

OVERFØRING AV SÆRREAKSJONSDØMTE ETTER PSYKISK HELSEVERNLOVEN § 5-6



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 687
Leveringsfrist: 25.04.12

Til sammen 16022 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Generelt om problemområdet	4
1.2.1	Tilregnelighet.....	4
1.2.1.1	Hovedregelen om at utilregnelige ikke straffes	4
1.2.1.2	Hvorfor straffes ikke utilregnelige?	6
1.2.2	Forholdet mellom forvaring og tvungent psykisk helsevern.....	9
1.2.2.1	Hvorfor er forvaring av interesse?.....	9
1.2.2.2	Kort om vilkårene for tvungent psykisk helsevern og forvaring	10
1.2.2.3	Innholdet i tvungent psykisk helsevern og forvaring	10
1.2.2.4	Formålet med tvungent psykisk helsevern og forvaring	14
1.2.2.5	Forvaring som straff?	17
2	Nærmere om ordningen med overføring etter phlsvl. § 5-6.....	20
2.1	Bakgrunnen for phlsvl. § 5-6	20
2.2	Oversikt over vilkårene for overføring etter phlsvl. § 5-6	22
3	Phlsvl. § 5-6 sett i lys av andre rettsregler	27
3.1	Innledning	27
3.2	Phlsvl. § 5-6 og forholdet til Grunnloven § 96.....	27
3.2.1	Problemstilling.....	27
3.2.2	Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen «straff» i Grunnlovens forstand?	28
3.2.3	«Ingen kan dømmes uten etter Lov».....	30
3.2.4	«Ingen [kan] straffes uten etter Dom»	31
3.2.5	Konklusjon.....	33
3.3	Phlsvl. § 5-6 og forholdet til EMK artikkel 5. nr. 1	34
3.3.1	Kort om menneskerettighetenes stilling i norsk rett	34
3.3.2	Innledende om EMK art. 5 og oversikt over problemstillingene	34
3.3.3	Hvilket alternativ under EMK art. 5 er relevant for phlsvl. § 5-6?	38
3.3.4	Omfattes overføringsdømte etter phlsvl. § 5-6 av «persons of unsound mind»?	39
3.3.5	Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen nødvendig?	41
3.3.6	Frihetsberøvelsen må være forholdsmessig	45
3.3.7	Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen forholdsmessig?	48
3.3.8	Konklusjon.....	51
4	Sammenfatning og perspektiver	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen tar for seg psykisk helsevernloven av 2. juli 1999 (phlsvl.) § 5-6 om overføring av farlige lovbreakere fra «tvungent psykisk helsevern» til «anstalt under kriminalomsorgen». Bestemmelsen har bare blitt anvendt i én høyesterettsavgjørelse, Rt. 2011 s. 1043.

Behovet for samfunnsvern i tilknytning til farlige lovbreakere skal som hovedregel varetas gjennom alminnelig tidsbestemt straff ved at fengselsstraff har en inkapasiterende virkning så lenge den varer. Et antatt behov også for mer varig samfunnsvern var bakgrunnen for tidsubestemt inkapasitering. Dette er løst i to spor: *forvaring* – som regnes som «straff» i straffelovens (strl.) forstand, jf. § 15 (2) – og *tvungent psykisk helsevern* som ikke er straff, men en reaksjon som kan anvendes overfor lovbreakere som anses utilregnelige jf. strl. § 44. Utilregnelighetsreglene er således avgjørende for valg av reaksjon.

I enkelte tilfeller vil man kunne stå overfor situasjoner hvor den tilstanden som gjorde lovbreakeren utilregnelig på handlingstidspunktet, varig har trengt tilbake under opphold i psykiatrisk institusjon. I de tilfeller der gjentakelsesfaren ikke lenger er til stede vil dette sjeldent by på rettslige problemer. Reaksjonen vil opphøre i medhold av straffeloven § 39 b, og lovbreakeren slippes fri. Problemet oppstår derimot hvis gjerningspersonen fremdeles er så farlig at det er nødvendig med fortsatt kontroll uten at det er rimelig at det psykiske helsevern står for dette. Det er i disse tilfellene phlsvl. § 5-6 blir aktuell. Bestemmelsen lyder:

«Etter begjæring fra den faglig ansvarlige, jf. § 5-3, kan retten bestemme at den domfelte skal overføres fra tvungent psykisk helsevern til anstalt under kriminalomsorgen, når særlige grunner taler for det. Overføring kan bare skje når den domfeltes sinnstilstand ikke lenger er som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd. Vilåret om gjentakelsesfare i straffeloven § 39 nr. 1 eller nr. 2 må fortsatt være oppfylt.

Påtalemyndigheten fremmer saken for tingretten, som avgjør den ved dom.

Behandlingen av saken skal påskyndes.

Finner retten at vilkåret om gjentakelsesfare i straffeloven § 39 nr. 1 eller nr. 2 ikke er oppfylt, skal reaksjonen opphøre, jf. straffeloven § 39b.»

Tidligere hadde man en ordning med såkalt sikring og forvaring hvor både tilregnelige og utilregnelige kunne dømmes til sikring. Sikring kunne innebære både anbringelse i psykiatrisk sykehus og i fengsel. I 1957 anmodet Justisdepartementet Straffelovrådet om å vurdere disse reglene.¹ Straffelovrådets arbeid resulterte i NOU 1974: 17 «Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner», men grunnet sterke uenigheter i høringsrunden ble det ikke fremmet noen konkrete lovforslag.² På 1970- og 1980-tallet ble kritikken mot sikringsinstituttet forsterket og i 1990 avga det såkalte Særreaksjonsutvalget NOU 1990:5 «Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner». Det var på grunnlag av denne utredningen at særreaksjonene *overføring til tvungent psykisk helsevern* (strl. § 39), og *forvaring* (strl. § 39c) ble innført.³

En av de viktigste intensjonene med den nye straffereformen var å gjøre utilregnelige lovbrøyttere til helsevesenets oppgave. Man ønsket seg bort fra ordningen der sikringsdømte utilregnelige lovbrøyttere ble sikret i fengselsvesenets anstalter.⁴ Denne intensjonen fyller den nye ordningen langt på vei, men ikke fullt ut. Riktignok skal det psykiske helsevern som hovedregel ta seg av psykotiske lovbrøyttere, men gjennom § 5-6 åpnes det for at lovbrøyttere kan flyttes fra tvungent psykisk helsevern til fengsel. Skillet mellom fengselsvesenet og helsevesenet er således ikke helt vanntett. I prinsippet innebærer ordningen at utilregnelige lovbrøyttere som i utgangspunktet er dømt til tvungent psykisk helsevern, risikerer opphold i fengsel på ubestemt tid dersom psykosen går over mens vedkommende er under tvungent psykisk helsevern.

¹ Jf. Hennem (2002).

² Jf. Syse (1997) s. 38.

³ Innført ved lov 15. juni 2001 nr. 64.

⁴ Jf. NOU 1990: 5 s. 64 flg.

Overføringsordningen ble kritisert allerede da den ble foreslått,⁵ og er kontroversiell i det den strider mot den prinsipielle grunntanken om at helsevesenet skal ta hånd om psykisk syke.⁶

Forholdet til Grunnloven er ikke vurdert i forarbeidene. Forholdet til EMK er i liten grad behandlet,⁷ og det har også vært lite redegjort for dette i teorien. Det foreligger dessuten bare ett tilfelle fra rettspraksis hvor forholdet til EMK har blitt belyst, jf. Rt. 2011 s. 1043. Det er således behov for en mer utførlig vurdering av phlsvl. § 5-6 og det vern som følger av Grunnloven og EMK.

Phlsvl. § 5-6 kan tenkes å stå i konflikt med flere menneskerettslige bestemmelser enn de som vil drøftes i avhandlingen. Overføringsbestemmelsen kan eksempelvis tenkes vurdert opp mot EMK artikkel 3 som forbyr tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Menneskerettighetsdomstolen har slått fast at langvarig isolasjon kan anses som umenneskelig behandling. En overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» kan innebære at pasienten i praksis blir eneste person ved enheten, ettersom vilkårene for slik overføring er strenge. Det vil føre for langt å ta opp alle menneskerettslige spørsmål, og det avgrenses derfor mot videre behandling av dette.

Avhandlingen tar sikte på å belyse om, og i tilfellet hvorfor, en overføringsordning etter phlsvl. § 5-6 er problematisk. Oppgaven er delt i tre hoveddeler. I første del vil det redegjøres generelt om problemområdet. Herunder vil utilregnelighetsreglene og reaksjonene tvungent psykisk helsevern og forvaring behandles. Det vil også redegjøres for formålet bak disse reaksjonene. «Anstalt under kriminalomsorgen» har sin nærmeste parallell i forvaringsinstituttet, og en nærmere redegjørelse for forvaring vil således kunne bidra til belysning av forhold knyttet til phlsvl. § 5-6. Del to omhandler selve overføringsbestemmelsen, phlsvl. § 5-6. I del tre søkes belyst ulike rettslige

⁵ NOU 1974: 17 s. 118.

⁶ Henum (2002) og Syse (1997) s. 55 flg.

⁷ Se dog brev fra Justisdepartementet, inntatt som vedlegg i Innst.O. nr. 34 (1996-1997) hvor noen menneskerettslige spørsmål tas opp.

problemstillinger knyttet til forholdet mellom phlsvl. § 5-6, Grunnloven § 96 og EMK art. 5 nr. 1.

1.2 Generelt om problemområdet

1.2.1 Tilregnelighet

1.2.1.1 Hovedregelen om at utilregnelige ikke straffes

Utilregnelighetsreglene er i utgangspunktet avgjørende for om lovbrøtere blir det psykiske helsevernets eller kriminalomsorgens ansvar. Det vil derfor innledningsvis bli redegjort for hovedregelen om at utilregnelige ikke straffes, hvem de utilregnelig er, samt begrunnelsen for regelen.

Fire kumulative vilkår må være oppfylt for at en person skal kunne ilegges straffansvar, herunder dømmes til forvaring. For det første må handlingen kunne subsumeres under en straffesanksjonert atferdsnorm. For det andre må det ikke foreligge straffrihetsgrunner som for eksempel samtykke eller nødverge. For det tredje må gjerningspersonen ha handlet med tilstrekkelig grad av subjektiv skyld. Det fjerde vilkåret knytter seg til lovbrøterens personlige forutsetninger. En lovbrøter kan ikke straffes dersom han eller hun vurderes som utilregnelig på handlingstidspunktet, jf. strl. §§ 44 og 46.⁸ Bare dersom alle vilkårene er oppfylt, kan straff etter strl. § 15 – fengsel, forvaring, samfunnsstraff, bøter og rettighetstap⁹ – benyttes overfor lovbrøteren.¹⁰

Hva gjelder skyldkravet er utgangspunktet at handlingen må ha vært utøvet med forsett, jf. strl. § 40. Av samme paragraf fremgår at uaktsomhet er likestilt når dette fremgår at straffebedet selv, eller det er utvetydig forutsatt.¹¹ Rettslig sett er tilregnelighet og skyld

⁸ NOU 1990: 5 s. 71, Ot.prp. nr.87 s. 114, Matningsdal/Rieber Mohn (2004) s. 288, Eskeland (2006) s. 327 og Riksadvokaten (4/2001) s. 3.

⁹ I Straffeloven § 15 nevnes også hefte, men denne reaksjonsformen brukes ikke lenger i praksis, jf. Matningsdal/Rieber Mohn (2004) s. 391, Jacobsen (2004) s. 16. Reaksjonsformen oppheves med ny straffelov av 20. mai 2005 jf. § 29 jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 245.

¹⁰ NOU 1990: 5 s. 71 og Jacobsen (2004) s. 16.

¹¹ Straffansvar på objektivt grunnlag kan stort sett bare ilegges juridiske personer jf. strl. §§ 48 a og 48 b.

to selvstendige vilkår i norsk strafferett.¹² Det juridiske skyldbegrep skiller seg fra det moralske skyldbegrep, men det må også kunne sies å være bånd mellom dem.¹³ Syse skriver om dette:

«Spørsmålet om alle mennesker – uavhengig av deres personlige forutsetninger for å forstå handlingens rettsstridige karakter og/eller deres uheldige konsekvenser – kan pålegges straffansvar for sine handlinger, er et moralfilosofisk problem der tilknytningspunktene mellom det strafferettslige og det moralske skyldbegrep blir særlig sterkt.»¹⁴

Ofte vil de to vilkårene i praksis være overlappende, men ikke alltid. Eksempelvis vil skyldkravet fortsatt være oppfylt dersom A dreper B fordi han anser B som en reinkarnasjon av Judas, selv om utilregneligheten fremstår som åpenbar.¹⁵ Det er kun i slike tilfeller at tilregnelighet vil ha selvstendig betydning for straffbarheten.

Hvem er så de utilregnelige? I juridisk sammenheng handler tilregnelighet om å ha en viss sjelelig sunnhet og modenhet.¹⁶ Ordet utilregnelig er ikke brukt i straffeloven av 1902, men benyttes i den nye straffeloven av 2005,¹⁷ jf. §§ 20, 67, 98, 332 og 337. Termen er et resultat av tradisjon, og er i dag allment akseptert.

Det kan være ulike årsaker til at domstolene kommer til at lovbrysteren må anses utilregnelig. En person kan være utilregnelig dersom han i handlingsøyeblikket er psykotisk (strl. § 44 (1)), psykisk utviklingshemmet i høy grad (strl. § 44 (1)), bevisstløs (strl. § 44 (2)) eller er under femten år (strl. § 46). Av de ulike sinnstilstandene er psykose det praktisk viktigste alternativet. Tilstander som i dag regnes som psykoser, kan deles inn i fire hovedgrupper:¹⁸

¹² Syse 1997 s 24 og Rieber-Mohn (1995) s. 367.

¹³ Syse (1997) s. 23.

¹⁴ Syse (1997) s. 23.

¹⁵ Rieber-Mohn (1995) s. 367.

¹⁶ Matningsdal/Rieber Mohn (2004) s. 288 og Matningsdal/Bratholm (2003) s. 362.

¹⁷ Lov av 20. mai 2005 nr. 28.

¹⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 22.

- (i) Tenknings- og kontaktforstyrrelser. Sentrale symptomer er hallusinasjoner og klare vrangforestillinger. Den medisinske diagnosen er ofte schizofreni eller paranoia.
- (ii) Stemningslidelser. Stemningsleie er ofte forskjøvet i en depressiv eller oppstemt retning. Den medisinske diagnosen kan være manisk-depressiv.
- (iii) Forvirringstilstander. Den syke er ofte desorientert i forhold til tid, sted og situasjon, og er ikke i stand til å motta informasjon. En spesiell form kalles delirium tremens og er som regel forårsaket av langvarig alkoholmisbruk som har fått en brå slutt.
- (iv) Sløvhetstilstander (demens). Spesielt hukommelsen og evnen til logisk tenkning er svekket.

Det kreves aktiv psykose på handlingstidspunktet for straffrihet.¹⁹ Det vil si at dersom en person har diagnosen psykotisk, men på handlingstidspunktet er symptomfri, vil han ikke oppnå straffrihet etter strl. § 44. Det kreves imidlertid ikke årsakssammenheng mellom sinnstilstanden og den straffbare handling for å utelukke straff.²⁰ Forutsatt at gjerningspersonen på handlingstidspunktet er i en sinnstilstand som beskrevet i § 44, er det irrelevant om denne har hatt noen betydning for den ulovlige handlingen. Dette kalles det medisinske (eller det biologiske) system.²¹ Norge er et av svært få land i verden som baserer utilregnelighetsreglene på dette systemet.²² De rettspsykiatriske sakkyndiges vurderinger vil normalt stå sentralt for vurderingen av tilregnelighet, ettersom den medisinske diagnosen i de fleste tilfeller vil spille en avgjørende rolle. Retten er imidlertid ikke bundet til å følge den rettspsykiatriske erklæringen.²³

1.2.1.2 Hvorfor straffes ikke utilregnelige?

Det kan spørres om hvorfor utilregnelige ikke straffes. Straffrihetsregelen i strl. § 44 begrunnes i lovforarbeidene ut fra tre forskjellige synspunkter; (i) skyldsynspunkter, (ii)

¹⁹ NOU 1990: 5 s. 41.

²⁰ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 27 og s. 114, Rt. 2003 s. 23 og Jacobsen (2004) s. 39.

²¹ NOU 1974: 17 s. 52 og 53, NOU 1990: 5 s. 44 og Jacobsen (2004) s. 39.

²² Syse (2006) s. 146.

²³ Jacobsen (2004) s. 39.

allmennpreventive synspunkter og (iii) behandlingssynspunkter. Begrunnelsene tiltres i hovedsak av Særreaksjonsutvalget,²⁴ Justisdepartementet²⁵ og Justiskomiteén.²⁶

Det prinsipielle grunnlag i forarbeidene er først og fremst knyttet til fraværet av *skyld* hos den utilregnelige.²⁷ Det heter i NOU 1974: 17 vedlegg 1 s. 162:

«I vår kulturtradisjon har det vært vanlig akseptert at dette setter moralske grenser for bruken av straff, og at det som gjør straffen moralsk berettiget er at gjerningsmannen har hatt muligheten til å foreta valg mellom å foreta den straffbare handling eller å la være. Av den grunn har straffansvar uten subjektiv skyld (objektivt straffansvar) ikke vært anerkjent uten i rent spesielle tilfelle. Og av samme grunn bør det kreves at gjerningsmannen har forutsetninger for å foreta et rasjonelt valg, det vil si en viss evne til innsikt og selvkontroll.»²⁸

Justisdepartementet tiltrer begrunnelsen, og viser særlig til at lovbrøtere med alvorlige psykiske avvik normalt ikke vil oppfatte de omstendighetene som gjør handlingen straffbar.²⁹ De oppfyller således ikke lovens skyldkrav. Videre påpekes at det sjeldent vil være grunnlag for å rette moralsk bebreidelse mot utilregnelige fordi deres handlinger oftest vil være sykkelig motivert.³⁰ Det urettferdige ved å straffe utilregnelige synes å være den viktigste begrunnelsen for straffrihetsregelen.³¹

Et av de viktigste formål for lovens straffetrusler er den allmennpreventive funksjon. For at denne funksjonen skal virke etter sin hensikt, må den aktuelle personen ha en viss evne til å reagere normalt på motiver. Uten disse evnene vil straffesanksjonene ikke ha noen avskrekkende virkning. Følgelig vil således den individualpreventive virkning bli

²⁴ NOU 1990: 5 s. 44.

²⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 26.

²⁶ Innst.O. nr. 34 punkt 7.

²⁷ NOU 1974: 17 s. 51-52 jf. vedlegg 1 og 2 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 25-26.

²⁸ Skrevet av Johs. Andenæs.

²⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 25

³⁰ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 26.

³¹ NOU 1974: 17 s. 52, NOU 1990: 5 s. 46 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 25.

reduisert til ren inkapasitering. Det preventive formål som vanligvis vil være sentrale for forståelsen av straffens funksjon, vil ikke gjøre seg gjeldende overfor lovbrøyttere som ikke er tilregnelige.³² I NOU 1974: 17 s. 162 uttrykkes det slik:

«Trusselen om straff er nytteløs og derfor ikke på sin plass overfor dem som på grunn av psykisk abnormitet mangler forutsetningene for å la seg påvirke av den.»

Hertil kommer at det også i en viss grad er lagt vekt på den utilregneliges behov for *behandling*. Det synes forutsatt i forarbeidene at utilregnelige lovbrøytteres behandlingsbehov har betydning for straffrihetsregelen, men bare som et subsidiært tilleggshensyn ved siden av øvrige. Det heter i NOU 1974: 17 s. 165:

«Konklusjonen blir at behandlingssynspunkter alene ikke kan begrunne reglene om straffrihet for psykisk abnormitet, men bare i forening med skyldsynspunkter og/eller almenpreventive synspunkter.»

Forarbeidene synes samlet sett å avdekke en bred enighet om de hensyn som gir grunnlag for reglene om straffrihet.

Sammenhengen mellom reglene for utilregnelighet er begrunnelsen for utilregnelighetsreglene er imidlertid ikke helt uproblematisk. Det medisinske system åpner for at personer som har innsikt i egen situasjon og i det klanderverdige i eget handlingsvalg ikke kan ansvarliggjøres fordi de ikke oppfattes som tilregnelige. Både Straffelovrådet, Straffelovkommisjonen og Særreaksjonsutvalget gikk inn for å opprettholde ordningen med en absolutt straffrihetsregel basert på det medisinske system. Med dette opprettholdt man ordningen med ikke å kreve årsakssammenheng mellom sinnstilstanden og den straffbare handlingen. Begrunnelsen for ikke å innføre et slikt kausalitetskriterium var at man mente det ville være vanskelig å oppnå tilstrekkelig bevis for at det ikke er årsakssammenheng mellom lovbrudd og avvik.³³

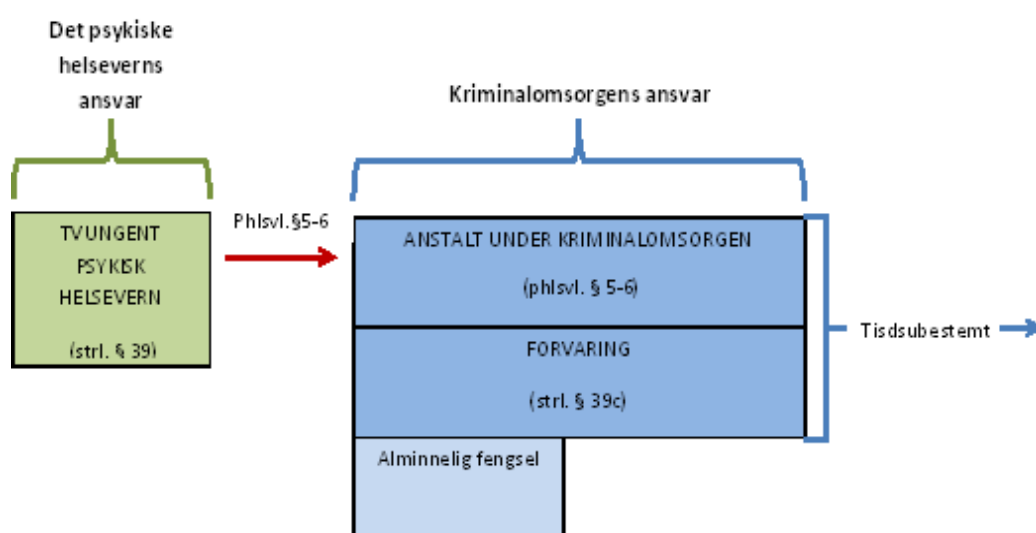
³² NOU 1974: 17 s. 51-52 jf. vedlegg 1 og 2 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 25.

³³ NOU 1990: 5 s. 46 flg.

1.2.2 Forholdet mellom forvaring og tvungent psykisk helsevern

1.2.2.1 Hvorfor er forvaring av interesse?

Det kan spørres om hvorfor forvaring er av interesse når hovedtema for avhandlingen er overføring fra psykisk helsevern til «anstalt under kriminalomsorgen». Utgangspunktet er at den som overføres etter phlsvl. § 5-6 anses utilregnelig, og derfor ikke kan dømmes til forvaring. I den grad forvaring likevel er av interesse er det fordi både «anstalt» jf. phlsvl. § 5-6 og forvaring er underlagt kriminalomsorgen, og begge reaksjonene er uten tidsbegrensning. I tillegg er den fysiske plasseringen av overføringsdømte, i likhet med mange forvaringsdømte, i en forvarings- og sikkerhetsanstalt. At phlsvl. § 5-6 har en parallell i forvaringsinstituttet kan illustreres slik:



Figur 1

Både forvaring og tvungent psykisk helsevern innebærer frihetsberøvelse, men hva skiller dem fra hverandre? Reaksjonenes innhold er tema i det følgende. Deretter behandles formålet med reaksjonene. Avslutningsvis stilles det spørsmål om det er treffende å klassifisere forvaring som «straff». Formålet med sammenligningen er å belyse hvorfor og hvordan reaksjonene skiller seg fra hverandre som straff og ikke-straff. Dette har betydning fordi det kan bidra til belysning av hvorvidt «anstalt under kriminalomsorgen» er straff. Sammenligningen vil vise at en viktig del av begrunnelsen

for å klassifisere forvaring som straff, trolig har sammenheng med at forvaringsinstitusjonen er underlagt kriminalomsorgen.

1.2.2.2 Kort om vilkårene for tvungent psykisk helsevern og forvaring

Det er ikke slik at alle farlige lovbrytere kan idømmes forvaring eller tvungent psykisk helsevern. Flere vilkår må være oppfylt. Etter strl. § 39 c er grunnvilkåret for å idømme *forvaring* at tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet. I tillegg stilles alternative krav om forutgående alvorlig kriminalitet av en viss art, og det må være «nærliggende fare» for at tiltalte skal begå ny tilsvarende kriminalitet. Eventuelt må det foreligge en mindre alvorlig forbrytelse av en viss art, og faren for tilbakefall til en ny alvorlig forbrytelse må antas å være «særlig nærliggende». Alternativene har det felles at det må ha blitt begått mer enn én straffbar handling og at handlingene krenker andres «liv, helse eller frihet».

Vilkårene for idømmesle av reaksjonen *tvungent psykisk helsevern* fremgår av straffeloven § 39. Felles med forvaringsvilkårene er det må ha blitt begått alvorlig kriminalitet, det må være «nærliggende fare» for ny alvorlig kriminalitet og særreaksjonen må være «nødvendig for å verne samfunnet». Lovbryteren må dessuten ha vært psykotisk på handlingstidspunktet.

1.2.2.3 Innholdet i tvungent psykisk helsevern og forvaring

Regler om gjennomføringen av *tvungent psykisk helsevern* er gitt i psykisk helsevernloven kapittel 5. Den faglig ansvarlige³⁴ bestemmer hvordan det tvungne psykiske helsevernet til enhver tid skal gjennomføres. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på hensynet til behandling av den domfelte, og særlig på behovet for å beskytte samfunnet mot faren for nye alvorlige lovbrudd, jf. § 5-3. Det følger av forarbeidene at så langt hensynet til samfunnsvernet tillater det, skal den dømte behandles som andre pasienter, og det psykiske helsevernet bestemmer selv formene for behandling og

³⁴ Phlsvl. § 1-4.

omsorg.³⁵ I praksis finner det tvungne psykiske helsevernet først og fremst sted i private sykehus.³⁶

Særreaksjonen er fullt ut tidsubestemt. Den skal opphøre når vilkåret om gjentakelsesfare ikke lenger er til stede, jf. strl. § 39b (1). Opphør av reaksjonen kan imidlertid ikke begjæres før ett år etter at overføringsdommen eller en dom som nekter opphør er endelig, jf. strl § 39b (3). Det er påtalemyndigheten som fremmer sak om opprettholdelse, jf. strl § 39b (2) 3. pkt. Reglene for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern utgjør dermed et skår i den såkalte asylsuvereniteten, hvoretter det er lederen ved sykehuset som avgjør når pasienten skal løslates.

I hovedsak er det straffeloven og straffegjennomføringsloven³⁷ (strgjfl.), som gir regler om innholdet i *forvaring*. Med hjemmel i strl. § 29 h og strgjfl. § 5 ble det den 5. mars 2004 i tillegg vedtatt forskrifter om gjennomføring av særreaksjonen forvaring. Her gis regler om blant annet beregning av tidsramme og valg av anstalt. Selve forvaringen kan bare avtjenes i fengsel, jf. ordlyden i strl. § 39 c. Videre følger det av § 39 e at det ved forvaringsdom skal fastsettes en tidsramme som normalt ikke kan overstige femten år og som aldri kan overstige tjueen år. Ved dom kan tidsrammen forlenges med inntil fem år av gangen. I dommen på forvaring bør det dessuten fastsettes en minstetid som ikke kan overstige ti år.

For å bøte på ulempen med at forvaring i en del tilfeller vil innebære svært lange straffer, er det i forarbeidene stadig understreket behovet for et «særlig soningstilbud».³⁸ Det vesentlige synes å være at innholdet av forvaringen blir annerledes enn alminnelig fengselsstraff, og at reaksjonene tilpasses den dømtes særlige situasjon.³⁹ Etter Særreaksjonsutvalgets syn burde den forvaringsdømte underlegges

³⁵ NOU 1990: 5 side 71 flg. og Innst.O. nr. 34 punkt 7.3.2.

³⁶ Syse (2006) s. 171.

³⁷ Lov av 18. mai 2001 nr. 21.

³⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 75 og 79.

³⁹ Ot.prp. nr.87 (1993-1994) s. 75.

«[...] et fengselsregime som består av tverrfaglig ekspertise innenfor i første rekke klinisk psykologi, psykiatri, sosialpedagogikk, sosial- og fengselsfag, og som i selve det ytre miljø er annerledes enn en tradisjonell fengselsavdeling. Dette tverrfaglige team kan ikke begrense seg til å sørge for et minst mulig belastende opphold for domfelte. Teamet må ha ambisjoner om å utvikle domfeltes sosiale tilpasningsevne i en gunstig retning. De ulike faggrupper må også gå sammen om å sørge for at det så vidt mulig skjer en progresjon i den forvaringsdømtes totale situasjon under oppholdet.»⁴⁰

I dette ligger også at forvaringens rammer og innhold skal endres underveis, herunder slik at den dømte skal få prøve seg under ulike grader av frihetsberøvelse. Det følger således av forarbeidene at forvaringen ikke burde vare lengre enn nødvendig. I NOU 1990: 5 heter det:

«Oppfølgingen av domfelte må bli tettere jo større friheten blir. Med en slik dynamikk i behandlingen kan man håpe på å oppnå en forebyggelse av kriminalitet som har varighet lenge ut over den fysiske innesperring. Slik forebyggelse er det beste samfunnsforsvar. Man oppnår også at den tidsubestemte forvaring kan avsluttes innenfor et rimelig tidsperspektiv. Formålet med en tidsubestemt reaksjon er jo at den ikke skal være strengere og vare lengre enn påkrevd av hensyn til samfunnets behov for vern mot farlig kriminalitet».⁴¹

I Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) sluttet departementet seg til utvalgets krav om et «annet innhold» for forvaringen enn alminnelig fengselsstraff. Det heter på s. 79:

«I likhet med utvalget mener departementet at forvaringen bør ha et annet innhold enn straff i tradisjonell forstand. Dette synspunktet har fått sterk støtte under høringen. Reaksjonen bør tilpasses de dømtes særlige behov, og ekspertise fra flere fagområder bør trekkes inn ved gjennomføringen av særreaksjonen. Enkelte høringsinstanser har bemerket at også andre lovbrøtere enn dem som er særreaksjonsdømt kan ha behov for et slikt soningstilbud. Departementet kan være enig i dette, men mener likevel at de særreaksjonsdømte står i en spesiell stilling. For det første er særreaksjonen tidsubestemt, og dette bør etter departementets syn kompenseres ved et særlig egnet soningstilbud. For det andre skal den særreaksjonsdømte undergis en løpende farlighetsvurdering. Departementet mener det her

⁴⁰ NOU 1990: 5 s. 111.

⁴¹ NOU 1990: 5 s. 111.

må være et mål å søke å påvirke den domfeltes personlighetsutvikling, og mener et soningsopplegg i regi av et tverrfaglig ekspertteam best kan legge grunnlaget for dette.»

Det ble av departementet i tillegg fremmet forslag om å opprette en særlig institusjon for å ivareta at reaksjonen fikk sitt tiltenkte innhold. Det heter følgende om dette i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) på s. 103:

«Departementet antar det vil være naturlig å plassere i alle fall en del av de forvaringsdømte i den såkalte «Gråsonestalten» som nå er vedtatt lagt til Trondheimsregionen. Se St.meld.nr.56 (1991-1992) og Innst.S.nr.18 (1992-1992).»

«Gråsonestalten» skulle være «et nytt fengsel for innsatte med store atferdsavvik.»⁴² Formålet med anstalten var å gi samfunnet vern mot farlige lovbrøyttere, avlaste andre anstalter og tilby et soningsmiljø som ikke virker sykdomsfremkallende eller forsterkende på asosial atferd samt om mulig påvirke slik atferd. Innholdet i soningen skulle baseres på ulike former for sosial trening og individuell oppfølging. Anstalten skulle ha 30-35 plasser, og organiseres som øvrige fengsler, men i tillegg knytte til seg psykiatrisk-psykologisk kompetanse. Av sikkerhetsmessige grunner var meningen at anstalten skulle være godt bemannet og ha et høyere areal pr. innsatt enn andre anstalter.

Arbeidet med å opprette slik anstalt ble imidlertid ikke igangsatt, og på side 19 i Innst. O. nr. 34 (1996-1997) ble det opplyst: «Regjeringen har i St.prp. nr. 1 (1996-97) varslet at arbeidet med gråsonestalten i Trondheimsregionen er lagt på is.»

Ikke alle lot seg etter dette overbevise om forsøket på å lempe på reaksjonens inngripende karakter. For eksempel hevdet Syse i en artikkel fra 1997 at det var uklart hva dette «annerledes» ved forvaringen skulle være. Han hadde dessuten liten tro på at myndighetenes understreking av det formildende innholdet i forvaring ville gjennomføres:

⁴² Innst.S. nr. 18 (1992–1993).

«Myndighetene har ennå ikke klart å presisere hva det er som vil bli annerledes ved forvaringens innhold, og det vil sikkert by på vanskeligheter. Etter mitt syn må denne stadige understrekingen av det «annerledes» innholdet, som er en rød tråd fra særreaksjonsutvalget til komitéinnstillingen, oppfattes som retorikk. Dette vil sammen med personlighetsvurderinger lettere kunne gi legitimitet til å idømme lengre straffer enn det proporsjonalitetsprinsippet tilsier. Etter mitt syn har vi gjenåpnet for livsvarig fengselsstraff i ordets opprinnelige – og egentlige – rette forstand.»⁴³

Det ble heller aldri opprettet noen «gråsonestalt».⁴⁴ Skeptikerne fikk således rett i at den tiltenkte ordningen medførte gjennomføringsproblemer. Det som istedet ble foreslått var «en særlig anstalt eller ressursavdeling i fengsel» som skulle legges til det som nå heter Ila fengsel og forvaringsanstalt. Av rapport om etterkontroll av blant annet forvaringsdømte følger det at det *har* blitt lagt ned betydelig arbeid og innsats for å tilrettelegge for en annerledes straffegjennomføring for de forvaringsdømte,⁴⁵ men denne særlige anstalten avviker fra den opprinnelige skisserte institusjonen.

1.2.2.4 Formålet med tvungent psykisk helsevern og forvaring

Felles for tvungent psykisk helsevern og forvaring er formålet: å verne samfunnet mot de virkelig farlige lovbrøyttere som utgjør en nærliggende trussel mot rettsgoder som liv, legeme, helse og frihet.⁴⁶ Samfunnsvernet er den helt overordnede og viktigste begrunnelsen for begge reaksjonene.

Med tvungent psykisk helsevern som utgangspunkt påpekes det i forarbeidene at de utilregnelige ikke kan bli ilagt noen reaksjon *som følge* av lovbruddet, men at det «etter omstendighetene [kan] være nødvendig og hensiktsmessig å reagere for å motvirke nye

⁴³ Syse (1997) s. 41.

⁴⁴ Ot.prp. nr.46 (2000-2001).

⁴⁵ *Etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring* (2006) s. 89.

⁴⁶ NOU 1974: 17 s. 82, s. 88.

lovbrudd». ⁴⁷ Særreaksjonsutvalget peker på at samfunnet i en del tilfeller har krav på beskyttelse mot utilregnelige lovbrøyttere. ⁴⁸ Det heter i utredningen på s. 71:

«En del utilregnelige personer overtrer stadig straffeloven. Vanligvis gjelder dette mindre alvorlige straffbare handlinger. Men også alvorligere forbrytelser kan bli begått, og i visse tilfeller gjentatt, av utilregnelige personer. For en del utilregnelige lovbrøyttere vil sykdommen med stor sannsynlighet være langvarig, og ny alvorlig kriminalitet vil kunne bli begått som en følge av dette. [...] Den fare som lovbrøyttere som begår alvorlige forbrytelser representerer for sine omgivelser, må samfunnet gis en adgang til å verge seg mot. Etter utvalgets syn må den enkeltes frihet i slike tilfeller vike på grunn av risikoen for andre. Med frihet menes her frihet fra samfunnets kontroll, herunder retten til å nekte å motta behandling.» ⁴⁹

Som det vises til i det siterte vil tvungent psykisk helsevern også innebærer et behandlingselement – det følger for så vidt allerede av reaksjonens betegnelse: «tvungent psykisk *helsevern*». Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor stor betydning behandlingshensynet har hatt for begrunnelsen av reaksjonen, altså om behandling er en del av *formålet* med reaksjonen, eller om det bare er styrende for reaksjonens *innhold*.

Jacobsen hevder at behandlingshensynet spiller en klar sekundær rolle som begrunnelse for reaksjonen ved siden av samfunnsvernet, og fremholder at det primære formål ikke er «omsynet til lovbrøytteren og behandling eller rehabilitering av denne». ⁵⁰ Han uttaler videre:

«I den grad ein – som enkelte synes å gjera – vil trekke inn behandlingssyn i forhold til grunngevinga av særreaksjonen, bør ein etter mitt syn vere tydeleg på skilje mellom den primære og sekundære grunngevinga: Det er samfunnsvernomsyn som grunnjev eksistensen av instituttet, behandlingshensyn kjem inn sekundært – når reaksjonen er

⁴⁷ NOU 1974: 17 s. 87.

⁴⁸ NOU 1990: 5 s. 71.

⁴⁹ Departementet tiltrer utvalgets begrunnelse jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 47.

⁵⁰ Jacobsen (2004) s. 50.

grunngeven – og styrer innholdet i reaksjonen innanfor dei den primære grunngevinga tillet.»⁵¹

Warberg hevder derimot at «[d]om på psykisk helsevern etter strl § 39 og phlsvl. kap. 5 er like mye et sikkerhetstiltak som et behandlingstiltak [...]».⁵²

Det er noe uklart hvilken rolle behandlingshensynet har. Forarbeidene synes å tale i Jacobsens favør. Det heter i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) på s. 45:

«Selv om det etter utvalgets syn ikke kan være en selvstendig begrunnelse for en særreaksjon, peker utvalget også på at hensynet til den enkelte ikke entydig taler imot tvangsmessig inngrep fra samfunnets side. En særreaksjon som innebærer behandling, vil kunne bidra til at lovbrøyteren får en bedre livssituasjon enn han eller hun ellers ville ha hatt. Kriminelle handlinger foretatt av utilregnelige personer vil ofte være et utslag av sinnslidelsen. I alle fall kan det etter utvalgets syn ikke utelukkes at det er en slik sammenheng. Skal et nytt lovbrudd forhindres, bør derfor behandling av sinnslidelsen stå i sentrum.»⁵³

Som begrunnelse for reaksjonen synes således behandlingshensynet ikke å ha særlig selvstendig betydning. På den annen side kan en vanskelig se bort fra at behandlingshensynet har en viss betydning ved at det råder en positiv holdning til den effekten en særreaksjon med et behandlingssinnhold vil kunne medføre.

Med forvaring som utgangspunkt ble det som nevnt understreket av Særreaksjonsutvalget «at selve det tidsbestemte element i forvaringen» gjorde det påkrevet med «et fengselsregime som består av tverrfaglig ekspertise, innenfor i første rekke klinisk psykologi, psykiatri, sosialpedagogikk, sosial- og fengselsfag, og som i selve det ytre miljø er annerledes enn en tradisjonell fengselsavdeling».⁵⁴

⁵¹ Jacobsen (2004) s. 51.

⁵² Warberg (2003) s. 237.

⁵³ Departementet tiltrer utvalgets begrunnelse jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 47.

⁵⁴ NOU 1990: 5 s. 111.

Allerede da de første forslagene om forvaring kom var altså intensjonen at forvaringen skulle ha, om ikke et behandlingsformål, så i alle fall et rehabiliteringsformål. Denne intensjonen er fulgt opp i forskrift om gjennomføring av forvaring § 2:

«§ 2. Formål

Gjennomføring av forvaring skal ivareta samfunnets behov for sikkerhet mot ny alvorlig kriminalitet fra den forvaringsdømtes side. Innenfor sikkerhetsmessig forsvarlige rammer skal den forvaringsdømte gis mulighet for å endre sin adferd og tilpasse seg et liv i frihet.»⁵⁵

I de tilhørende retningslinjene heter det:

«Forvaringsordningens formål er først og fremst å beskytte samfunnet fra den domfeltes side. Samfunnsbeskyttelsen forutsettes ivaretatt ved at den forvaringsdømte endrer atferd og dyktiggjøres for et liv utenfor fengsel. Formålet med forvaringsstraffen tilsier imidlertid at tiltak som settes i verk for å fremme domfeltes sosiale tilpasning og rehabilitering må la seg forene med hensynet til samfunnets sikkerhet.»⁵⁶

Det skal altså legges til rette for at straffen også skal ha en rehabiliterende funksjon, men bare i den utstrekning dette kan forenes med straffens hovedformål, nemlig å beskytte samfunnet mot lovbrøyteren så lenge han eller hun utgjør en fare.

Samlet sett synes forarbeidene å tale for at ingen av de nye særreaksjonene bryter med formålet til det gamle sikringsinstituttet. Beskyttelsesbehovet er det primære, men også behandlings- og rehabiliteringsformål har hatt betydning.

1.2.2.5 Forvaring som straff?

Det kan spørres om hvor treffende det er å klassifisere forvaring som «straff», i alle fall for den delen av en forvaringsdom som går ut over «straffedelen», og over i «sikringsdelen».⁵⁷ Det er i det følgende tale om straff i materiell forstand.

⁵⁵ Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring, 5. mars 2004.

⁵⁶ Retningslinjer om gjennomføring av forvaring. 27. september 2006.

⁵⁷ Med dette menes den delen av forvaringsstraffen som eventuelt blir forlenget i medhold av strl. § 39 e.

Det er mange ulike måter å beskrive straff på. MacCormick beskriver straff i materiell forstand slik:

«Punishment is an intentional reaction to conduct for which a person is held responsible, aimed at expressing a sense of the wrongfulness of that conduct and the blameworthiness of the actor for it. It does seek to impress on the actor the seriousness of his/her misdeed with a view to encourage better behavior in the future, and so serving as an example to like-minded others.»⁵⁸

Straff beskrives som en intensjonell reaksjon overfor en handling som en person holdes ansvarlig for, med sikte på å gi uttrykk for det kritikkverdige ved handlingen. Man forsøker ved dette å gi personen som har begått ugjerningen et inntrykk av ugjerningens alvorlighetsgrad med en oppfordring om bedre atferd i fremtiden, og for å vise et eksempel til likesinnede. Intensjonen som beskrives passer ikke helt med intensjonen for forvaring, ettersom sikringsdelen i stor begrunnes ut fra et samfunnsbeskyttende behov.

Allerede under komitébehandlingen ved innføringen av de nye særreaksjonene ble det drøftet om det var riktig å fastsette særreaksjonen forvaring som straff:

«Et annet flertall, alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti, er i tvil om det er riktig å fastsette særreaksjonen som straff, eller om det også som hittil burde være en ordning med en fengselsstraff for selve forbrytelsen, og forvaring ut fra hensyn til farligheten og faren for gjentakelsen deretter.»⁵⁹

Som flere andre steder i forarbeidene, understrekes det her at den helt sentrale og klart viktigste begrunnelsen for reaksjonen er behovet for å holde særlig farlige lovbrøyttere borte fra resten av samfunnet. De generelle overveielser i forarbeidene dreier seg i stor grad om reaksjonens inkapiserende virkning over lang tid.⁶⁰ Ser en forarbeidene under

⁵⁸ MacCormick (2007) s. 209.

⁵⁹ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) punkt 8.2.

⁶⁰ NOU 1974: 17 s. 81 flg.

ett virker de *repressive* og *preventive* formål som i alminnelighet vil være sentrale for forståelsen av straff i materiell forstand, å være uten nevneverdig betydning. Forarbeidene trekker i retning av at det var rene sikringsbehov som var begrunnelsen ved innføring av forvaring, og ikke et straffebehov.⁶¹

Det er dessuten grunn til å understreke at vurderingstemaet ved spørsmål om forlengelse av forvaringsstraff, etter ordlyden i strl. § 39 c, er om tidsbestemt straff «anses tilstrekkelig til å verne samfunnet». Når varigheten skal fastsettes er det personlighetsutvikling og graden av tilbakefallsfare som er det avgjørende.⁶² Høyesterett har i en rekke avgjørelser holdt seg til lovens ordlyd, jf. for eksempel Rt. 2005 s. 289, Rt. 2007 s. 183, Rt. 2007 s. 187, Rt. 2007 s. 791, Rt. 2007 s. 1056 og Rt. 2011 s. 1717. Også ordlyden taler også for at formålet med en forlengelse er rent beskyttende.

Sammenhengen mellom straffebegrepet og den delen av forvaringsdom som går ut over «straffedelen», og over i «sikringsdelen», synes således ikke å være særlig sterk.

Da forvaring ved innføring av de nye særreaksjonene likevel ble klassifisert som «straff» i formell forstand, virker det som at dette har sammenheng med soningsinstitusjonen. De fleste steder hvor det konstateres at forvaring er straff, følges det opp med en presisering av at straffen avtjenes i fengsel.⁶³ På denne bakgrunn er det grunn til å tro at sammenhengen mellom straffebegrepet og det som kan kalles «sikringsdelen», er av institusjonell art. Det at fengselet er en institusjon som folk flest forbinder med lovbrøtere som har gjort noe straffbart og moralsk galt, skiller denne institusjonen fra andre. Det er mulig at dette stigmatiserende har betydning for klassifiseringen av forvaring som straff. Om så er tilfelle, er det relevant for vurderingen av hvorvidt det er problematisk med en overføring fra tvungent psykisk helsevern til «anstalt under kriminalomsorgen» jf. phlsvl. § 5-6. Jeg kommer tilbake til dette temaet i punkt 3.

⁶¹ NOU 1974: 17 s. 81 flg.

⁶² Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s.75.

⁶³ NOU 1990: 5 s. 17.

2 Nærmere om ordningen med overføring etter phlsvl. § 5-6

2.1 Bakgrunnen for phlsvl. § 5-6

Allerede i NOU: 1974 ble det fremmet forslag om adgang til overføring fra anbringelse i psykiatrisk institusjon til anstalt under fengselsvesenet, se Straffelovrådets utkast til § 39 b nr. 3 annet ledd. Som begrunnelse for forslaget ble det blant annet vist til at i enkelte tilfeller vil

«anstalt under fengselsvesenet fremstille seg som det gunstigste anbringelsessted, for eksempel hvor vedkommende har utpreget karakteravvikende («psykopatiske») trekk, men er mer eller mindre helbredet for den psykiske lidelse som ledet til straffritak. Er vedkommende særlig vanskelig (truende, eksplosiv e.l.), og utskriving ikke kan komme på tale, vil den mest humane utvei kunne være overføring til anstalt under fengselsvesenet[...].⁶⁴

Bestemmelsen ble så av Særreaksjonsutvalget foreslått som § 13 f i den tidligere lov om psykisk helsevern av 1961,⁶⁵ hvor de bygget på begrunnelsen fra NOU 1974: 17. Det heter i NOU 1990: 5 s. 99:

«Når den sinnslidelse som førte til straffefritaket, er trengt tilbake, vil farligheten i alminnelighet ha sin forankring i et markert karakteravvik. Fortsatt behandling, omsorg og nødvendig kontroll av slike domfelte ligger klart utenfor det som i alminnelighet er, og bør være, det psykiske helseverns ansvarsområde. Men i enkelte tilfeller kan samfunnet ha et særlig behov for vern.»

Justisdepartementet sluttet seg til begrunnelsene.⁶⁶

I NOU 1990: 5 s. 99 flg. samt Ot. prp. nr. 87 (1993-1994) s. 69 flg. omtales nærmere hvilke typetilfeller det er tale om. Et eksempel som blir trukket frem til belysning er hentet fra tidligere rettspraksis. Det dreier det seg om en mann som hadde begått to brutale drap. Etter å ha voldtatt og drept sin ekskjæreste i 1975, ble han ansett

⁶⁴ NOU 1974: 17 side 118.

⁶⁵ Bestemmelsen i § 13 f kom inn i 61-loven ved Lov 1997 17. januar nr. 11, og ble opphevet da den nye loven trådte i kraft 1. januar 2001.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 71-72.

tilregnelig og dømt til fengsel med påfølgende sikring. Hans tilstand medførte imidlertid at han de påfølgende år oppholdt seg dels på Ullersmo, dels på Ila og dels på Reitegjærde sykehus. Under oppholdet på Reitegjærde fikk han medikamentell behandling, noe som medførte at de nær psykotiske symptomer gikk fullstendig tilbake. Men da dette var oppnådd hadde man fortsatt å gjøre med en karaktermessig meget vanskelig og krevende person ved sykehuset. Man kom etter dette til å mene at det var best å føre vedkommende tilbake til fengsel/sikringsanstalt på Ila, ettersom man ikke hadde noen mulighet for å hjelpe ham med noe tilbud utover det medisinske. Etter overføringen til fengsel vendte imidlertid symptomene på ny tilbake, og våren 1982 drepte han en medinnsatt ved knivstikk i brystregionen. Denne gangen konkluderte de sakkyndige med at han hadde vært sinnssyk. Etter gjentatt medisinsk behandling på Reitegjærde sykehus, ble han også denne gangen symptomfri, men mannen utgjorde stadig en trussel.⁶⁷

Eksemplet viser at det av og til kan være vanskelig å ha bevismessig grunnlag for straffansvar på grunn av tvil om tilregneligheten og strafferettens beviskrav. Når utvalget finner at det i tilfellet som vist til bør idømmes tvungent psykisk helsevern, er bakgrunnen både at lovbrysteren i utgangspunktet har vært alvorlig sinnslidende, og at det psykiske helsevern selv bør få ansvaret for hvordan reaksjonen mest hensiktsmessig skal gjennomføres.⁶⁸ Det understrekes imidlertid at man her står overfor et tilfelle hvor farligheten er så markert at langvarig opphold i lukket psykiatrisk institusjon vil være påkrevet. Dessuten er pasienten vanskelig å behandle. Utvalget stiller derfor spørsmål om opphold i slik institusjon er det mest hensiktsmessige, eller om fengselsanstalt er et bedre alternativ. Om dette uttales i NOU 1990: 5 s. 100:

«Slikt opphold vil ha en rent samfunnsbeskyttende funksjon. Psykiatriske institusjoner vil ikke ha noe behandlingstilbud til slike personer, og de vil kunne vanskeliggjøre miljøet for de øvrige pasientene. På denne bakgrunn er utvalget kommet til at det må åpnes adgang til å overføre slike domfelte til anstalt under fengselsvesenet.»

⁶⁷ NOU 1990: 5 s. 99-100.

⁶⁸ NOU 1990: 5 s. 100.

Justisdepartementet sluttet seg til utvalgenes begrunnelse. Det ble i likhet med de fleste av høringsinstansene som uttalte seg om spørsmålet, gått inn for at det bør være en adgang til å overføre enkelte som er idømt tvungent psykisk helsevern til anstalt under kriminalomsorgen i visse tilfeller.⁶⁹ Begrunnelsen for regelen i phlsvl. § 5-6 dreier seg i hovedsak om samfunnsbeskyttelse i form av at det psykiske helsevernets behandlingstilbud vil være begrenset, og derfor bør fritas for den urimelige belastning et ansvar for enkelte dømte vil kunne medføre.

2.2 Oversikt over vilkårene for overføring etter phlsvl. § 5-6

Overføring kan bare skje når «særlige grunner» taler for det. I tillegg må den domfeltes sinnstilstand ikke lenger være som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd og vilkåret om gjentakelsesfare i straffeloven 4 § 39 nr. 1 eller nr. 2 må fortsatt være oppfylt.

Det er den faglig ansvarlige som begjærer overføring til anstalt under kriminalomsorgen, jf. phlsvl. § 5-6 første ledd. Dette har sammenheng med at overføringsadgangen nettopp er begrunnet i hensynet til å frita det psykiske helsevern for en urimelig belastning.⁷⁰ Påtalemyndigheten må da sørge for å fremme sak for domstolen jf. phlsvl. § 5-6 andre ledd. Etter straffeprosessloven § 165 andre ledd nr. 4 kreves det at det foretas en rettspsykiatrisk undersøkelse for blant annet å vurdere om vilkårene etter bestemmelsen er oppfylt, og om det er uhensiktsmessig med fortsatt tilbud innen psykisk helsevern.

Domstolen skal så ta stilling til om tre kumulative vilkår er til stede. For det første må den domfelte ikke lenger være i en slik tilstand som nevnt i strl. § 44, jf. phlsvl. § 5-6 første ledd andre punktum.⁷¹ Med de behandlingsmetoder og medisiner som finnes i dag, kan det ofte oppstå situasjoner hvor de aktive psykotiske symptomer relativt raskt vil trekke seg tilbake.⁷² Spørsmålet blir da om slik midlertidig tilbaketrekning er nok i forhold til kravet i phlsvl. § 5-6, eller om det kreves mer varig tilbaketrekning.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 71.

⁷⁰ NOU 1990: 5 s. 101.

⁷¹ Se nærmere om hovedregelen om tilregnelighet i punkt 1.2.

⁷² Gullbrå (2005) s. 64.

Ordlyden viser til strl. § 44, noe som i utgangspunktet tilsier at det er tolkningen av denne bestemmelsen som må legges til grunn. Strl. § 44 refererer seg til handlingstidspunktet, slik at det etter denne bestemmelsen bare kreves kortvarig psykose. På den annen side er det i forarbeidene lagt vekt på at formålet med phlsvl. § 5-6 er å fritta det psykiske helsevern fra å ta vare på pasienter som «ikke lenger er dominert av en alvorlig sinnslidelse», og at overføringsadgangen skal gjøres så snever som mulig. Dette taler for at det kreves mer enn en kortvarig symptomfri periode hos pasienten. Dette spørsmål tas ikke direkte opp i saken fra 2011, men det synes som om lagmannsretten, i sin avgjørelse, legger til grunn at det er tolkningen av strl. § 44 som er avgjørende. Etter en konstatering av at sinnstilstanden ikke lenger er som beskrevet i § 44, konkluderes det raskt med at vilkåret i phlsvl. § 5-6 er oppfylt.⁷³ Det er i alle fall ingen holdepunkter i rettspraksis eller forarbeider som tilsier at det etter dette vilkår er krav om varig tilbaketrekning av psykotiske symptomer. En annen sak er at dette kan vektlegges som et moment under helhetsvurderingen i tilknytning til vilkåret om at det må foreligge «særlige grunner», jf. nedenfor. Dersom symptomene vender tilbake etter at overføring til kriminalomsorgen har skjedd, slik at personen igjen blir som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd, skal den domfelte tilbakeføres til det tvungne psykiske helsevern, jf. phlsvl. § 5-8.⁷⁴ Særreaksjonen tvungent psykisk helsevern fortsetter da i psykisk helsevern etter de reglene som er beskrevet i phvl. kap. 5.

For det andre følger det av § 5-6 første ledd tredje punktum at «vilkåret om gjentakelse i straffeloven § 39 nr. 1 eller 2 fortsatt må være oppfylt». Ordet «fortsatt» må her vise tilbake til vilkåret om den endrede sinnstilstanden slik at vurderingstemaet blir om farligheten fortsatt er til stede, uavhengig av tilregnelighetsspørsmålet.⁷⁵ I så måte skiller phlsvl. § 5-6 seg fra andre bestemmelser der farevilkåret skal vurderes. I saker om idømmelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern vil være tale om en vurdering hvor farespørsmålet er nært knyttet til den sykdomstilstanden som medfører

⁷³ LG-2011-2886 og Rt. 2011 s. 1043

⁷⁴ Av Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 119 fremgår at tilbakeføring kan skje selv om det ikke foreligger en slik markert endring av sinnstilstanden, dersom ansvarlig innen kriminalomsorgen og psykisk helsevern er enige om at slik overføring bør skje.

⁷⁵ Gullbrå (2005) s. 65.

utilregnelighet.⁷⁶ Etter § 5-6 er derimot vurderingstemaet om farligheten fortsatt er til stede selv om gjerningspersonen nå må antas å være tilregnelig.⁷⁷ Ved den konkrete farevurderingen vil et vesentlig moment være om det foreligger faktiske hendelser etter domstidspunktet som gir grunnlag for å anta at gjerningspersonen fortsatt er i stand til å begå nye alvorlige lovbrudd. Et typisk tilfelle hvor farevilkåret vil være oppfylt er hvor domfelte viser voldelig eller truende atferd under institusjonsoppholdet eller begår nye alvorlige lovbrudd.⁷⁸ I dom avsagt av Gulating lagmannsrett 25. mars 2011 (LG-2011-2886) fremheves at domfelte, i tiden han har vært underlagt tvungent psykisk helsevern, ikke har utøvd direkte fysisk vold, men det legges vekt på at han har fremsatt trusler. Lagmannsretten kom til at farevilkåret etter § 5-6 var oppfylt. Foreligger ikke slik gjentagelsesfare, skal reaksjonen opphøre, jf. phlsvl. § 5-6 tredje ledd.

Det tredje og siste vilkåret som må være oppfylt etter § 5-6 første ledd første punktum, er at det foreligger «særlige grunner» som taler for overføring. Dette vilkåret er av mer overordnet karakter.⁷⁹ Ordlyden gir liten veiledning for forståelsen av hva det her siktes til. I forarbeidene er det understreket at dette vilkåret kommer i tillegg til de øvrige, slik at det ikke er nok at sinnstilstanden er endret og at lovbryteren fortsatt utgjør en fare. Det må i tillegg gjøres en bred helhetsvurdering av om det fremdeles er nødvendig med opphold i lukket institusjon, og om det av hensyn til det psykiske helsevernet og den domfelte selv er mest rimelig at oppholdet fremover skjer i anstalt under kriminalomsorgen.⁸⁰ Det er flere steder i forarbeidene understreket at overføringsadgangen skal gjøres så snever som praktisk mulig,⁸¹ og i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 118, uttaler Justis- og politidepartementet om praktiseringen av kriteriet «særlige grunner»:

«Ekstraordinære forhold må gjøre et opphold i det psykiske helsevernet klart urimelig. Ved vurderingen må det legges vekt på hvor lang tid det er gått siden dommen ble avsagt, graden

⁷⁶ Gullbrå (2005) s. 65. Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1085 og Rt. 2011 s. 385 avsnitt 13 flg.

⁷⁷ LG-2011-2886.

⁷⁸ NOU 1990: 5 s. 99

⁷⁹ Gullbrå (2005) s. 66.

⁸⁰ NOU 1990: 5 s. 100 og Rt. 2011 s. 1043 avsnitt 15.

⁸¹ NOU 1990: 5 s. 100 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 118.

av farlighet, hvor stabil sinnstilstanden er, hvilke alternativer til overføring som finnes, og hvordan et fengselsopphold må antas å virke.»

Et særskilt moment som kommer inn i vurderingen av om overføring bør skje er forholdet til EMK. Verken Særreaksjonsutvalget eller departementet hadde så langt i lovgivningsprosessen vurdert forholdet til konvensjonen. Etter at Aslak Syse skrev en kritisk artikkel om forholdet til konvensjonen i tidsskriftet *Lov og Rett* i 1996⁸² ble imidlertid spørsmålet reist under behandlingen i Stortingets justiskomiteé som ba justisministeren om en nærmere vurdering av forholdet til EMK.⁸³ Justisdepartementets utredning ble tatt inn som vedlegg i Innst. O. nr. 34 (1996-1997).

Kildematerialet til phlsvl. § 5-6 er nokså tynt. Det er bare vilkåret «særlige grunner» som er belyst i rettspraksis, og da bare i én høyesterettsavgjørelse, Rt. 2011 s. 1043. Saken gjaldt en femten ganger straffedømt mann, hvor åtte dommer gjaldt voldshandlinger, deriblant én domfellelse for overlagt drap. Han hadde i tidligere dommer blitt ansett tilregnelig, og hadde ved flere anledninger sonet lengre fengselsstraffer. I dette tilfellet ble vedkommende ved Stavanger tingretts dom 22. september 2004 dømt til overføring til tvungent psykisk helsevern, jf. straffeloven § 39. Retten hadde i kjennelse 8. september 2004 funnet bevist at han hadde utøvd flere tilfeller av grov vold, trusler og frihetsberøvelse, men da det ble lagt til grunn at han hadde vært psykotisk da de straffbare handlingene ble begått, kunne han ikke straffes. Etter en tid i behandling kom faglig ansvarlig til at mannens vrangforestillinger var såpass avbleket at psykosed diagnosen ikke lenger kunne regnes som en relevant beskrivelse av hans tilstand. Som ny diagnose ble angitt Paranoid personlighetsforstyrrelse og Dyssosial personlighetsforstyrrelse. Spørsmålet i saken var om vilkårene for overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» var til stede, jf. phlsvl. § 5-6, herunder om overføring innebar en krenkelse av EMK art. 5 nr. 1. Høyesteretts flertall kom til at overføring til en sikringsanstalt der de øvrige soner straffe- eller forvaringsdommer, ikke i seg selv krenket EMK art. 5 nr. 1 litra e. Fordi behandlingsopplegget for den særreaksjonsdømte ikke fungerte og fordi han ødela

⁸² Syse (1996) s. 273-274.

⁸³ Gullbrå (2005) s. 66.

behandlingen for andre, fant flertallet at det forelå «særlig grunner» som tilsa at overføring burde skje, (dissens 3-2).⁸⁴

⁸⁴ Den overføringsdømte er ikke overført til «anstalt under kriminalomsorgen» fordi slik anstalt, per dags dato, ennå ikke er opprettet.

3 Phlsvl. § 5-6 sett i lys av andre rettsregler

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er phlsvl. § 5-6 er kontroversiell bestemmelse. Det kan undersøkes om phlsvl. § 5-6 ivaretar grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som er sikret gjennom Grunnloven og EMK. Det vil tas utgangspunkt i forholdet mellom phlsvl. § 5-6 henholdsvis og Grunnloven § 96 og EMK art. 5 nr. 1.

3.2 Phlsvl. § 5-6 og forholdet til Grunnloven § 96

3.2.1 Problemstilling

Grunnloven § 96 første og andre punktum lyder

«Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom.»

I tillegg til det strafferettslige legalitetskravet som følger av bestemmelsen, kan også det ulovfestede legalitetsprinsippet kunne komme i konflikt med phlsvl. § 5-6. Overføring etter denne bestemmelsen er formelt sett ikke en straffereaksjon. Hva gjelder det ulovfestede legalitetsprinsippet følger det av Rt. 1995 s. 530 s. 537, at dets strenghet vil avhenge av på «hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes». Etersom vi hvert fall står overfor et *straffelignende* tiltak, taler det for et strengt presisjonskrav selv om vi er utenfor anvendelsesområdet til § 96.

Oppmerksomheten om Grunnloven og strafferettslig teori i det følgende skyldes at phlsvl. § 5-6-tilfellene ligger tett opptil straffereaksjonen forvaring og straffesporet. Dette gjør det strafferettslige legalitetsprinsippet til et nærliggende sted å begynne drøftelsen. Grl § 96 er knapp i sin form, men gir i realiteten uttrykk for en rekke sentrale rettssikkerhetsgarantier for straffesaker. Dersom det kan legges til grunn at personer som overføres etter phlsvl. § 5-6 straffes, kan det undersøkes hvorvidt bestemmelsen er i tråd med Grunnloven § 96.

3.2.2 Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen «straff» i Grunnlovens forstand?

En forutsetning for å ta opp spørsmålet om Grunnloven § 96 setter grenser for overføring etter phlsvl. § 5-6 avhenger av om en overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» er «straff» i grunnlovens forstand.

Hva som er «straff» i Grunnlovens forstand, må avgjøres etter en selvstendig tolking. Det er altså ikke et spørsmål om hva som formelt sett er straff. Dette fremgår klart av strl. § 15. Det er ikke navnet, men realiteten som avgjør om reaksjonen er «straff».⁸⁵ Spørsmålet om overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» er straff, avviker litt fra de materielle straffespørsmål som er vurdert i praksis og juridisk litteratur tidligere. De spørsmål som tidligere har blitt tatt opp av Høyesterett er eksempelvis om inndragning,⁸⁶ gebyr etter veitrafikkloven⁸⁷ og tap av førerrett⁸⁸ er straff.

I den grad overføring i henhold til phlsvl. § 5-6 må klassifiseres som straff, vil et sentralt vurderingstema være om reaksjonen ligner forvaring. I så hensende er stedet og forholdene hvor reaksjonen gjennomføres av betydning. Institusjonen som skal motta de overføringsdømte er som nevnt ikke opprettet per dags dato. Det må derfor tas utgangspunkt i de rettskilder som kan si noe om hva som ligger i «anstalt under kriminalomsorgen».

Ordlyden i § 5-6 er knapp, hva gjelder overføringsinstitusjonen. Den tilsier imidlertid at overføringsdømte (som forvaringsdømte) anbringes i fengsel. Forskrift om

⁸⁵ Matningsdal/Rieber Mohn (2004) s. 397.

⁸⁶ Rt. 2002 s. 1271.

⁸⁷ Kjæremålsutvalget har i Rt. 1973 s. 846 gått inn for at gebyr etter veitrafikkloven (vtrl.) § 36 a ikke kan anses som straff i forhold til Grl. § 96.

⁸⁸ Etter vtrl. § 33 nr. 1 kan den som har førerrett til førerkortpliktig motorvogn tape denne retten dersom han blir ilagt straff. Selv om reaksjonen er en følge av den straffbare handling og vil føles som et onde, er ikke tap av førerrett ansett som straff i norsk rett, se Rt. 2002 s. 1216.

gjennomføring av forvaring⁸⁹ gir en noe nærmere presisering av hvordan reaksjonen skal gjennomføres. De overføringsdømte skal alltid «settes inn i avdeling som er tilrettelagt for domfelte med særlige behov»⁹⁰ men aldri «plasseres i avdeling sammen med andre domfelte med mindre de samtykker».⁹¹ Det følger dessuten av merknadene til de enkelte bestemmelsene i forskriften at de ikke skal «plasseres i en ordinær fengselsavdeling uten eget samtykke».⁹²

Forarbeidene er de sprikende for så vidt gjelder forholdet mellom «anstalt under kriminalomsorgen» og forvaring. I NOU 1990: 5 s. 100 fremgår at «[o]pphold i anstalt under fengselsvesenet i medhold av § 13 f,^[93] [...] vanskelig [kan] skilles fra fengselsstraff eller forvaring, selv om utgangspunktet og domsgrunnlaget er et annet.» Imidlertid synes det som at lovgiver underveis i lovgivningsprosessen går bort fra dette utgangspunktet ved å understreke at reaksjonen for overføringsdømte skal ha et annet innhold enn fengselsstraffen.⁹⁴ For øvrig er det lite i forarbeidene som belyser hvordan institusjonen skal utformes.

Det kan nevnes at enkelte synes å ta for gitt at overføringsordningen i phlsvl. § 5-6 innebærer overføring til forvaring. Hennem skriver, med henvisning til phlsvl. § 5-6:

«Dette betyr i praksis at en person som blir dømt til tvunget psykisk helsevern fordi vedkommende var psykotisk på handlingstiden, kan overføres til forvaring dersom psykosen går over når han er under tvunget psykisk helsevern.»⁹⁵

⁸⁹ Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (2004) gjelder også personer som er overført fra tvunget psykisk helsevern til fengsel etter psykisk helsevernloven § 5-6, med mindre annet følger av lov eller av forskriften. jf. § 2.

⁹⁰ Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (2004) § 6.

⁹¹ Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (2004) § 8.

⁹² Forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (2004), merknader til de enkelte bestemmelsene § 6.

⁹³ § 13 f er forløperen til phlsvl. § 5-6 og er nærmest tilsvarende.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 75 og Innst.O. nr 34 (1996-1997) vedlegg s. 33 flg.

⁹⁵ Hennem (2002).

Jacobsen påpeker også i tilknytning til overføring til tvungent psykisk helsevern, at institusjonene som overføringsdømte er ment å skulle sone i, er de samme institusjonene som vil ta hånd om de forvaringsdømte.⁹⁶

Reaksjonens innhold er vagt skissert, men det fremstår som sikkert at institusjonen fysisk vil ligge ved Ila fengsel- og forvaringsanstalt. Det er også på det rene at ansvaret for den overføringsdømte overføres fra det psykiske helsevern til kriminalomsorgen. På bakgrunn av de forhold som er klarlagt, er det mye som taler for at reaksjonen vil ha store likhetstrekk med forvaringsstraff. Etter min mening er det derfor mye som tyder på at «anstalt under kriminalomsorgen» kan være «straff» i Grunnlovens forstand. Det gjenstår imidlertid å se hvordan institusjonen vil bli i praksis.

3.2.3 «Ingen kan dømmes uten etter Lov»

Grunnloven § 96 første punktum fastsetter det strafferettslige legalitetsprinsipp.⁹⁷ Regelen skal verne borgerne mot vilkårlighet fra domstolenes side. «Ingen kan dømmes» må leses som at ingen kan straffedømmes.⁹⁸

I formuleringen «[i]ngen kan dømmes uten etter Lov» kan det sies å ligge både et formelt og et materielt krav til hjemmelen for straff.⁹⁹ Det formelle lovkravet har bakgrunn i tanken om at det er lovgivers oppgave å skape rett, og fastlegge hva som skal være straffbart.¹⁰⁰ Med lov forstås formell lovgivning vedtatt i samsvar med reglene i Grunnloven § 76 flg.¹⁰¹ Phlsvl. 5-6 oppfyller det formelle lovkravet. Det materielle lovkravet blir gjerne omtalt som at et krav om at straffebud skal utformes på en tilstrekkelig klar og tydelig måte.¹⁰² I den grad phlsvl.§ 5-6 eventuelt reiser et materielt hjemmelsproblem er det som følge av de krav som stilles til

⁹⁶ Jacobsen (2004) s. 203.

⁹⁷ Andenæs/Fliflet (2006) s. 226-227 og Strandbakken (2004) s. 167.

⁹⁸ Andenæs/Fliflet (2006) s. 401.

⁹⁹ Strandbakken (2004) s. 190 flg.

¹⁰⁰ Andenæs/Fliflet (2006) s. 401-402.

¹⁰¹ Morgenstjerne (1927) s. 363 og Castberg (1964) s. 54.

¹⁰² Jacobsen (2008) s. 332 og Strandbakken (2004) s. 195.

hjemmelsgrunnlagets klarhet eller presisjon.

Det er forutsatt i en rekke høyesterettsavgjørelser at det gjelder et presisjonskrav etter grunnloven § 96.¹⁰³ Imidlertid synes dette ikke å ha utgjort noen særlig realitet i praksis. Det er likevel uttalt fra lovgiverhold at presisjonskravet setter en viss nedre grense for hvor upresis hjemmelen kan være.¹⁰⁴ Det samme er antatt i teorien.

Gjerningsbeskrivelser som ikke er antatt å oppfylle presisjonskravet er eksempelvis beskrevet i Andenæs som «utilbørlig eller samfunnsskadelig atferd»¹⁰⁵, av Castberg som «landsskadelige handlinger»,¹⁰⁶ av Eskeland som «særlig slett forhold».¹⁰⁷

Et av vilkårene for overføring til anstalt under kriminalomsorgen i henhold til phlsvl. § 5-6 er at det må foreligge «særlige grunner» som taler for overføring. Hva som skal til før særreaksjonsdømte overføres, gir opphav til et åpenbart presisjonsproblem.

Vurderingstemaet «særlige grunner» er i seg selv upresist. Ordlyden gir liten veiledning for forståelsen av hva det siktes til. Uttrykket gir grunnlag for usikkerhet både når det gjelder hvilke typer «grunner» det siktes til, og med hvilken styrke disse grunnene eventuelt må gjøre seg gjeldende. Å avgjøre når en person risikerer overføring til kriminalomsorgen, vil kunne være komplisert selv for erfarne jurister. Etter mitt syn er det mye som taler for at presisjonskravet som følger av Grunnloven § 96 ikke oppfylles i phlsvl. § 5-6, forutsatt at slik overføring er «straff» i Grunnlovens forstand.

3.2.4 «Ingen [kan] straffes uten etter Dom»

Andre del av Grunnloven § 96 første punktum må lese slik at borgerne bare kan ilegges straff etter rettergang for en uavhengig domstol.¹⁰⁸ I utgangspunktet vil dom på overføring i henhold til phlsvl. § 5-6 oppfylle disse kravene. Det kan imidlertid spørres om man ut fra en tolkning av formuleringen «ingen kan [...] straffes uten etter Dom»

¹⁰³ Se eksempelvis Rt. 1958 s. 479, Rt. 2002 s. 1722 og Rt. 2005 s. 1628.

¹⁰⁴ NOU 1983: 57 s. 116 og NOU 2003: 18 s. 66-67.

¹⁰⁵ Matningsdal/Rieber Mohn (2005) s. 123.

¹⁰⁶ Castberg (1964) s. 279

¹⁰⁷ Eskeland (2006) s. 110.

¹⁰⁸ Andenæs/Fliflet (2006) s. og Strandbakken (2004) s. 167.

kan stilles kvalitative krav til rettergangen. Dersom det skal legges til grunn at slike kvalitative krav følger av Grunnloven § 96, vil det i så fall innebære en utvidende tolkning av bestemmelsen. At Grunnloven etter de konkrete omstendighetene kan tolkes utvidende, har aldri vært bestridt.¹⁰⁹ Merk også at det kan være nær sammenheng mellom hva som er underforstått og hva som i tilfellet er utvidende tolkning av begrepet «dom».¹¹⁰ Strandbakken tar i sin avhandling om uskyldspresumsjonen til orde for at det i Grunnloven § 96 kan innfortolkes kvalitative krav til rettergangen.¹¹¹ Han konkluderer etter en utførlig vurdering slik:

«Sett i lys av regelens historiske bakgrunn, at innfortolking av uskyldspresumsjonen ikke innebærer at man innfører en ny allmennsetning, samt de folkerettslige krav til begrepet «dom», er det etter mitt skjønn grunnlag for å konkludere med at Grl. § 96 krever at rettergangen må bygge på visse regler som kan utledes av uskyldspresumsjonen: Nemlig prinsippet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden og at man må operere med et strengt beviskrav i straffesaker.»¹¹²

Det samme er lagt til grunn av Opsahl¹¹³ og Eide.¹¹⁴ Derimot begrenser Aschehoug,¹¹⁵ Morgenstjerne,¹¹⁶ Castberg¹¹⁷ og Fliflet¹¹⁸ seg til å innfortolke et kontradiktorisk prinsipp i Grunnloven § 96. Strandbakkens fullstendige argumentasjon for hvilke hensyn som taler for en slik tolkning av Grunnloven § 96, vil føre for langt å gå inn på her. Det kan dog tilføyes at dersom overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» viser seg å ligge tett opptil straffesanksjonen og straffesporet, er det mye som taler for å oppstille slike materielle krav. Dersom en slik tolkning legges til grunn, kan det spørres om Grl § 96 setter en skranke for dom i henhold til phlsvl. § 5-6.

¹⁰⁹ Andenæs (1942) s. 495, Castberg (1964) s. 177 og Strandbakken (2003) s. 133.

¹¹⁰ Strandbakken (2003) s. 134.

¹¹¹ Strandbakken (2003) s. 133 flg.

¹¹² Strandbakken (2003) s. 140.

¹¹³ Opsahl (1982) s. 491 og Eide (1990) s. 50.

¹¹⁴ Eide (1990) s. 39-59.

¹¹⁵ Aschehoug (1893) 301.

¹¹⁶ Morgenstjerne (1926) s. 388.

¹¹⁷ Castberg (1964) s. 151.

¹¹⁸ Andenæs/Fliflet (2006) s. 396.

Ved dom på overføring fra anstalt til kriminalomsorgen til tvungent psykisk helsevern, er det påtalemyndigheten som fremmer sak for den aktuelle tingrett, og det fremgår av Ot.prp. nr. 87 at den faglig ansvarlige regelmessig bør føres som vitne for domstolen.¹¹⁹ Det kreves etter strpl. 165 at det foretas rettspsykiatrisk undersøkelse for å vurdere om vilkårene etter bestemmelsen er oppfylt, og om det er uhensiktsmessig med fortsatt tilbud innen psykisk helsevern. Selv om det ikke eksplisitt fremgår noe sted, er det på bakgrunn av dette, grunn til å tro at påtalemyndigheten har bevisbyrden for overføring.

Når det gjelder beviskrav for overføring etter phlsvl. § 5-6 er vurderingstemaet om vilkårene for overføring er oppfylt. Bevistema vil være de rettsfakta som avgjør om «særlige grunner» er oppfylt, herunder eksempelvis vedkommendes sykdomstilstand. Det finnes ingen gode kilder som sier noe om beviskravet for overføring etter phlsvl. § 5-6. Det må derfor tas utgangspunkt i hva de reelle hensyn tilsier om dette. Beviskravets funksjon er å fordele risikoen for feil i ulike retninger. Uansett hvilken løsning som velges, vil det være fare for feilvurderinger med uheldige konsekvenser. Ved overføring til fengsel er det gode grunner som taler for at personen som risikerer overføring ikke burde ha like stor risiko for feil som påtalemyndigheten. Overføring til fengsel på ubestemt tid, er en inngripende form for frihetsberøvelse. Det er derfor mer uheldig om personer feilaktig overføres til fengsel enn om de feilaktig ikke overføres. Reelle hensyn tilsier at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at vilkårene for overføring er oppfylt. Det materielle kravet om bevisets styrke varetas derfor trolig ved dom på overføring i henhold til phlsvl. § 5-6.

3.2.5 Konklusjon

Hvorvidt Grunnloven § 96 utgjør en skranke for overføring etter phlsvl. § 5-6 har så vidt vites ikke blitt vurdert tidligere. Vurderingstemaet er vanskelig fordi flere av de spørsmålene som stilles ikke kan besvares med sikkerhet. Slik jeg ser det, er det imidlertid mye som taler for at phlsvl. § 5-6 i alle fall ikke tilfredsstill

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 119.

presisjonskravet som følger av det strafferettslige legalitetskravet, dersom overføring etter phlsvl. § 5-6 kan sies å være «straff» i Grunnlovens forstand.

3.3 Phlsvl. § 5-6 og forholdet til EMK artikkel 5. nr. 1

3.3.1 Kort om menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp.¹²⁰ Dette prinsippet innebærer at norske domstoler ikke kan håndheve folkerettslige regler uten at de ved lov eller ved vedtak med hjemmel i lov er blitt inkorporert i, eller transformert til, norsk rett.¹²¹ Dette gjelder imidlertid bare som et utgangspunkt, da det dualistiske prinsipp krysses av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet går ut på at selv om en folkerettslig regel ikke er en del av norsk rett, må norske rettsregler, så langt som mulig, tolkes slik at de ikke kommer i konflikt med folkeretten.¹²² Presumsjonsprinsippet medfører således en betydelig modifikasjon av det dualistiske prinsipp. Presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft varierer, avhengig av «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde den nasjonale rettsregel er knyttet til».¹²³

Det følger av Grunnloven § 110 c (1) at den norske stat er forpliktet til å «respektere og sikre Menneskerettighetene». I tillegg følger det av menneskerettighetsloven at EMK med nærmere bestemte tilleggsprotokoller, i den utstrekning de er bindende for Norge, «skal gjelde som norsk lov» (menneskerettsloven § 2), og skal «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning» (§ 3).¹²⁴

3.3.2 Innledende om EMK art. 5 og oversikt over problemstillingene

Den del av EMK art. 5 nr. 1 som er av betydning for avhandlingens tema lyder:

¹²⁰ Se eksempelvis Rt.1994 s. 610, Rt. 1994 s. 1244, Rt. 1997 s. 580, Rt. 2000 s. 1811 og Rt. 2001 s. 1006, hvor det er lagt til grunn at norsk rett som utgangspunkt bygger på det dualistiske prinsipp.

¹²¹ Skoghøy (1998) s. 111.

¹²² Skoghøy (1998) s. 111.

¹²³ Rt. 2000 s. 1811.

¹²⁴ Lov av 21. mai 1999 nr. 30.

Art 5. Right to liberty and security

“1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

a. the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

...

e. the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

...»

EMK art. 5 fastslår altså retten til frihet og sikkerhet, men tillater som det fremgår frihetsberøvelse på visse vilkår. Bestemmelsen regulerer i hvilke situasjoner det kan legitimeres at statene gjør inngrep i retten til personlig frihet. «Frihet» referer seg her til den fysiske friheten til en person.¹²⁵ Saker som har vært prøvd for Menneskerettighetsdomstolen (EMD) har for eksempel handlet om disiplinærtiltak i militæret,¹²⁶ utlendingskontroll,¹²⁷ utvisning,¹²⁸ psykiatri¹²⁹ og alkoholisme.¹³⁰ Utenfor faller eksempelvis frihet til å tenke, mene eller ytre seg, som likevel kan omfattes av andre bestemmelser, eksempelvis art. 9 og 10.¹³¹ Sentralt er de tilfeller hvor man står overfor kvalifiserte inngrep i borgernes frihet i form av fysiske handlinger, forbud eller påbud rettet mot enkeltpersoner, typisk fengsling eller anholdelse.¹³²

Praksis fra EMD viser at flere elementer vil kunne få betydning ved en vurdering av om frihetsberøvelse innebærer et brudd på EMK art. 5 nr. 1. Det er gjennom domstolens

¹²⁵ Prejudikatet er Engel mot Nederland (1976). EMD har fastholdt dette i senere avgjørelser, se eksempelvis Guzzardi mot Italia (1980) premiss 90-95. Se også Harris m.fl. (2008) s. 122 og Aall (2007) s. 275.

¹²⁶ Engel mot Nederland (1976).

¹²⁷ Amuur mot Frankrike (1996).

¹²⁸ Guzzardi mot Italia (1980).

¹²⁹ Nielsen mot Danmark (1988).

¹³⁰ Witold Litwa mot Polen (2000).

¹³¹ Aall (2007) s. 275.

¹³² Aall (2007) s. 275.

praksis slått fast at frihetsberøvelse ikke må iverksettes under omstendigheter som kan sies å bygge på en vilkårlig myndighetsutøvelse, og det er videre slått fast at den ikke må være i strid med de grunnideer som konvensjonen er bygget på. Disse retningslinjene ble første gang formulert i Winterwerp mot Nederland (1979), og har senere blitt presisert i flere saker. I Gebura mot Polen (2007) oppsummerte EMD de generelle kravene slik:

«However, the “lawfulness» of detention under domestic law is the primary but not always the decisive element. The Court must in addition be satisfied that detention during the period under consideration was compatible with the purpose of Article 5 § 1, which is to prevent persons from being deprived of their liberty in an arbitrary fashion. The Court must moreover ascertain whether domestic law itself is in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein [...]»¹³³

Det følger av ordlyden i EMK art. 5 nr. 1 at en frihetsberøvelse må være i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov «in accordance with a procedure prescribed by law» og den må være lovlig, «lawful».¹³⁴ Det kreves en nasjonal hjemmel som tilfredsstillende konvensjonens krav og som må følges lojalt både med hensyn til de materielle og prosessuelle krav som følger av hjemmelen.¹³⁵ I tillegg stiller konvensjonen krav til inngrepssituasjonen. EMK artikkel 5 nr. 1 litra a til f gir en uttømmende liste over de formål som artikkelen tillater at man fremmer gjennom et inngrep i friheten og det er således i strid med bestemmelsen å ivareta andre hensyn eller interesser gjennom et slikt inngrep. Formålene som er angitt må tolkes restriktivt.¹³⁶

¹³³ Gebura mot Polen premiss 28.

¹³⁴ Merk for øvrig at «law» ikke betyr «lov», men «rett». Det som kreves er at det finnes et rettslig grunnlag, men dette behøver ikke nødvendigvis være formell lov (men vil være det i norsk rett pga. vårt legalitetsprinsipp).

¹³⁵ Bertelsen (2011) s. 101.

¹³⁶ Winterwerp mot Nederland (1979) premiss 37 og Grori mot Albania (2009) premiss 147.

For øvrig har EMD gjennom den såkalte Winterwerp-saken fra 1979 stilt opp tre betingelser som må være til stede for at frihetsberøvelse av «persons of unsound mind» skal være i tråd med konvensjonen, premiss 39:

For det første må den mentale forstyrrelsen være fastslått på grunnlag av uttalelse fra objektiv medisinsk ekspertise:

«[...] the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of «unsound mind ». The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true disorder – calls for objective medical expertise».

For det andre må den mentale forstyrrelsen være av en slik art eller grad at den gjør frihetsberøvelse berettiget:

«Further, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement».

Disse vilkårene må være til stede under hele frihetsberøvelsen:

«What is more, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder [...]».

Det er antatt at de tre vilkårene blant annet gir uttrykk for et nødvendighetskrav.¹³⁷ I nødvendighetskravet ligger det at frihetsberøvelse av «persons of unsound mind» bare vil være lovlig, hvis sinnstilstanden er av en slik art og grad at frihetsberøvelsen virkelig er nødvendig og hvis mindre inngripende ordninger ikke er tilstrekkelige.¹³⁸ I tillegg

¹³⁷ Kjølbro (2010) s. 299-300, Gullbrå (2004) s. 67, Harris m.fl. (2009) s. 156-157 og Bertelsen (2011) s. 118.

¹³⁸ Warbanov mot Bulgaria (2000) premiss 46, R. L. og M. -J.D. mot Frankrike (2004) premiss 116, Kjølbro (2010) s. 299-300, Harris m.fl. (2009) s. 156-157 og Jacobsen (2004) s. 67.

følger det av praksis et krav om at overføring må være forholdsmessig.¹³⁹ Med forholdsmessig menes en viss forbindelse mellom de anerkjente frihetsberøvelsesgrunnene (litra a til f) og selve frihetsberøvelsen.

Det vil i det følgende først redegjøres for hvilket alternativ under EMK art. 5 nr. 1 som er relevant i forhold til phlsvl. § 5-6, samt om overføringsdømte kan sies å være «of unsound mind», jf. EMK art. 1 litra e. Den videre drøftelsen vil dreie seg om hvorvidt overføring i henhold til phlsvl. § 5-6 er nødvendig og forholdsmessig.

3.3.3 Hvilket alternativ under EMK art. 5 er relevant for phlsvl. § 5-6?

Det kan spørres om overføring etter phlsvl. § 5-6 kan hjemles i EMK art. 5 litra a. Ordet «conviction» kan ha flere betydninger.

Jebens hevder at bestemmelsen *ikke* forutsetter «at domfelte er strafferettslig ansvarlig» og at alternativet derfor ikke bare omfatter fengselsstraff, men også for eksempel «anbringelse i psykiatrisk institusjon».¹⁴⁰ På dette punktet mener jeg Jebens tar feil for så vidt gjelder hva som ligger i ordet «conviction». Som både Høyesterett og Justisdepartementet peker på vil litra a bare komme til anvendelse i de tilfeller der den dømmende rett i tillegg til å konstatere at vedkommende har begått lovbruddet også har konstatert skyld.¹⁴¹ Harris m.fl. påpeker at vil litra a også vil få anvendelse når en person anses skyldig i et straffbart forhold, men istedenfor å dømmes til fengselsstraff, dømmes til opphold på psykiatrisk institusjon for behandling.¹⁴² Det samme gjør Kjølbros.¹⁴³ Det er derimot bare litra e som er aktuell i de tilfellene hvor lovbrøyteren frifinnes.¹⁴⁴ Det er det sistnevnte tilfellet man står overfor dersom phlsvl. § 5-6 kommer

¹³⁹ Ashingdane mot Storbritannia (1985) premiss 44, Hutchison Reid mot Storbritannia (2003) premiss 55.

¹⁴⁰ Jebens (2004) s. 117.

¹⁴¹ Rt. 2011 s. 1043 og Innst.O. nr. 34, vedlegg.

¹⁴² Harris m.fl. (2009) s.139 jf. X mot Storbritannia (1981) premiss 39. Dette forutsetter imidlertid en ordning vi ikke har i Norge, fordi utilregnelige lovbrøytere ikke kan straffedømmes.

¹⁴³ Kjølbros (2010) s. 286.

¹⁴⁴ Harris m.fl. (2009) s. 139 jf. Luberti mot Italia (1984) premiss 25.

til anvendelse. For så vidt gjelder phlsvl. § 5-6, vil således ikke EMK art. 1 litra a være anvendelig fordi vi i norsk rett klassifiserer handlinger begått av personer som omfattes av straffelovens § 44 som straffrie handlinger. Ved vurderingen av forholdet mellom phlsvl. § 5-6 og EMK art. 5 nr. 1 tar Høyesterett i Rt. 2011 s. 1043 således utgangspunkt i litra e, herunder alternativet «persons of unsound mind». Det samme vil være utgangspunkt i det følgende.

3.3.4 Omfattes overføringsdømte etter phlsvl. § 5-6 av «persons of unsound mind»? Begrepet «of unsound mind» er i utgangspunktet vidtrekkende. Det er ikke noe eksakt medisinsk begrep og noe slikt lar seg heller ikke tolke inn i det. Justisdepartementet mener at uttrykket «sinnslidende» i den norske oversettelsen ikke er helt treffende, men at «mentalt abnorme», som brukes i den danske oversettelsen, er mer dekkende.¹⁴⁵ Det påpekes at EMD har brukt uttrykk som «mental disorder» og «mental disturbance».¹⁴⁶ Av dommen Winterwerp følger at det vil kunne legges forskjellig mening i uttrykket ut fra utviklingen av psykiatrien og i samfunnet. EMD uttaler i premiss 37:

«The Convention does not state what is to be understood by the words «persons of unsound mind». This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society's attitude to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread.»

I tillegg til at uttrykket må sies å være dynamisk, kan det legges til grunn at statene har en viss skjønnsmargin. Det følger også av Winterwerp-saken, premiss 40, som er gjentatt i senere dommer:

«[...] in deciding whether an individual should be detained as a «person of unsound mind», the national authorities are to be recognized as having a certain discretion since it is in the

¹⁴⁵ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s 34.

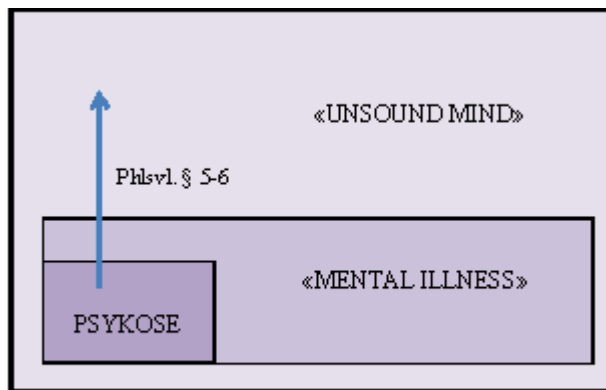
¹⁴⁶ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 34.

first place for the national authorities to evaluate the evidence adducted before them in a particular case [...]

Det kan spørres om det i uttrykket «unsound mind» må innfortolkes et krav om psykose. Psykisk helsevernloven § 5-6 gjelder bare i de tilfeller der domfelte ikke lenger er psykotisk, jf. strl. § 44. Klage 7493/76, X mot Tyskland vil være relevant for denne vurderingen. Saken gjaldt en person som var frihetsberøvet til tross for at han ikke var «mentally ill». Kommisjonen avviste hans klage som åpenbart ugrunnet, fordi «unsound mind» omfatter mer enn bare «mental illness»:

«However, the notion « unsound mind » within the meaning of Article 5 (1) (e) must be understood in a wider sense comprising also abnormal personality traits which do not amount to mental illness. Otherwise there would be no protection of the public against persons like the applicant, who according to the statement of psychiatric experts and the findings of the German courts, have the tendency to commit, and in fact repeatedly commit, aggressive acts but cannot be held criminally responsible.»¹⁴⁷

Forholdet kan illustreres slik:



Figur 2

¹⁴⁷ X mot Tyskland (1976) s. 182.

Tilsvarende synspunkter gjøres gjeldende i Kommisjonens rapport fra 1987 i klagesak 10448/83, Dhoest mot Belgia. Justisdepartementet viser til disse dommene og konkluderer slik:

«Avgjørelsene viser at dersom faren for samfunnet er stor, kan dette begrunne frihetsberøvelse også av personer som ikke er sinnssyke, men har andre typer mentale forstyrrelser».¹⁴⁸

Selv om det etter dette trolig vil kunne legges til grunn at det ikke kreves psykose, kan det spørres om hvor grensen går for hva som omfattes av «persons of unsound mind». Det har eksempelvis vært drøftet i noen avgjørelser om også visse diagnoser som etter medisinsk terminologi normalt ikke anses som sinnslidelser, omfattes. I H.M. mot Sveits (2002) argumenterte en av de dissenterende dommerne for at «persons of unsound mind» også omfatter personer som lider av senil demens. I Koniarska mot Storbritannia (2000), ble det drøftet, men ikke avgjort om også diagnosen psykopatisk funksjonssvikt omfattes. EMD har ikke tatt endelig standpunkt til hvor grensen for hva som omfattes går. Uten å ta generelt stilling til grensene for hva gjelder «unsound mind», konkluderer Justisdepartementet med at personer som overføres i henhold til phlsvl. § 5-6, vil falle inn under EMK art. 5 nr. 1 litra e.¹⁴⁹ Det samme legges til grunn av Høyesterett, jf. Rt. 2011 s. 1043.

På bakgrunn av Høyesteretts og Justisdepartementets vurderinger, forutsettes i det videre at personer som dømmes til overføring i henhold til phlsvl. § 5-6 omfattes av «persons of unsound mind», jf. EMK art. 5 nr. 1 litra e.

3.3.5 Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen nødvendig?

Det kan spørres om det er nødvendig å overføre den gruppen personer som omfattes av phlsvl. § 5-6, til «anstalt under kriminalomsorgen».

¹⁴⁸ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 34.

¹⁴⁹ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 34.

Hva som skal til for at frihetsberøvelse skal være nødvendig etter EMK art. 5 nr. 1 litra e, er i praksis fra EMD formulert på ulike måter. I *Shulepova mot Russland* kom EMD til at for at *tvangsinnleggelse* skal anses nødvendig, må pasientens tilstand utgjøre en fare for eget eller andre personers liv og helse.¹⁵⁰ En tvangsinnleggelse vil også kunne anses nødvendig der en innleggelse må kunne antas å bidra til å bedre pasientens helsetilstand.¹⁵¹ På den annen side kan det ikke utelukkes at vilkårene for tvangsinnleggelse foreligger selv om det ikke er mulig å oppnå bedring av pasientens helsetilstand gjennom behandling, jf. *Hutchison Reid mot Storbritannia*, premiss 55. EMD vil trolig legge til grunn at ordet nødvendig ikke skal forstås som absolutt nødvendig eller uunnværlig, men på den annen side kreves det mer enn at frihetsberøvelse er ønskelig. Det sies gjerne at inngrepet må skyldes et presserende samfunnsmessig behov.¹⁵²

Ved innføring av overføringsregelen ble det i liten grad vurdert hvorvidt andre løsninger enn overføring til fengsel kunne være tilstrekkelig for å ivareta samfunnsvernet. Dette må således vurderes konkret ut fra situasjonen i dag. Det må først undersøkes om den opprinnelige ordningen med tvungent psykisk helsevern i tilstrekkelig grad kan vareta hensynet til samfunnsbeskyttelse mot personer som faller inn under bestemmelsen i phlsvl. § 5-6. Det underforstås i det videre at også helseinstitusjonen kan være en del av det «samfunnet» som har krav på vern. Et nylig utsendt høringsbrev fra Helse- og Omsorgsdepartementet (datert 1. mars 2012) er interessant for belysning av forholdene på norske psykiatriske institusjoner. Det heter i høringsbrevet:

«Fagmiljøet ved landets RSA har ved flere henvendelser overfor sentrale helsemyndigheter påpekt at det er vanskelig å ivareta forsvarlig sikkerhet for pasientene, personell og samfunnet på grunn av blant annet for snever adgang i loven til å undersøke om pasienter bringer med seg farlige gjenstander som kniver, barberblad, skytevåpen og rusmidler inn i avdelingen. Slike gjenstander har faktisk blitt innført, og det har forekommet flere alvorlige hendelser. Dagens lovgivning gir heller ingen adgang til å visitere besøkende eller

¹⁵⁰ *Shulepova mot Russland* (2008) premiss 43.

¹⁵¹ *Hutchison Reid mot Storbritannia*, premiss 52.

¹⁵² *Høstmælingen* (2006) s. 123.

gjennomføre vandelskontroll av personell. Dette utgjør en risiko som kan medføre stor fare for pasienter, personell og ved rømming; samfunnet for øvrig.»¹⁵³

På bakgrunn av disse uttalelsene er det grunn til å tro at dagens ordning med tvungent psykisk helsevern ikke i tilstrekkelig grad varetar hensynet til samfunnsbeskyttelse mot farlige pasienter. Overføringsaken fra 2011 kan også være relevant for å illustrere dagens situasjon. Det heter om den miljømessige betydning av personens tilstedeværelse på institusjonen, i brev fra psykologspesialist B:

«Pasienten har ikke utøvd direkte fysisk vold under oppholdet her. Han har imidlertid vært involvert i en rekke situasjoner hvor han har vært oppfattet som truende uten at han har utøvd fysisk vold. Dette er episoder som skjer nærmest ukentlig og til dels med flere episoder i samme uke. Hans trusselbilde utgjør en stor slitasje i miljøet. Over for enkelte personale er han sterkt sjikanerende, han bruker ukvemsord, direkte og indirekte trusler.»¹⁵⁴

Riktignok hadde ikke personen vært voldelig, men det var klart at han utgjorde en risiko for medpasienter og ansatte på institusjonen. At det psykiske helsevern, vil motta svært krevende personer som vil kunne by på utfordringer for den aktuelle institusjonen, er påregnelig. Det grunn til å tro at det kan være personer som krever strengere sikkerhetstiltak enn de som følger av dagens ordning for psykiatriske institusjoner.

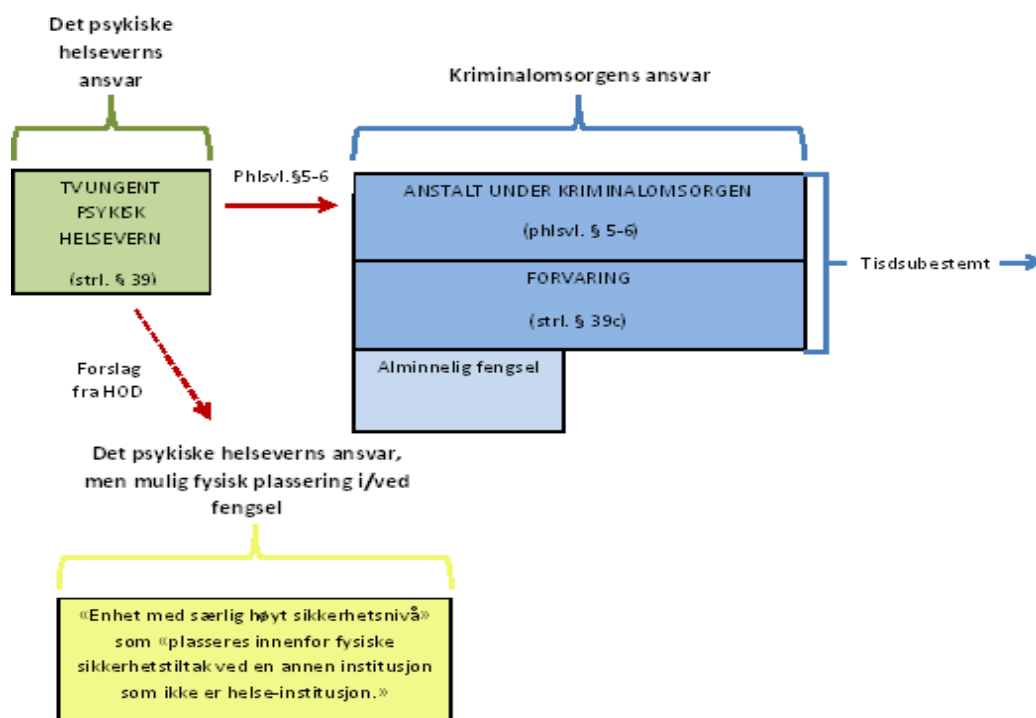
Dersom det psykiske helsevernet ikke klarer å vareta samfunnets krav på beskyttelse, må det vurderes om andre mindre inngripende tiltak enn «anstalt under kriminalomsorgen» kan oppfylle målet. Helse- og omsorgsdepartementet kom nylig med et forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå (2012). Her åpnes det for en særskilt «Enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå» som «plasseres innenfor fysiske sikkerhetstiltak ved en annen institusjon som ikke er helse-institusjon.»

¹⁵³ (Høringsbrev) *Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå* (2012)

¹⁵⁴ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt 30.

En forutsetning er imidlertid at «selv enheten oppfyller de krav som stilles til helseinstitusjon i psykisk helsevernforordningen¹⁵⁵ §§ 2 til 4, og er godkjent for dette.»¹⁵⁶

Noe nærmere angivelse av hvor enheten skal opprettet fremgår ikke av forslaget. Sentralt her er at institusjonen uansett må være en helseinstitusjon i tråd med psykisk helsevernforordningen. Av forordningen stilles blant annet materielle krav til at institusjonen «skal være fysisk utformet og materielt utstyrt på en slik måte at kravet til forsvarlig helsehjelp kan ivaretas» (§ 3). I tillegg stilles det krav til bemanning på institusjonen. Det heter i forordningens § 4 «Institusjonen skal ha tilsatt personell med tilstrekkelig nivå og bredde i kompetansen til at institusjonen til enhver tid kan tilby diagnostisk kompetanse og de mest sentrale anerkjente behandlingsformer for institusjonens pasientgruppe.» Kravene i forordningen tilsier at institusjonen i vesentlig grad vil skille seg fra «anstalt under kriminalomsorgen» jf. phlsvl. § 5-6. Forholdet mellom reaksjonene kan illustreres slik:



Figur 3

¹⁵⁵ Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. 16. desember 2011 nr. 1258.

¹⁵⁶ (Høringsnotat) *Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå* (2012) punkt 5.

Dersom forslaget trer i kraft taler det for at det finnes muligheter for å opprette tryggere sikkerhetsavdelinger uten at det trenger å skje en overføring av ansvar fra det psykiske helsevern til kriminalomsorgen.

Det kan hevdes at overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» ikke må være absolutt nødvendig eller uunnværlig for å tilfredsstille nødvendighetskravet og således kan anses nødvendig. Kanskje vil enkelte virkelig farlige pasienter under tvungent psykisk helsevern gjøre det påkrevet med annen fagekspertise enn medisinsk for at samfunnsvernet skal kunne ivaretas – spesielt hvor pasienten ikke lenger kan motta behandling. Etter min mening er det likevel mye som taler for at EMD ut fra en isolert nødvendighetsvurdering trolig vil mene at «overføring til anstalt under kriminalomsorgen» i henhold til phlsvl. § 5-6 ikke oppfyller nødvendighetskravet.

3.3.6 Frihetsberøvelsen må være forholdsmessig

Selv om EMD kommer til at det kan være nødvendig at kriminalomsorgen tar hånd om personer som faller inn under phlsvl. § 5-6, vil frihetsberøvelsen ikke av den grunn være i overensstemmelse med konvensjonen. I tillegg stilles det også krav til at frihetsberøvelsen må være forholdsmessig. Det følger av praksis at det må være en viss forbindelse mellom årsaken til frihetsberøvelsen og selve frihetsberøvelsen.¹⁵⁷ Et spørsmål som må tas opp under forholdsmessighetsvurderingen er om det må innfortolkes et vilkår om *innholdet i* eller *forholdene* under frihetsberøvelsen.

Spørsmålet kom for første gang opp i Winterwerp-saken som omhandlet en tvangsinnleggelse av en sinnslidende. Det ble det klaget over at feilmedisinering og for små og sjeldne møter med psykiater hadde forlenget innleggelsen. Domstolen uttalte at man ikke kunne utlede noen rett til behandling av artikkel 5 nr. 1 e:

«A mental patient's right to treatment appropriate to his condition cannot as such be derived from Article 5 § 1 (e).»¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ashingdane mot Storbritannia (1985) premiss 44.

¹⁵⁸ Winterwerp mot Nederland (1979) premiss 51.

Det ble dermed lagt til grunn at artikkel 5 i utgangspunktet ikke stiller krav til forholdene under selve frihetsberøvelsen.¹⁵⁹ Dette utgangspunktet ble imidlertid moderert i påfølgende praksis.¹⁶⁰ Sentral er Ashingdane-saken fra 1985, hvor det heter:

«The Court would further accept that there must be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention. In principle, the «detention» of a person as a mental health patient will be «lawful» for the purposes of sub-paragraph (e) of paragraph 1 if effected in a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose. However, subject to the foregoing, Article 5 § 1 (e) is not in principle concerned with suitable treatment or conditions (see the abovementioned Winterwerp judgment, p. 21, § 51).»¹⁶¹

Det er på bakgrunn av prinsippet i Ashingdane-saken, utvilsomt et generelt krav om samsvar mellom grunnen til den lovlige frihetsberøvelsen og stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen. Av Ashingdane-saken følger dessuten mer konkret, at frihetsberøvelse av «menthal health patients» som utgangspunkt bare vil være lovlig dersom den finner sted på et på et «hospital, a clinic or other appropriate institution authorized for that purpose.» Wachenfeld hevder at Ashingdanesaken må tolkes slik at plassering av «menthal ill patients» i et fengsel er utelukket, derimot ikke i et fengselssykehus:

«[...] the term «authorized for that purpose» [...] makes it fairly clear that the institution must be set up for the purpose of caring for the mentally ill. This would seem to disqualify prisons, though it might not disqualify secure hospitals attached to prisons as long as the prison hospital was set up for the purpose of caring for mentally ill persons.»¹⁶²

Hvor langt kravene i Ashingdane-saken rekker er usikkert. Det er i dommen tale om «a mental health patient». Det kan spørres om personer som overføres etter phlsvl. § 5-6,

¹⁵⁹ Se eksempelvis Vittorio og Luigi Mancini mot Italia (2001) premiss 16 og Kjølbro (2010) s. 284.

¹⁶⁰ Ashingdane mot Storbritannia (1985) premiss 44, D. G. mot Irland (2002) premiss 75, Mubilanzila Mayeka, Kaniki Mitunga mot Belgia (2006) premiss 102, Harris m.fl. (2009) s. 158 og Kjølbro (2010) s. 284.

¹⁶¹ Ashingdane mot Storbritannia (1985) premiss 44.

¹⁶² Wachenfeld (1991) s. 160.

faller inn under begrepet «mental health patient». Dersom så er tilfelle, må stedet for frihetsberøvelsen trolig være en helseinstitusjon.

Justisdepartementet var på tidspunktet for vedtakelsen av phlsvl. § 5-6 klar over EMDs presisering om «menthal health patients», men tar til ordet for at kravene som stilles i Ashingdane-saken ikke fullt ut gjelder overføringsdømte etter phlsvl. § 5-6. Det heter i brev fra Justisdepartementet til Justiskomiteén:

«Mens det i Ashingdale-saken, og i ovennevnte sitat, er tale om «a mental health patient», er forutsetningen at personer som overføres til anstalt under fengselsvesenet i medhold av den foreslåtte § 13 f i lov om psykisk helsevern, ikke er sinnslidende i betydningen psykotisk, og at de ikke lenger kan gis noe behandlingstilbud på et psykiatrisk sykehus.

Justisdepartementet antar at konvensjonsorganene vil foreta en helt konkret vurdering av hvordan forholdene er i den anstalten vedkommende er plassert på, og i hvilken grad de er tilpasset vedkommendes mentale avvik. Dersom den domfelte overføres til en anstalt eller avdeling spesielt tilpasset lovbytere med tidsubestemt særreaksjon, og tilbys hjelp for å mestre sitt problem, er det etter min oppfatning liten grunn til å tro at det vil anses som konvensjonsstridig.»¹⁶³

Som Justisdepartementet påpeker, er phlsvl. § 5-6 bare aktuell overfor personer som ikke lenger kan gis noe behandlingstilbud på et psykiatrisk sykehus. Det er grunn til å tro at det krav som følger av Ashingdane om de konkrete forhold for «menthal health patients», bygger på en forutsetning om at det er mulig med medisinsk behandling. Det gir liten mening å kreve at det skal legges til rette for behandling, hvis vedkommende ikke kan motta noe slikt. Dersom personen i Rt. 2011 s. 1043 ikke kan motta behandling, vil det således neppe kunne stilles krav til at stedet for frihetsberøvelse skal være «in a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose».

Det kan hevdes at selv om som personen i Rt. 2011 s. 1043 ikke kan motta behandling, vil han fortsatt kunne anses som «a menthal health patient». Det heter eksempelvis om hans tilstand

¹⁶³ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 35.

«Begge avdelingene konkluderte med diagnosene Paranoid personlighetsforstyrrelse og Dyssosial personlighetsforstyrrelse. Dette har også de to psykiatriske sakkyndige som har vært rettsoppnevnt i saken, kommet til. I tillegg er A av disse gitt diagnosen Psykisk lidelse og atferdsforstyrrelse som skyldes bruk av flere psykoaktive stoffer, avhengighetssyndrom, for tiden abstinent, men i beskyttede omgivelser.»¹⁶⁴

Det kan i alle fall legges til grunn at vedkommende ikke er helt frisk. Om hans tilstand kvalifiserer til at han burde beskrives som «a mental health patient» er det vanskelig å si noe sikkert om.

I det følgende vil det først drøftes om overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» er forholdsmessig, med en forutsetning om at det kreves at stedet for overføring er «a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose» jf. Ashingdane-saken. Deretter vil det drøftes om overføring kan sies å være forholdsmessig selv om «anstalt under kriminalomsorgen» ikke er en slik institusjon.

3.3.7 Er overføring til anstalt under kriminalomsorgen forholdsmessig?

Forutsatt at personer som overføres etter phlsvl. § 5-6 kan karakteriseres som «mental health patients» vil de konkrete kravene om stedet for frihetsberøvelse være relevant for en vurdering av om inngrep etter phlsvl. § 5-6 er forholdsmessig. Spørsmålet er da om «anstalt under kriminalomsorgen» etter phlsvl. § 5-6 kan sies å være «a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose».

For så vidt gjelder innholdet i eller forholdene under frihetsberøvelsen for overføringsdømte, følger det forutsetningsvis av straffegjennomføringslovens § 15 at de som hovedregel settes inn i fengsel med særlig høyt sikkerhetsnivå. Antagelig må det, da stedet for overføring er fengsel, foreligge konkrete holdepunkter for at avdelingen likevel har trekk som tilfredsstillende konvensjonens krav.

¹⁶⁴ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt 14.

Om avdelingen for de overføringsdømte uttaler Justisdepartementet at det skal legges opp til et spesielt tilpasset, individuelt opplegg for de som overføres.¹⁶⁵ Høyesterett la særlig vekt på Justisdepartementets vurderinger i Rt. 2011 s. 1043, da flertallet kom til at det var samsvar mellom grunnen til den lovlige frihetsberøvelsen og stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen. Det heter i dommen:

«Når jeg likevel vegrer meg for å konstatere konvensjonsbrudd, skyldes det at det etter gjeldende lovgivning forutsettes at det etableres et særskilt tilbud for de som blir overført fra tvungent psykisk helsevern. I tillegg til det jeg refererte fra Ot.prp. nr. 46 (2000-2001), viser jeg til at straffegjennomføringsloven § 11 tredje ledd, jf. § 10 andre ledd har egne bestemmelser om etablering av særskilt avdeling tilrettelagt for personer som er idømt en strafferettslig særreaksjon. Jeg viser videre til at dette er fulgt opp i forskriftsverket ved at det i § 6 i forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring er bestemt at domfelte som er overført fra tvungent psykisk helsevern i medhold av lov om psykisk helsevern § 5-6, alltid skal settes inn i avdeling som er tilrettelagt for domfelte med særlig behov, og at disse ikke skal plasseres sammen med andre domfelte med mindre de samtykker. Jeg forstår Justisdepartementets brev 6. juni 2011 slik at departementet vil følge opp disse forpliktelsene.»¹⁶⁶

Det er dessuten i alle forarbeidene understreket at ordningen for de overføringsdømte skal ha et annet innhold enn fengselsstraffen.¹⁶⁷

Slik jeg ser det, er likevel konkretiseringen av hva som tilpasses så vagt angitt at jeg vanskelig kan se at det foreligger klare nok holdepunkter for å anta at «anstalt under kriminalomsorgen» vil falle innenfor betegnelsen «a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose». Selv om det understrekes at ordningen skal tilpasses den overføringsdømte, er det ingen grunn til å tro at institusjonen vil ha noe behandlingsformål. En overføring til anstalt under kriminalomsorgen vil bety en overføring av kompetansen og ansvaret fra psykiatrien underlagt psykisk helsevernloven til kriminalomsorgen underlagt reglene i straffegjennomføringsloven.

¹⁶⁵ Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 35.

¹⁶⁶ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt 36.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr.87 (1993-1994) s. 75.

Det er ansatte under kriminalomsorgen som i hovedsak vil ha ansvaret for de overføringsdømte, og ikke leger, psykologer eller sykepleiere.

Dersom det legges til grunn at den overføringsdømte etter phlsvl. § 5-6 kan karakteriseres som «a mental health patient» vil trolig kravet til forholdsmessighet ikke være oppfylt. Det er ikke klare nok holdepunkter for å anta at «anstalt under kriminalomsorgen» vil bli «a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose», når (hvis) «anstalt under kriminalomsorgen» i henhold til phlsvl. § 5-6 opprettes.

Det kan spørres om overføring etter phlsvl § 5-6 er forholdsmessig hvis det *ikke* legges til grunn at de overføringsdømte er «mental health patients» og overføringsinstitusjonen således ikke må være en helseinstitusjon, jf. den konkrete vurderingen i Ashingdane-saken.

I Rt. 2011 s. 1043 fremholdt de sakkyndige om forholdet mellom fengsel og psykisk helsevern at det egentlig er ««hipp som happ»» hvor han er, så lenge situasjonen er like fastlåst som nå». ¹⁶⁸ Selv om det psykiske helsevern og «anstalt under kriminalomsorgen» i praksis vil kunne ha likhetstrekk, innebærer det karakteristiske som ligger i at fengselet er en straffeinstitusjon, at opphold der kan oppleves som langt mer inngripende.

Den største utfordringen ved overføring i henhold til § 5-6, er at institusjonen som overføringsdømte er ment å skulle sone i vil være den samme institusjonen som vil ta hånd om de forvaringsdømte. ¹⁶⁹ I punkt 1.2.2 gikk jeg nærmere inn på ulikheter hva gjelder formål og innhold i straffereaksjonen forvaring og tvungent psykisk helsevern. Begge reaksjonene har samfunnsbeskyttelse i form av inkapasitering som hovedformål, og det er både i forvaringsanstalter og i psykiatriske institusjoner lagt opp til at det skal gis et tilbud om hjelp for at personen skal mestre sitt atferdsproblem. Den sentrale forskjellen synes således å ligge i selve institusjonen. Fengsel er en straffeinstitusjon,

¹⁶⁸ Rt. 2011 s. 1043 avsnitt 38.

¹⁶⁹ Se punkt 3.2.2.

det psykiatriske sykehus er derimot en behandlingsinstitusjon. Mange vil nok hevde at det er mer stigmatiserende å «sone» i fengsel enn å være pasient under det psykiske helsevern. MacCormick påpeker i sin redegjørelse for straffebegrepet:

«To punish, and thus to prohibit upon the pain of some threatened punishment, is to stigmatize morally the conduct prohibited and the persons punished for engaging it. This is unintelligible without some presupposition about the moral character of the act in respect of which the punishee is punished.»¹⁷⁰

Å straffe er å idømme moralsk ansvar. Å frikjenne utilregnelige bygger på at vedkommende ikke er moralsk ansvarlig for sine handlinger. Ved å plassere de utilregnelige personene i fengsel grunnet deres handlinger, får de kanskje et visst moralsk stigma hengende ved seg likevel?¹⁷¹ Det pønale trekk som knytter seg til fengselet som institusjon, vil trolig være til hinder for å si at kravet om forholdsmessighet etter EMK er oppfylt. Andre sikkerhetsanstalter enn fengsel kan dessuten trolig ivareta samfunnsvernet, også uten et behandlingsformål av medisinsk karakter.

3.3.8 Konklusjon

Justisdepartementet konkluderer med at «dersom den domfelte overføres til en anstalt eller avdeling spesielt tilpasset lovbrytere med tidsubestemt særreaksjon, og tilbys hjelp for å mestre sitt problem, er det etter min oppfatning liten grunn til å tro at det vil anses som konvensjonsstridig.»¹⁷² Slik jeg ser det, er det grunn til å tro at EMD vil mene at overføring til «anstalt under kriminalomsorgen» jf. phlsvl. § 5-6 er konvensjonsstridig.

¹⁷⁰ MacCormick (2007) s. 2011.

¹⁷¹ Det er grunn til å minne om, selv om dette ikke har betydning for så vidt gjelder forholdsmessighetskravet etter EMK, at også ett av de mest kritiserte trekk ved den gamle norske sikringsordningen nettopp var at sikringen – som ikke var ment som straff, i realiteten ble gjennomført i fengsel.

¹⁷² Innst.O. nr. 34 (1996-1997) vedlegg s. 35.

4 Sammenfatning og perspektiver

Det mye som taler for at Grunnloven § 96 kan tenkes å utgjøre en skranke for phlsvl. § 5-6. Fordi overføring etter phlsvl. § 5-6 innebærer en inngripende form for frihetsberøvelse, burde lovgiver vurdere om det behov for en mer presis hjemmel. Dessuten fører de spenningsforhold som foreligger mellom psykisk helsevernloven § 5-6 og EMK, til at det må foretas spenstige fortolkninger av det vern som er oppstilt gjennom art. 5 for å unngå konvensjonsstrid. I ytterste konsekvens kan dette medføre en uthuling av retten til personlig frihet for enkelte grupper.

Det er mulig at de problemene som knytter seg til phlsvl. § 5-6 og forholdet til andre rettsregler, har rot i reglene om (u)tilregnelighet. Den absolutt straffrihetsregel byr på utfordringer. Ved at Norge som et av svært få land i verden¹⁷³ baserer (u)tilregnelighetsreglene på et rent medisinsk system, gis det lite rom for rimelighetsvurderinger av hva som i den konkrete sak er en passende reaksjon for den enkelte lovbrøyer. Ofte vil det være konsensus om vedkommendes diagnose og om tilstanden kvalifiserer for straffritak i det konkrete tilfellet. Gruppen av utilregnelige lovbrøyer vil således bestå av alt fra lovbrøyer som klart mangler skyldvne på handlingstidspunktet – og har et markert behandlingsbehov – til lovbrøyer som har hatt innsikt i egen situasjon og i det klanderverdige i eget handlingsvalg, og på domstidspunktet ikke har behov for behandling. Den sistnevnte gruppen vil kunne by på store utfordringer for det psykiske helsevernet. Ved å overføre slike pasienter til fengsel i henhold til phlsvl. § 5-6 blir man kvitt de faktiske utfordringene i helsevesenet, men man beveger seg samtidig inn i en gråsoner hvor det er uklart om man bryter med prinsippet om at utilregnelige ikke skal straffes. Gjennom en annen ordning hadde det vært mulig å unngå de spenningsforhold det er vist til i det foregående. Eksempelvis kunne det vært åpnet for en mer konkret beregning av det reelle behov for beskyttelse av samfunnet ved vurderingen av hvem som skal gå straffri og hva som skal klassifiseres som straffrie handlinger.

¹⁷³ Syse (2006) s. 146.

Begrunnelsen for å påføre personer som har begått lovbrudd et onde (straff) eller noe som oppleves som et onde (en strafferettslig særreaksjon), og vurderingene av om en person rent konkret ikke bør stilles ansvarlig for sine handlinger, er i sin natur normative.¹⁷⁴ Det har sammenheng med spørsmål om og rammene for maktutøvelse og er således et samfunnsspørsmål av overordnet karakter. Vurderingen av hvem som skal plasseres i fengsel, burde for lovgiver og domstol være normativ, ut fra synspunkter om skyld, ansvar og begrunnelser for straff. Gjennom phlsvl. § 5-6 åpnes det derimot for en pragmatisk «løsning» på kriminalpolitiske utfordringer. Det er uheldig i den grad dette får konsekvenser for ivaretagelse av det vern som følger av Grunnloven og EMK.

¹⁷⁴ Syse (2006) s. 172-173.

Litteratur

- Andenæs/Fliflet (2006) Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*. 10. utg. ved Arne Fliflet. Oslo, 2006.
- Andenæs (1942) Andenæs, Johs. *Menneskerettighetserklæringene i det 18. århundre og den norske grunnlov*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1942, s. 474-496.
- Aschehoug (1893) Aschehoug, T. H. *Norges Nuværende Statsforfatning. Tredje Bind*. 2. utg. Christiania, 1893.
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers. *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. 1 utg. Oslo, 2011.
- Castberg (1964) Castberg, Frede. *Norges statsforfatning I*. 3. utg. Oslo, 1964.
- Eide (1990) Eide, Asbjørn. *Menneskerettigheter i det norske rettssystem fra 1814 til ca. 1970*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1990
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle. *Strafferett* 2. utg. Oslo, 2006.
- Gullbrå (2005) Gullbrå, Torstein. *Dømt til behandling – om ansvarsforholda under gjennomføringa av tvungen psykisk helsevern*. Bergen, 2005.

- Harris m.fl. (2009) Harris, David og O'Boyle, Michael og Warbrick, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, New York, 2. utg. 2009.
- Hennum (2002) Hennem, Ragnhild. *Nye strafferettslige særreaksjoner*. I: Materialisten. 2002, s. 24.
- Høstmølingen (2006) Høstmølingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2006.
- Jacobsen (2004) Jacobsen, Jørn RT. *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern – straffeloven § 39*. Bergen, 2004.
- Jacobsen (2009) Jacobsen, Jørn RT. *Fragment til forståing av den rettsstatelege strafferetten*. Bergen, 2009.
- Jebens (2004) Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.
- Kjølbrot (2010) Kjølbrot, Jon fredrik. *Den europeiske menneskerettighedskonvention - for praktikere*. København, 3. utg. 2010.
- MacCormick (2007) MacCormick, Neil. *Institutions of Law An Essay in Legal Theory*. Oxford, 2007.
- Matningsdal/Bratholm (2003) *Straffeloven – Kommentarutgave – Første Del. Almindelige bestemmelser*. Redigert av Magnus Matningsdal/Anders Bratholm. 2. utg. Oslo, 2003.

- Matningsdal/Rieber Mohn (2004) *Alminnelig strafferett*. Redigert av Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber Mohn. 5. utg. Oslo, 2004.
- Morgenstjerne (1926) Morgenstjerne, Bredo. *Lærebok i Den norske Statsforfatningsret. Første Bind*. 3. utg. Oslo, 1926.
- Opsahl (1982) Opsahl, Torkel. *Menneskerettighetene i straffeprosessen*. I: Lov og frihet. Festskrift til Johs Andenæs. Oslo, 1982 s. 487-506.
- Opsahl (1982) Opsahl, Torkel. *Menneskerettighetene i straffeprosessen*. I: Lov og frihet. Festskrift til Johs Andenæs. Oslo, 1982 s. 487-506.
- Rieber-Mohn (1995) Rieber-Mohn, Georg Fr. *Rus og straffnedsettelse*. I: Lov og Rett. 1995, s. 366.
- Skoghøy (1998) Skoghøy, Jens Edvin A. *Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett*. I: Kritisk Jus. 1998 s. 111-119.
- Syse (1997) Syse, Aslak. *Dømt til behandling - frikjent til fengsel. Nye strafferettslige ansvarsregler og særreaksjoner*. I: Nytt i strafferetten. 1997, s. 21.
- Syse (2006) Syse, Aslak. *Strafferettslig (u)tilregnelighet juridiske, moralske og faglige dilemmaer*. I: Tidsskrift for strafferett. 2006, s. 141.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen «In dubio pro reo»*. Bergen, 2003.

- Standbakken (2004) Standbakken, Asbjørn *Grunnloven § 96*. I: Jussens Venner. 2004, s. 166-215.
- Warberg (2003) Lasse Warberg. *Dom på overføring til tvungen psykisk helsevern. Om de nye reglene i strl § 39, og i lov om psykisk helsevern kapittel 5 mv*. I: Fortsatt uferdig: Festskrift til Thomas Mathiesen. Oslo, 2003, s. 236-249.
- Wachenfeld (1991) Wachenfeld, Margaret G. *The Human Rights of the Mentally Ill in Europe*. I: Nordic Journal of International Law 1991.
- Aall (2007) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007.

Registre

Lover, forskrifter og konvensjoner

Opphevede lover

Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern.

Gjeldende lover

Lov 17. mai 1814 om Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven).

Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (veitrafikkloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

Endringslover

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

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

Lover som ennå ikke har trådt i kraft

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28.

Forskrifter

Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

Forskrift 16. desember 201 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften).

Konvensjoner

Convention for the Protection of human Rights and Fundamental Freedoms 4. november 1950 (i kraft 3 september 1953). (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)).

Forarbeider og etterarbeider

Norges offentlige utredninger

- NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner. Justis- og politidepartementet. (Straffelovrådet)
- NOU 1983: 57 Straffelovgivningen under omforming
Straffelovkommisjonens delutredning I. Justis- og politidepartementet. (Straffelovkommisjonen)
- NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Justis- politidepartementet. (Særreaksjonsutvalget)
- NOU 2003:15 Fra bot til bedring Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff. Justis- og politidepartementet.
- NOU 2003: 18 Rikets sikkerhet Straffelovkommisjonens delutredning VIII. Justis- og politidepartementet.

Odelstingsproposisjoner

- Innst.S.nr.18 (1992-1993) Innstilling fra Justiskomiteén om opprettelse av fengsel for straffe- og/eller sikringsdømte med store atferdsavvik.
- Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)
- Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer I straffeloven §§ 238 og 239)
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

Innstillinger til Odelstinget

Innst.O.nr.34 (1996-1997) Innstilling fra Justiskomiteén om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

Høringsdokumenter

(Høringsnotat) *Retningslinjer om gjennomføring av forvaring. 27. september 2006.* Justis- og beredskapsdepartementet. [Sitert 14. april 2012].

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2006/horing-retningslinjer-om-gjennomforing-a/3.html?id=438122>

(Høringsnotat) *Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. 1. mars 2012.* Helse- og omsorgsdepartementet. [Sitert 14. april 2012].

<http://www.regjeringen.no/pages/37281474/Hoeringsnotat.pdf>

(Høringsbrev) *Forslag om særlige regler for gjennomføring av psykisk helsevern i regionale sikkerhetsavdelinger, herunder i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. 1. mars 2012.* Helse- og omsorgsdepartementet. [Sitert 14. april 2012].

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/hoeringer/hoeringsdok/2012/horing---forslag-om-sarlige-regler-for-g/horingsbrev.html?id=673745>

Etterarbeider

Rapport fra utredningsgruppe oppnevnt av Justis- og politidepartementet. Etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring. 2006.

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1958 s. 479

Rt. 1973 s. 846

Rt. 1984 s.1175

Rt. 1994 s. 610
Rt. 1994 s. 1244
Rt. 1995 s. 530
Rt. 1997 s. 580
Rt. 1997 s.1019
Rt. 1998 s. 929
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2001 s. 382
Rt. 2001 s. 1006
Rt. 2002 s. 1096
Rt. 2002 s. 1216
Rt. 2002 s. 1271
Rt. 2002 s. 1722
Rt. 2003 s. 23
Rt. 2003 s. 1085
Rt. 2005 s. 1628
Rt. 2011 s. 385
Rt. 2011 s. 1043

Lagmannsrettsavgjørelser

LG-2011-2886

The European Court of Human Rights (EMD-avgjørelser) Strasbourg

Engel mot Nederland	23. november 1976. (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72)
Winterwerp mot Nederland	27. oktober 1979. (Application no. 6301/73)
Guzzardi mot Italia	6. november 1980. (Application no. 7367/76)

X mot Storbritannia	5. november 1981. (Application no. 7215/75)
Luberti mot Italia	23. februar 1984. (Application no. 9019/80)
Ashingdane mot Storbritannia	28. mai 1985. (Application no. 8225/78)
Nielsen mot Danmark	28. november 1988. (Application no. 10929/84)
Amuur mot frankrike	25. juni 1996. (Application no. 19776/92)
Cantoni mot Frankrike	22. oktober 1996. (Application no. 17862/91)
Witold Litwa mot Polen	4. april 2000. (Application no. 26629/95)
Koniarska mot Storbritannia	12. oktober 2000. (Application no. 33670/96)
Vittorio Mancini og Luigi Mancini mot Italia	2. august 2001. (Application no. 44955/98)
H.M. mot Sveits	26. februar 2002. (Application no. 39187/98)
D. G. mot Irland	16. mai 2002. (Application no. 39474/98)
Hutschion Reid mot Storbritannia	20. februar 2003. (Application no. 50272/99)

Mubilanzila Mayeka og Kaniki Mitunga
mot Belgia 12. oktober 2006. (Application no.
13178/03)

Enhorn mot Sverige 25. januar 2005. (Application no.
56529/00)

Shulepova mot Russland 11. desember 2008.
(Application no. 34449/03)

Grori mot Albania 7. juli 2009. (Application no. 25336/04)

The United Nations Commission on Human Rights

X mot Tyskland 12. juli 1976. (Application no. 7493/76)

Figurer

Figur 1: s. 9.

Figur2: s. 40.

Figur 3: s. 44.

