalifisert og reell. Det kreves noe mer enn at det foreligger sannsynlighetsovervekt for gjentakelse. Kravet til fare kan

---

<sup>58</sup> NOU 1990:5 s 105

<sup>59</sup> Ot.prp. nr 87 (1993-94) s 111 annen spalte

<sup>60</sup> NOU 1990:5 s 105

imidlertid variere med hvor alvorlig forbrytelsen er, eller hvor alvorlig forbrytelse det er fare for i fremtiden.

#### 4.3.2 Gjentakelsesfare i strl. § 39 c nr 2

I strl. § 39 c nr 2 er vilkåret om fare for gjentakelse skjerpet ved at det kreves at denne er ”særlig nærliggende”. Residivfaren må i henhold til ordlyden være for forbrytelser som nevnt i nr 1. Det er altså ikke tilstrekkelig med gjentakelsesfare for ”mindre alvorlig forbrytelse av samme art som nevnt under nr 1”. Vi viser til fremstillingen ovenfor for en redegjørelse av hvilke forbrytelser det her må være gjentakelsesfare for, jf punkt 4.2.

Også her er kravet at det ”må antas” å være særlig nærliggende for gjentakelse. Trolig vil dette vise til et beviskrav. Problemstillingen er her den samme som under nr 1, og det vises til drøftelsen av dette ovenfor i punkt 4.2.1.

Kravet i nr 2 er skjerpet i forhold til nr 1 ved at det kreves at faren for tilbakefall ”må antas å være særlig nærliggende”. Residivfaren blir med andre ord et gradsspørsmål, som avhenger av om den skal vurderes etter nr 1 eller nr 2. Ordet ”særlig” kvalifiserer kravet ytterligere i forhold til nr 1. Isolert sett er det ikke klart hva som ligger i at gjentakelsesfaren må være ”særlig nærliggende”. Når man ser vilkåret i sammenheng med nr 1 er det klart at ”må antas å være særlig nærliggende” må tolkes strengere enn ”det må antas å være nærliggende”. Det må altså kreves en enda større sannsynlighet for fare under nr 2. Med hensyn til hva som faktisk kreves er imidlertid ordlyden uklar.

Så langt har ikke Høyesterett behandlet saker om overtredelse av strl. § 39 c nr. 2. Det er ennå en viss usikkerhet i hva som må sies å ligge i uttrykket ”særlig nærliggende” gjentakelsesfare.

Forarbeidene<sup>61</sup> støtter forståelsen av at kravet er strengere enn under nr. 1. Som begrunnelse for dette fremholder forarbeidene at det er behovet for å begrense anvendelsesområdet for en slik særregel, da forbrytelsen ikke er av de mest alvorlige. Ut over dette gis det ikke nærmere veiledning i når faren for gjentakelse er ”særlig nærliggende”. Det er i stor grad overlatt til domstolene å nærmere fastlegge vilkåret, og skjønnsmessig vurdere hvert enkelt tilfelle konkret.

Som illustrasjon kan nevnes tre saker fra underrettene. I RG 2002 s 1356 fant retten det tvilsomt om kravet til ”særlig nærliggende” gjentakelsesfare var oppfylt. Tiltalte hadde tidligere bare vært domfelt for ett tilfelle av alvorlig forbrytelse som nevnt i strl. § 39 c nr 1. Det ble imidlertid lagt vekt på at tiltalte tidligere hadde begått mange lovbrudd, og at disse i alvorlighet ikke lå langt fra grensen for en alvorlig forbrytelse i nr 1. Det ble også vektlagt at tiltalte hadde et alvorlig alkoholproblem. Samlet sett kom lagmannsretten til at vilkåret om ”særlig nærliggende” gjentakelsesfare var oppfylt. Etter vår mening er det naturlig at lagmannsretten også la vekt på de tidligere forbrytelser som ikke kunne subsumeres under strl. § 39 c nr 1. Bakgrunnen for dette er at retten skal ta stilling til lovbrysterens adferd, og at disse forbrytelsene vil kunne illustrere at lovbrysteren her var tilbøyelig til å begå nye forbrytelser.

Lagmannsretten kom til motsatt resultat i Gulating lagmannsretts dom av 11. mars 2003. Det avgjørende var at de mest alvorlige voldshandlinger tiltalte tidligere var funnet skyldig i lå mer en 20 år tilbake i tid. Videre var den forbrytelse som tiltalte nå hadde gjort seg skyldig i ikke av de mest alvorlige. Etter vår mening viser denne dommen at det må foretas en konkret vurdering. Når det alvorligste forhold ligger 20 år bak i tid, vil dette si lite om lovbrysterens tilbøyelighet til å gjenta en slik handling i dag. Det at han ikke har begått en så alvorlig forbrytelse siden den gang, vil tvert i mot tilsi at gjentakelsesfaren ikke var stor nok her.

I Agder lagmannsretts dom av 25. oktober 2002 ble vilkåret om ”særlig nærliggende” gjentakelsesfare funnet oppfylt. Man la her særlig vekt på tiltaltes seksualkriminelle fortid, samt øvrige opplysninger om adferd og den rettspsykiatriske erklæring.

---

<sup>61</sup> NOU 1990:5 s 87 og 117

I likhet med nr 1 må det under nr 2 foretas en konkret vurdering, der de samme momenter vil inngå. Forskjellen er graden av fare som kreves. Foreløpig synes det noe uklart hvor mye mer som kreves, utover at det er klart at det kreves noe mer enn under nr 1.

Etter vår mening peker forarbeidene på et viktig hensyn når det vises til at anvendelsesområdet bør begrenses ettersom forbrytelsen ikke er av de mest alvorlige. Dersom forvaring skal benyttes i slike tilfeller er det rimelig at det må være svært sannsynlig at nye alvorlige forbrytelser vil bli begått. Dersom dette ikke er tilfelle vil det trolig heller ikke være nødvendig behov for å beskytte samfunnet. Etter vår mening må det kreves høy sannsynlighetsgrad under nr 2. Kravet vil ligge like opp i mot beviskravet til det begåtte lovbrudd. Etter vår mening er det imidlertid ikke naturlig å likestille ”særlig nærliggende” med ”utover enhver rimelig tvil”. Kravet etter nr 2 vil derfor ligge mellom kravet i nr 1 og det krav som stille til bevis for den begåtte forbrytelse.

#### 4.3.3 Når må faren for gjentakelse foreligge?

Ordlyden i strl. § 39 c gir ikke et klart svar på når man skal vurdere om vilkåret om gjentakelsesfare foreligger. En kan spørre seg om vurderingen skal foretas på domstiden eller på et senere tidspunkt under fullbyrdsstadiet.

I Rt 2002 s 889 vises det til Ot.prp. nr 87 1993-94 s 111 annen spalte, om at gjentakelsesfare ”må være kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell”. Her tas altså det standpunkt at vurderingen må foretas på domstidspunktet.

Forarbeidene går inn på en grundig drøftelse av når det er mest hensiktsmessig å vurdere faren for tilbakefall<sup>62</sup>. Det blir fremhevet at det mest interessante er hva som vil skje etter at lovbrøyteren har sonet en eventuell fengselsstraff. Man vurderte derfor en

---

<sup>62</sup> NOU 1990:5 s 105 flg. og Innst.O. nr 34 (1996-97) s 20

ordning der lovbyteren først sonet fengselsstraffen før man vurderte gjentagelsesfaren i forhold til forvaring. Dersom man utsetter denne vurderingen til fullbyrdesstadiet, vil imidlertid lovbyteren måtte leve med uvisshet om løslatelsestidspunktet i lang tid. Det ble også uttrykt bekymring for om en slik ordning ville gi samfunnet tilstrekkelig vern ved de tilfeller hvor fengselsstraffen er kort. I disse tilfeller vil forutsetningen for å vurdere gjentagelsesfaren ikke være særlig bedre under fullbyrdesstadiet enn på domstidspunktet. På bakgrunn av dette mener forarbeidene at vurderingen av faren for tilbakefall må skje på domstidspunktet.

Ulempen ved en vurdering av faren for gjentagelse på domstidspunktet er at den knytter seg til et tidspunkt langt frem i tid. Som vi vil komme tilbake til under punkt 6.2 vil vurderingen av gjentagelsesfare være svært vanskelig. Dette vil gjøre seg enda sterkere gjeldende hvor man må vurdere forhold som vil ligge mange år frem i tid. Etter vår mening er det likevel sentralt at lovbyteren bør få vite om han blir idømt forvaring på domstidspunktet, og ikke senere etter å først ha sonet en tid. Usikkerheten ved ikke å vite om man får forvaring vil trolig være belastende.

#### 4.3.4 Sammenligning sikring

I tidligere strl. § 39 var vilkåret at ”der er fare for at gjerningsmannen på grunn av en sådan tilstand atter vil foreta en slik handling som foran nevnt”. Vilkåret om gjentagelsesfare var her knyttet direkte opp mot lovbyterens sinnstilstand. Loven viser til de juridiske begrepene ” som følge av selvforskyldt rus eller under forbigående nedsettelse av bevisstheten eller av en person med mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner”. De klart fleste som ble dømt til sikring hørte til kategorien ”mangelfullt utviklede og varig svekkede sjelsevner”.

I motsetning til ved forvaring, ble det etter ordlyden ikke stilt kvalifikasjonskrav til det lovbrudd det var gjentagelsesfare for. I praksis var det likevel ved fare for gjentagelse av mer alvorlige forbrytelser at sikring ble idømt.

Uttrykket ”nærliggende fare” i strl. § 39 c nr 1 ser etter ordlyden ut til å være et strengere vilkår enn ”der er fare”, som var formuleringen i sikringsbestemmelsen. Ser man derimot de to uttrykkene i sammenheng er ikke dette like åpenbart. Ordet ”nærliggende” kvalifiserer kravet til fare. Det er ikke tilstrekkelig med fare for gjentakelse, den må være nærliggende. Hva som ligger i ”nærliggende” er som nevnt ovenfor ikke klart etter ordlyden. Dette kvalifikasjonskravet må imidlertid ses i sammenheng med ordene ”må antas”. Kravet virker da mindre strengt.

Sikringsbestemmelsens vilkår ”der er fare” kan virke noe mindre streng. Her er ikke noe krav om at gjentakelsesfaren må være ”nærliggende”. Sikringsinstituttet krevde derimot at ”der er fare”, og ikke som i forvaringsbestemmelsen hvor kravet til faren ”må antas”. Lovens formulering ”der er” taler for at det kreves en faktisk konkret fare. Ut fra ordlyden er det derfor ikke mulig å se noe forskjell i kravet til fare for gjentakelse i de to bestemmelsene, selv om teksten er litt forskjellig.

Høyesterett viser til at vilkåret må være det samme for forvaring og sikring. I Rt 2002 s 889 utales det at ”Kravet om nærliggende fare for tilbakefall innebærer at fare ”må være kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell”, jf Ot.prp. nr 87 (1993-94) side 111. Dette vil i praksis være det samme vilkår som tidligere ble stilt for dom på sikring”.

Etter dette vil det ikke foreligge forskjell mellom strl. § 39 c nr 1 og sikring når det gjelder den sannsynlighet som kreves for gjentakelsesfare. Ved strl. § 39 c nr 2 stilles strengere krav enn ved sikring, ettersom det kreves at gjentakelsesfaren er ”særlig nærliggende”.

Farevurderingen under sikring skulle i henhold til ordlyden skje med utgangspunkt i lovbryterens sinnstilstand. Dette er ikke gjentatt ved forvaringsbestemmelsen, som derimot knytter vurderingen til mer objektive kjensgjerninger hos lovbyteren, jf ordlyden i strl. § 39 c. I NOU 1990:5 s 110 fremheves det at ”..farlighet i første rekke må bedømmes på grunnlag av objektive omstendigheter som tidligere adferd og kriminalitet, aktuell kriminalitet, sosiale situasjon m.v. Følgelig vil ikke psykiaterne ha bedre forutsetninger enn påtalemyndigheten og domstoler for bedømme tilbakefallsfaren”. Bakgrunnen for denne endringen har trolig sammenheng med et

ønske om mindre stigmatisering ovenfor lovbyteren. Ordlyden i § 39 c utelukker imidlertid som nevnt ikke at det også legges vekt på sinnstilstanden til lovbyteren i farevurderingen.

Kriminolog Nils Christie kritiserte det tidligere vilkåret om lovbyterens sinnstilstand skarpt i en egen uttalelse i NOU 1974:17 s 126-147. Han viste til undersøkelser som tydet på at psykiatere i meget lav grad kunne forutse gjentakelsesfare. Han viste til at de hadde en tendens til å forutsi anti-sosial atferd i mange tilfeller hvor dette faktisk ikke ville inntreffe. Likeledes ble forholdet mellom lovbyter og psykiater komplisert ved at mange fanger følte at det var psykiateren som var ansvarlig for at han var blitt dømt til sikring. De uttalelser rettspsykiateren kom med, ble i mange tilfeller av svært stor betydning for resultatet. Ved forvaring har det vært et ønske å minske psykiatriens rolle på dette punkt. Rettspsykiater Langfeldt har blant annet gitt uttrykk for at retten regelmessig bør legge minst like stor vekt på egne vurderinger som sakkyndiges<sup>63</sup>. Retten må nå i større grad bygge på egne vurderinger basert på objektive fakta.

Det kan her synes som at man har en sentral forskjell mellom forvaring og sikring. Det kan imidlertid spørres hvor reell denne forskjellen er. Rettspraksis viser at sinnstilstanden også vil ha stor betydning for farevurderingen ved forvaring. Før det avsies dom på forvaring, skal det foretas personundersøkelse, jf strl. § 39 d. Det er likevel adgang til å foreta rettspsykiatrisk undersøkelse også ved forvaring, dersom retten ønsker det. Dette er i stor grad gjort ved nye forvaringsdommer, og Høyesterett synes å vektlegge disse. Undersøkelsene nevnes uttrykkelig under vurderingen av om vilkåret om gjentakelsesfare er oppfylt<sup>64</sup>. Noe av bakgrunnen for bruken av rettspsykiatriske undersøkelser kan imidlertid kanskje forklares med at det gjelder konverteringssaker der det foreligger en tidligere undersøkelse<sup>65</sup>. Man kan da ønske å benytte seg av denne i vurderingen, eller følge opp med en fornyet undersøkelse for å se om det har skjedd en utvikling. En annen grunn kan være at det ennå er noe usikkerhet

---

<sup>63</sup> NOU 1974:17 s 223

<sup>64</sup> Se Rt 2003 s 312, Rt 2002 s 1683, Rt 2002 s 1677, Rt 2002 s 1673, Rt 2002 s 1667 og Rt 2002 s 889.

<sup>65</sup> Se Rt 2002 s 1673, Rt 2002 s 1667 og Rt 2002 s 889



ved overgangen til den nye ordningen. Hvorvidt rettspraksis vil bygge på rettspsykiatriske undersøkelser av sinnstilstanden til tiltalte, vil vise seg i fremtiden.

Ved å utelate vilkåret om avvikstilstand hos lovbyteren, ønsket man å unngå stigmatisering. Heller ikke dette vil etter vår mening endres ved strl. § 39 c. Det vil trolig være like stigmatiserende å bli karakterisert som så farlig at tidsbestemt straff ikke vil være nok til å verne samfunnet mot en, som å få karakteristikken ”varig svekkede eller mangelfullt utviklede sjelsevner”, jf tidligere strl. § 39. I praksis vil det trolig være de samme lovbytere som blir idømt særreaksjonen.

Også under sikring skulle vurderingen av fare for gjentakelse foretas på domstidspunktet. NOU 1990:5 s 109 viser til at ”Etter straffeloven § 39 nr. 1 er vurderingstemaet på domstiden om det ”er” fare for at gjerningsmannen vil forgå seg på nytt”.

#### 4.4 Beskytte samfunnet

Strl. § 39 c setter som vilkår at ”tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet”. Loven må her tolkes slik at dersom tidsbestemt straff vil være nok til å beskytte samfunnet vil man ikke kunne idømme forvaring. Behovet for samfunnsbeskyttelse må ses i sammenheng med den fare for gjentakelse som foreligger. På bakgrunn av ordlyden er det ikke nok at forvaring vil være hensiktsmessig. Det kreves at vanlig straff ikke er tilstrekkelig virkemiddel for å verne samfunnet mot lovbyteren. Behovet for samfunnsbeskyttelse må ses på bakgrunn av hvilken alternativ straff som ville blitt aktuelt. Utover dette er ordlyden uklar med hensyn til hva som kreves.

Lovgiver har her valgt å la det være opp til domstolene å foreta en skjønnsmessig bedømmelse i det konkrete tilfelle om forvaring vil være nødvendig. Praksis fra Høyesterett viser at domstolen går inn på en konkret skjønnsmessig vurdering. Vurderingen tar særlig utgangspunkt i hvor lang alternativ fengselsstraff tiltalte ville fått. Høyesterett mener imidlertid at det ikke er nødvendig å ta stilling til en nøyaktig

angivelse av den alternative straffen. I Rt 2002 s 1667, uttaler Høyesterett at ”Ved denne vurderingen har det selvsagt betydning hvor lang en tidsbestemt straff ville bli – selv om noen nøyaktig angivelse ikke kan være nødvendig”.

I forarbeidene<sup>66</sup> fremheves det at forvaring særlig vil være aktuelt der alternativ fengselstraff vil ligge fra noen måneder opp til 6 – 8 års fengsel. Det ble også vurdert å lovfeste et slikt anvendelsesområde, selv om man slik slutt ikke fant dette hensiktsmessig. Synspunktet er trolig at tidsbestemt straff også vil gi samfunnet beskyttelse, slik at behovet vil være størst der alternativ tidsbestemt straff ikke er så lang. Det påpekes imidlertid at det ikke kan utelukkes at forvaring ilegges også der den alternative fengselstraff vil være lenger enn 6 – 8 år, dersom det anses som nødvendig for å verne samfunnet. I de seneste forarbeidene<sup>67</sup> har man har gått bort fra at forvaring vil være mest aktuelt der den alternative fengselsstraff er fra noen måneder til 6-8 år. Ettersom uttalelsene om hovedområdet er sprikende, kan de ikke tillegges særlig stor vekt. Samlet tilsier uttalelsene i forarbeidene at det ikke kan settes noen bestemt øvre eller nedre grense, men at det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om tidsbestemt straff ikke vil være tilstrekkelig.

Hensynet bak vilkåret er at enkelte lovbrøtere er så farlige at samfunnet vil trenge en ekstra beskyttelse mot disse. Hensynet til å beskytte samfunnet må likevel veies opp imot hensynet til lovbrøteren. Lovbrøteren vil ha krav på beskyttelse mot maktmisbruk og vilkårlighet. Reaksjonen bør bare benyttes hvor det er et velbegrunnet og presserende behov. Dette tilsier at vilkåret må tolkes strengt.

Sikringsbestemmelsen hadde ikke tilsvarende vilkår om at tidsbestemt straff ikke kunne anses som tilstrekkelig for å verne samfunnet. Likevel er det klart at det også var et hovedformål ved sikring å kunne beskytte samfunnet mot særlig farlige lovbrøtere. Domstolene blir imidlertid nå tvunget til å ta dette i betraktning ettersom det er gjort til et vilkår i bestemmelsen. Hensynet er derfor trolig bedre ivaretatt ved forvaringsbestemmelsen, til tross for at forskjellen i praksis kanskje ikke er så stor.

---

<sup>66</sup> NOU 1990:5 s 112

<sup>67</sup> Innst.O. nr 34 (1996-97) s 18-23

Sikring ble ofte idømt sammen med svært lang fengselsstraff. Se for eksempel Rt 1998 s 665, hvor tiltalte ble dømt til 18 års fengsel og 10 års sikring og Rt 1993 s 970 hvor tiltalte fikk 21 års fengsel og 10 års sikring. Som nevnt antas det i forarbeidene til forvaring at det trolig vil være unntakene hvor en lang fengselstraff ikke kan anses tilstrekkelig for å beskytte samfunnet. Man kan stille spørsmålet om vilkåret vil føre til ulik praksis for forvaring og sikring. Forvaring er så langt idømt der den alternative fengselsstraff er antatt å være alt fra 5-6 år til 11-12 år<sup>68</sup>. Her er det ennå for tidlig å trekke slutninger fra rettspraksis.

#### 4.5 Helhetsvurdering

Domstolen vil måtte foreta konkrete skjønnsmessige vurderinger av om hvert enkelt vilkår for forvaring er oppfylt. Der alle vilkårene er oppfylt sier strl. § 39 c eksplisitt at forvaring "kan" idømmes. Ordlyden må tolkes slik at retten ikke plikter å idømme forvaring, selv om alle vilkår er oppfylt. Det overlates til rettens skjønn i hvert enkelt tilfelle hvorvidt forvaring skal idømmes når vilkårene er oppfylt. Dette støttes av forarbeidene. I NOU 1974:17 s 95 vises det til at "retten, selv om den finner at lovens vilkår foreligger bør stå fritt i spørsmålet om forvaring skal idømmes".

I Rt 2002 s 1667 påpeker Høyesterett likevel at selv om strl. § 39 c er en kan - regel, vil det måtte foreligge "spesielle omstendigheter" dersom forvaring ikke skal idømmes til tross for at vilkårene er oppfylt. Dette er en strengere fortolkning enn ordlyden og forarbeidene skulle tilsi. En slik fortolkning vil innebære at det er unntakene hvor man ikke idømmer forvaring når vilkårene etter strl. § 39 c er oppfylt. Man må her legge Høyesteretts synspunkt til grunn.

Høyesteretts standpunkt i Rt 2002 s 1667 trenger ikke bety at anvendelsesområdet til forvaring utvides. Vilkårene i strl. § 39 c må ses i sammenheng, og det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering for hvert tilfelle. Trolig er det mer nærliggende for

---

<sup>68</sup> Se Rt 2002 s 1673 og Rt 2003 s 312

domstolene å si at vilkåret ikke er oppfylt, enn å si at de lar være å idømme forvaring når vilkårene er oppfylt.

Ethvert hensyn vil ikke være relevant i en slik helhetsvurdering. For eksempel skal det ikke legges vekt på om forvaring er en hensiktsmessig reaksjon for lovbrøteren. Det avgjørende må være hvorvidt forvaring er nødvendig av hensyn til å beskytte samfunnet.

## **5 Anvendelsesområdet for forvaring sammenlignet med sikring**

Man kan spørre seg om vilkårene for å idømme forvaring samlet sett er strengere enn tilfelle var ved sikring. Ordlyden i strl. § 39 c oppstiller flere vilkår enn tidligere strl. § 39, jf drøftelsen under punkt 4 ovenfor. Som nevnt ble imidlertid heller ikke sikring idømt for enhver ”straffbar handling”. Dersom vilkårene for forvaring kan regnes som strengere enn sikring, må man også anta at færre vil bli idømt reaksjonen, forutsatt at kriminaliteten holder seg på samme nivå. Strl. § 39 c vil da få et snevrere anvendelsesområde enn sikring for tilregnelige.

Høyesterett har ikke tatt direkte stilling til spørsmålet. Forarbeidene til forvaring synes derimot å ha tatt det standpunkt at vilkårene for forvaring er strengere, og at forvaring derfor vil få et snevrere anvendelsesområde enn sikring. I Ot.prp. nr 87 1993-94 s 83 uttales det for eksempel at ”Departementet vil også presisere at vilkårene for idømmelse av den foreslåtte særreaksjonen er strenge, og det forutsettes at færre vil bli idømt særreaksjon for tilregnelige etter forslaget enn antallet tilregnelige som er sikringsdømt etter dagens regler”. I NOU 1990:5 s 17 vises det også til at ”anvendelsesområdet for den nye forvaringen bør være noe snevrere enn det som etter dagens rettspraksis kan sies å gjelde for sikring av tilregnelige lovbrøtere”.

I rundskriv fra Riksadvokaten av 3. desember 2001 nr 4 fremheves først at ”påtalemyndigheten påstår forvaring hvor man etter gjeldende rett ville ha påstått straff og sikring”. På den annen side er det interessant at det sies i rundskrivet at ”Særlig ved gjentatte alvorlige seksuallovbrudd, voldsforbrytelser, brannstiftelser, motarbeiding av rettsvesenet (straffeloven § 132a) og liknende alvorlige lovbrudd, bør påtalemyndigheten vurdere å påstå forvaring i større omfang enn det i dag påstås straff og sikring”. Dette taler for et utvidet anvendelsesområde for forvaring i forhold til sikring, ved nevnte lovbrudd. En slik uttalelse fra Riksadvokaten vil etter vår mening kunne vektlegges. Riksadvokatens synspunkter vil ha større betydning for straffutmålingsspørsmål enn lovtolkingspørsmål. Forvaring kan ses på som straffutmåling. På den annen side vil anvendelsesområdet til forvaring også innebære tolkingsspørsmål. Det er her tale om et klart rettspolitisk synspunkt rundt en meget ny reaksjon. De synspunkt Riksadvokaten gir uttrykk for kan være standpunkt som Høyesterett vil ta i betraktning. Vi viser for øvrig til punkt 3.5.

Som tidligere nevnt ble praksis under sikringsbestemmelsen betydelig innskjerpet med årene. Til tross for dette kan det etter vår mening se ut som sikring ble ilagt for mindre alvorlige handlinger enn under strl. § 39 c. Som nevnt ovenfor ble det i 1972<sup>69</sup> ilagt sikring for vinningsforbrytelser. På grunnlag av den vide ordlyden og praksis er det imidlertid vanskelig å si presist hvor den nedre grense for sikring gikk. Videre kan det blant annet på bakgrunn av rundskrivet fra Riksadvokaten være at forvaring på andre områder vil innebære en utvidelse.

Ettersom Høyesterett ennå bare har avgjort 8 forvaringssaker, vil det ennå være for tidlig å trekke konklusjoner med hensyn til om anvendelsesområdet til forvaring favner videre eller snevrere enn sikring. Domstolene vil i fremtiden bli tvunget til å foreta til dels viktige rettspolitiske vurderinger.

---

<sup>69</sup> Se Rt 1972 s 342

## 6 Vurdering

Utgangspunktet må være at man bare skal benytte forvaring der det er nødvendig av hensyn til samfunnet. Ønsket om å beskytte samfunnet må imidlertid ikke gå så langt at det går på bekostning av viktige rettssikkerhetsgarantier for lovbyteren. Vi vil derfor vurdere strl. § 39 c i forhold til lovskravet i grl. § 96 og krav til bevis i straffesaker. Disse må regnes som viktige rettssikkerhetsgarantier for den tiltalte. Under dette vil vi konsentrere oss om den vage ordlyden og vilkåret om gjentakelsesfare, da vi anser dette som særlig problematisk i forhold til forvaring. Avslutningsvis vil vi se på om det er hensiktsmessig å ha forvaring som særreaksjon for tilregnelige lovbytere.

### 6.1 Den vage ordlyden i strl. § 39 c.

Etter vår mening er det grunn til å kritisere at ordlyden i strl. § 39 c på flere punkter er vag. Ordlyden gir et meget vidt spillerom. Etersom det er snakk om en meget inngripende straff, mener vi det bør være en oppgave for lovgiver å vurdere hva som skal kunne gi grunnlag for forvaring. Bak lovskravet i grl. § 96 ligger betraktninger som tilsier at spørsmål om straff skal være en oppgave for lovgiver. Maktfordeling og demokratihensyn tilsier at folket skal gi sine egne lover. Dette kan selvsagt ikke gjennomføres fullt ut. For det første har vi et representativt demokrati. Videre er det, som nevnt i punkt 3.1, både hensiktsmessig og nødvendig å overlate en del vurderinger til domstolene. Problemet er at man heller ikke kan gå for langt i så måte. I juridisk teori vises det til at ”det finnes en grense for hvor langt Høyesterett kan gå i å sette seg ut over ordlyden uten at et grunnleggende trekk ved rettsstaten – skillet mellom lovgivende og dømmende makt på strafferettens område – er truet”<sup>70</sup>.

Etter ordlyden i strl. § 39 c vil svært mye være overlatt til domstolene, jf drøftelsen under punkt 4. Det er forståelig at lovgiver har ønsket å overlate mye til konkret skjønn i den enkelte sak. Her spiller det inn at forvaring er en ny reaksjon, og at det kan være vanskelig å forutse det reelle behovet for denne. Det vil ofte være enklere for

---

<sup>70</sup> Eskeland: Strafferett s 116

domstolene å vurdere i det konkrete tilfelle, enn det er for lovgiver i hypotetiske tilfeller. Resultatet er her imidlertid at domstolene har fått en fleksibel hjemmel til å foreta en svært inngripende reaksjon. Etter vår mening har man her gått for langt. Ordlyden gir rom for så dynamiske fortolkninger at det kan sies å være betenkelig. Faren er at domstolene vil idømme i tilfeller som lovgiver ikke har ment skal kunne gi forvaring.

Ordlyden er særlig vid hva angår samlekategoriene ”annen alvorlig forbrytelse” i strl. § 39 c nr 1 og ”mindre alvorlig forbrytelse” i nr 2. Her har lovgiver nærmest fullstendig overlatt til domstolene å fastlegge hva som ligger i kategoriene. Nevnte samlekategorier må riktig nok ses på bakgrunn av resten av bestemmelsen, som vil gi noe veiledning. Til tross for dette er det fare for at samlekategoriene vil føre til at forvaring får et betenkelig stort anvendelsesområde, uten at lovgiver tar stilling til dette.

Vi mener det kan kritiseres at forholdet til grl. § 96 ikke synes å være nærmere vurdert, hverken i forarbeider eller rettspraksis. Etter vår mening er ordlyden så lite presis hva angår ovennevnte samlekategorier, at det for grensetilfeller kan stilles spørsmålsteget ved om lovskravet i grl. § 96 er overholdt. Kategoriene ”annen alvorlig forbrytelse” og ”mindre alvorlig forbrytelse” kan nærmest ses på som en åpen delegasjon til domstolene. Det settes riktig nok visse begrensninger ved at også disse forbrytelsene må ha ”krenket andres liv, helse eller frihet eller utsatt disse rettsgodene for fare”. På tross av dette er det likevel meget usikkert hva lovgiver her har ment kan føre til forvaring. Kravet til presisjon etter grl. § 96 må skjerpes ettersom det er snakk om et sterkt inngrep mot lovbrøyteren. Her har man tvert i mot gått langt i å gi en åpen bestemmelse for den mest inngripende straff vi har. Det er imidlertid ikke tradisjon for at Høyesterett underkjenner lover på bakgrunn av grl. § 96, og som nevnt under punkt 3.1 anser vi det som utenkelig at Høyesterett skulle gjøre dette ved strl. § 39 c. Her skiller Norge seg fra andre land som for eksempel Tyskland og USA<sup>71</sup>.

Alternativet for lovgiver hadde vært å angi med straffebed i strl. § 39 c hvilke lovbrudd som kan føre til forvaring. Dette ville trolig blitt vanskelig for samlekategoriene ”annen

---

<sup>71</sup> Andenæs: Alminnelig Strafferett s 114

alvorlig forbrytelse” og ”mindre alvorlig forbrytelse”. Lovgiver kunne her valgt å utelate slike åpne kategorier til fordel for angitte straffebud. Fordelen med en slik skissert ordning vil være at lovgiver tar klart standpunkt til hvilke lovbrudd som kan gi forvaring, og det ville ikke oppstå problemer i forhold til grl. § 96. Domstolen ville fremdeles måtte ta stilling til om vilkårene er oppfylt og om det skal idømmes forvaring, i det enkelte tilfelle. På den annen side ville tilfeller hvor domstolen mener det er behov for forvaring, kunne falle utenfor bestemmelsen. Man kan se det slik at hensynet til effektivitet ved å idømme forvaring når samfunnet har behov for beskyttelse, står mot hensynet til presisjon fra lovgiverhold.

Vi mener at hensynet til presisjon i dette tilfelle må gå foran hensynet til effektivitet. Det er viktigere at lovgiver får angitt hvilke forbrytelser som kan gi forvaring, enn at samfunnet skal beskyttes for enhver pris. Avgrensningen av hvilke tilfeller som skal kunne føre til forvaring vil innebære til dels vanskelige rettspolitiske vurderinger. En slik oppgave mener vi først og fremst bør utføres av lovgiver. Ved strl. § 39 c er for mye av dette overlatt til domstolene. Dersom man angir straffebudene vil lovteksten kunne bli noe lang, men de fordeler dette innebærer er større enn ulempene. At tilfeller der det er behov for forvaring vil kunne falle utenfor de oppregnede straffebud i bestemmelsen, vil etter vår mening ikke være av like stor betydning. Her spiller det inn at vi har alternativet med tidsbestemt straff som også vil gi samfunnet en viss beskyttelse. Når det er snakk om å idømme en så alvorlig reaksjon som forvaring, mener vi det er viktig med en presis lovtekst. På den annen side ser vi faren med at bestemmelsen da vil bli lite fleksibel, også sett i forhold til endrede samfunnsforhold. Vi mener likevel at det er bedre at lovgiver vurderer en lovendring etter en tid, enn at man opprettholder en nærmest åpen delegasjon til domstolene.

Til tross for at ordlyden i forvaringsbestemmelsen er meget vid, vil man likevel ha noe bedre holdepunkter enn man hadde ved sikringsbestemmelsen. Dette følger av kravet til ”alvorlig forbrytelse”, og av at denne må ha ”krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatt disse rettsgodene for fare”. De eksempler på kategorier lovbrudd som gis, gir også noe veiledning. Også ved strl. § 39 c nr 2 har man noen holdepunkter ettersom nr 2 må ses i sammenheng med nr 1. I tidligere strl. § 39 var kravet bare at det var begått en ”straffbar handling”, slik at det var fullstendig opp til domstolen å avgjøre.



## 6.2 Problemer i forhold til vilkåret om gjentakelsesfare

Strl. § 39 c krever fare for gjentakelse. Gjentakelsesfaren må være henholdsvis ”nærliggende” i nr 1 og ”særlig nærliggende” i nr 2. Vi har ovenfor konkludert med at begge krav er lavere enn ”utover enhver rimelig tvil”, som vil være kravet til den begåtte handling. Etter vår mening kan det kritiseres at kravet til bevis for gjentakelsesfaren stilles for lavt.

Man har her gått bort fra de vanlige beviskrav i strafferetten. Det er et grunnprinsipp i strafferetten at enhver rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode. På latin uttrykkes det in dubio pro reo. Prinsippet er lovfestet i mrl. § 2 nr 1 og 3, jf EMK artikkel 6 nr 2 og SP artikkel 14 nr 2. Ved at beviskravet stilles lavere kommer man etter vår mening i konflikt med prinsippet om in dubio pro reo. Det kan synes noe merkelig at man lempet beviskravet for et lovbrudd som det er høyst usikkert om vil inntreffe. Lempingen skjer i tillegg til ugunst for lovbrysteren. Logikken her synes sviktende. Beviskravet bør ikke senkes der usikkerheten øker for om lovbruddet blir begått. Etter vår mening er det her grunn til bekymring for at beviskravet blir snudd på hodet.

For det annet finner vi grunn til å kritisere at det beviskrav som stilles nesten aldri vil kunne innfris i virkeligheten. Problemet er at en slik vurdering av fremtiden er vanskelig, om ikke umulig å foreta. I Rt 2002 s 1677 ble det understreket at ”Enhver slik vurdering vil således være beheftet med usikkerhet”<sup>72</sup>. Det finnes ingen vitenskapelig metode for pålitelig identifikasjon av tilbakefallsforbrytere. Problemet blir da hvordan man skal kunne bevise noe som i virkeligheten ikke kan bevises. Det vanlige prinsipp om at tvil skal komme tiltalt til gode kan vanskelig gjelde når man må spå om fremtiden.

Å bevise faren for fremtidige forbrytelser vil være mye vanskeligere å bevise enn fortidige handlinger. Det vil være et kjerneområde av tilfeller hvor det kan sies med en

---

<sup>72</sup> NOU 1990:5 s 105

viss grad av sikkerhet at det er fare for gjentakelse av forbrytelsen. Eksempelvis hvor tiltalte tidligere er dømt for flere voldtekter. Også her er det imidlertid ikke sikkert at spådommene slår til. I mange tilfeller det svært vanskelig å si noe overhodet om gjentakelsesfaren.

I en undersøkelse foretatt av Noreik og Gravem<sup>73</sup> viste det seg at rettspsykiatere hadde vanskeligheter med å peke ut farlige lovbrøyttere. Av et utvalg på 227 personer var 98 % regnet som gjentakelsesfarlige av psykiaterne. I et tidsrom på 10 år viste det seg at bare ca 25 % foretok nye volds eller sedelighetsforbrytelser. Psykiaterne hadde altså erklært ca tre ufarlige som farlige, for hver gang de hadde klart å finne en farlig. I NOU 1974: 17 s 127 viser Professor Nils Christie, som var i mindretall, til en undersøkelse fra USA der de hadde studert unge lovbrøytteres tilbakefallsfare for voldsforbrytelser. Undersøkelsen viste at bare 2,4 % falt tilbake til voldsforbrytelser i undersøkelsesperioden.

Man skulle her kanskje tro at tilbakefallsprosenten var langt høyere. Muligheten for å forutsi tilbakefall vil trolig kunne variere med alvorligheten av lovbruddet. Svært alvorlige lovbrudd er imidlertid sjelden rasjonelle handlinger. Dette tilsier at faren for gjentakelse er svært vanskelig å beregne. Det er nettopp for slike alvorlige forbrytelser at forvaring kan være en aktuell reaksjon. Dette forsterker betenkelighetene ytterligere. Etter vår mening vil man ikke kunne oppfylle den grad av sikkerhet som kreves etter strl. § 39 c. Vi risikerer med andre ord å stemple en rekke personer som farlige gjennom rettsvesenet, uten å ha tilstrekkelig belegg for dette. Christie peker på at ”Vil vi fange inn noen få farlige, må vi sperre inne en stor gruppe som sannsynligvis ikke ville komme til å begå noen som helst farlig handling”<sup>74</sup>. Etter vår mening er ikke bestemmelsen tilfredsstillende på dette punkt.

Mest betenkelig er dette hvor tiltalte dømmes til forvaring på bakgrunn av en eneste alvorlig forbrytelse. I dette ligger det etter vår mening et paradoks ettersom gjentatt kriminalitet er den mest sikre måte å forutsi gjentakelsesfare på. Vurderingen må derfor

---

<sup>73</sup> Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab nr 4 1986

<sup>74</sup> NOU 1974:14 s 128

bli høyst usikker for de som bare har begått én forbrytelse. Forarbeidene gir også uttrykk for at vilkåret om fare for gjentakelse vil innebære en usikker vurdering<sup>75</sup>. Man godtok imidlertid denne usikkerheten ettersom lovbrøyteren tidligere hadde begått ett alvorlig lovbrudd. Når loven senere ble endret slik at forvaring også kan idømmes bare på bakgrunn av ett lovbrudd, vil logikken i forarbeidene ikke være holdbar for slike tilfeller. Der tiltalte bare er dømt for en alvorlig forbrytelse vil etter vår mening i stor grad måtte basere seg på usikre forutsetninger om fremtiden. Noe annet er at det vil være unntakstilfelle hvor forvaring vil bli aktuelt for en enkelt forbrytelse, slik at denne problemstillingen ikke vil komme opp for ofte. Betenkelighetene ved bestemmelsen er imidlertid fullt til stede.

Ovennevnte var noe av hovedkritikken mot sikringsinstituttet. Etter vår mening gjenstår det samme problemet etter at man har innført forvaring<sup>76</sup>. Om vilkåret om gjentakelsesfare er oppfylt eller ikke vil i høy grad innebære en usikker vurdering. Det er etter vår mening betenkelig at en så inngripende reaksjon som forvaring derfor får et tilfeldig preg.

Etter vår oppfatning kan det virke som at lovgiver ønsker å skjule at det hele blir snakk om gjetninger om fremtiden. Noe av bakgrunnen for dette kan være at lovgiver har sett behovet for en meget streng straff for de alvorlige forbrytelser som kan gi grunnlag for forvaring. Man kunne da valgt å si rett ut at visse forbrytelser er så alvorlige at de må møtes med en så streng reaksjon som forvaring. Man vil her ikke komme unna at tanker om hevn og gjengjeldelse er fremtredende. Vi viser til siste avsnitt i punkt 3.6 ovenfor. At det reageres streng mot slike lovbrøytere kan gi folk flest følelsen av at rettferdighet skjer fyllest. Dette kan være viktig for å hindre blant annet selvtekt og misnøye, samtidig som man viser politisk handlekraft. Ettersom hevn ikke er akseptert lenger som en begrunnelse for straff, kan lovgiver ha hatt et reelt behov for å skjule disse forhold. Det virker mer legitimt å fremheve beskyttelse for samfunnet i forhold til fare for gjentakelse. Problemet er imidlertid at man ikke kan forutsi når det er fare for gjentakelse. Man kan dermed ikke vite i hvilke tilfelle samfunnet trenger beskyttelsen.

---

<sup>75</sup> NOU 1990:5 s 105

<sup>76</sup> Ellingsen og Kongshavn: Matrialistene 1/2 – 88 s 45

Etter vår mening burde lovgiver uttrykkelig sagt at visse forbrytelser er så alvorlig at det må reageres med tidsubestemt straff.

### 6.3 Bør man ha forvaring som straff?

Til slutt finner vi grunn til å reise spørsmålet om man i det hele tatt bør ha forvaring som egen straff. Det er et verdispørsmål hvor langt man skal gå i å beskytte samfunnet på bekostning av lovbyteren. Oppfatningene vil her variere fra person til person. Ved vurderingen mener vi det er sentralt at faren for gjentakelse er meget vanskelig å forutsi. Etter vår mening er det klart at samfunnet vil ha et reelt behov for å beskytte seg mot alvorlig kriminalitet. Problemet er hvordan man skal forutsi behovet for beskyttelse, se punkt 6.2.

I enkelte tilfeller vil man ha et noe bedre grunnlag for å anta at lovbyteren vil begå nye alvorlige forbrytelser i fremtiden. Dette vil være hvor tiltalte tidligere har begått flere alvorlige lovbrudd. I slike tilfeller mener vi det kan være berettiget med en reaksjon som forvaring. Det er da mer legitimt at lovbyterens interesse må vike for fellesskapets. Lovbyteren har da vist at han kan være tilbøyelig til å begå nye alvorlige lovbrudd. Grunnlaget for færevurderingen må derfor antas å bygge på et noe mer sikkert grunnlag. Etter vår mening burde man beholdt vilkåret om tidligere begått forbrytelse i strl. § 39 c. Man kommer imidlertid ikke unna problemet at det i alle tilfeller blir spådommer om fremtiden. Tidligere begått kriminalitet er ingen garanti for nye lovbrudd. Dette taler for en restriktiv holdning.

I enkelte tilfeller vil den begåtte forbrytelse være av ekstremt grov karakter. Det kan også være at lovbyteren ikke har begått noe lignende tidligere. Et vilkår om en tidligere begått alvorlig forbrytelse vil her være til hinder for at forvaring benyttes for å beskytte samfunnet. For slike særtilfeller kan det stilles spørsmålet om det er legitimt å idømme forvaring på et mindre sikkert grunnlag. Man vil her ikke ha noe tidligere kriminalitet som holdepunkt for vurderingen. Tanken er at den begåtte forbrytelse er så grov at dette alene kan begrunne forvaring. Samfunnet tar ikke sjansen på at lovbyteren skal begå noe lignende på nytt. Synspunktet bygger på at muligheten for gjentakelse anses som

tilstrekkelig grunnlag. Etter vår mening kan man ikke gå så langt i å beskytte samfunnet. Lovbryteren vil her bli idømt forvaring for sikkerhets skyld. En så alvorlig straff bør, av hensyn til lovbryteren, bygge på et sikrere grunnlag.

Etter vår mening bør man ha forvaring som straff for tilregnelige lovbrytere. Vi ser det imidlertid som sentralt at idømmelsen av forvaring må bygge på et sikrere grunnlag enn ren gjetning om fremtiden. Med et slikt utgangspunkt vil det bare være i et fåtall saker at man kan legitimere forvaring for å beskytte samfunnet. Her spiller det også inn at vi har tidsbestemt straff som et alternativ for tilregnelige lovbrytere. Tidsbestemt straff vil også gi samfunnet beskyttelse mot farlige lovbrytere.

## **7 Kilder**

### 7.1 Litteratur

#### 7.1.1 Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1997

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6. utg. Ved Eivind Smith. Oslo, 1997

Røstad, Helge. *Innkast i straffefeltet: utvalgte emner i strafferett*. Oslo, 1993

Slettan, Svein. *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*. Svein Slettan, Toril Marie Øie. Oslo, 1997

Bratholm, Anders. *Straffeloven Kommentarutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser*. Anders Bratholm, Magnus Matningsdal. 2. utg. Oslo, 2003

### 7.1.2 Artikler

Røstad, Helge. *Sikringsinstituttet og Høyesteretts praksis i det siste tiår*. I: Rett og Rettssal ” Et festskrift til Rolv Ryssdal”. År s 149 – 168.

Bødal, Kåre. *Det gjelder drap*. Kåre Bødal, Inger Marie Frihovd. I: KRUS dokumentasjon. Nr 2. 1995 s 5 flg.

Ellingsen, Dag. *Den nye forvaringsordningen – løser den sikringens problemer?* Dag Ellingsen, Halvor Kongshavn. I: Materialisten. 1/2. 1988 s 45 – 69.

Noreik, Kjell. *Rettspsykiatrisk undersøkte menn*. Kjell Noreik, Arne Gravem. I: Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab. Nr 4 1986 s 243 – 265.

### 7.1.3 Rundskriv

Rundskriv fra Riksadvokaten, Oslo, 3. desember 2001, rundskriv nr 4/2001.

## 7.2 Forarbeider

### 7.2.1 Norges offentlige utredninger

FRKI 1956

NOU 1974:17

NOU 1983:57

NOU 1990:5

NOU 2002:4

### 7.2.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr 87 (1993-94)

Ot.prp. nr 28 (1999-2000)

Ot.prp. nr 46 (2000-01)

### 7.2.3 Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. Nr 34 (1996-97)

Innst. O. Nr 113 (2000-01)

## 7.3 Lover

1814 Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

1842 Kriminalloven

1902 Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902

1936 Lov 19. juni 1936 nr 9 (Kvaksalverloven)

1997 Lov 17. januar 1997 nr 11. Lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

1999 Lov 21. mai 1999 nr 30 (Menneskerettsloven)

2001 Lov 15. juni 2001 nr 64. Lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endringer og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239)

## 7.4 Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), Roma, 4. november 1950

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs generalforsamlings resolusjon 16. desember 1966

## 7.5 Dommer

### 7.5.1 Norsk Rettsidende (Rt)

Rt 1938 s 886

Rt 1949 s 144

Rt 1951 s 787

Rt 1953 s 408

Rt 1953 s 471

Rt 1953 s 867

Rt 1953 s 1356

Rt 1958 s 479 Mykle-saken

Rt 1958 s 798

Rt 1959 s 222

Rt 1960 s 129

Rt 1961 s 212

Rt 1961 s 547 Sandblåser-dommen

Rt 1963 s 823

Rt 1964 s 795



Rt 1965 s 881  
Rt 1966 s 336  
Rt 1970 s 904  
Rt 1972 s 342  
Rt 1977 s 246  
Rt 1979 s 1008  
Rt 1982 s 1594  
Rt 1984 s 550  
Rt 1984 s 1020  
Rt 1984 s 1076  
Rt 1988 s 276 Røstad-dommen  
Rt 1988 s 295 Skjelsvikdommen  
Rt 1988 s 811  
Rt 1991 s 1538  
Rt 1993 s 970  
Rt 1993 s 1508  
Rt 1994 s 395  
Rt 1994 s 460  
Rt 1994 s 1414  
Rt 1995 s 891  
Rt 1995 s 1756  
Rt 1996 s 11  
Rt 1996 s 1477  
Rt 1997 s 1760  
Rt 1998 s 219  
Rt 1998 s 407  
Rt 1995 s 665  
Rt 1998 s 1262  
Rt 1999 s 1895  
Rt 2000 s 2040  
Rt 2002 s 889  
Rt 2002 s 1052  
Rt 2002 s 1667

Rt 2002 s 1673

Rt 2002 s 1677

Rt 2002 s 1683

Rt 2003 s 312

### 7.5.2 Øvrige høyesterettsdommer

Høyesteretts dom av 24. september 2003

### 7.5.3 Rettens Gang (RG)

RG 2002 s 1356

RG 2003 s 641

### 7.5.4 Øvrige dommer fra lagmannsrett/herredsrett

Agder lagmannsrett 25. oktober 2002

Frostating lagmannsrett dom av 18. desember 2002

Gulating lagmannsrett 11. mars 2003

Agder lagmannsrett 13. juni 2003

### 7.5.5 Dommer fra EMD

Kokkinakis v. Hellas, A 260-A (1993)