

UiO : **Det juridiske fakultet**

Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern

En rettsdogmatisk fremstilling av de materielle vilkårene i strl. § 39

Kandidatnummer: 642

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 982



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Temaet..... | 1 |
| 1.2 | Grunnleggende om strl. § 39..... | 2 |
| 1.2.1 | Hensyn og karakteristik 2 | 2 |
| 1.2.2 | Historikk: forholdet til reglene om sikring..... | 4 |
| 1.2.3 | Kort om forholdet til særreaksjonene tvungen omsorg og forvaring..... | 6 |
| 1.2.4 | Gjelder det et skyldkrav?..... | 6 |
| 1.3 | Rettskildene..... | 8 |
| 1.4 | Avgrensninger..... | 9 |
| 2 | INNGANGSVILKÅRET – STRAFFRIHET ETTER § 44(1)..... | 10 |
| 2.1 | «psykotisk»..... | 10 |
| 2.2 | «bevisstløs»..... | 14 |
| 2.3 | Tidspunktet for den straffriende sinnstilstand..... | 16 |
| 2.4 | Kort om beviskravet..... | 17 |
| 3 | GRUNNVILKÅRET – «ANSES NØDVENDIG FOR Å VERNE SAMFUNNET» | 17 |
| 3.1 | Nærmere om grunnvilkåret..... | 18 |
| 3.2 | «samfunnet»..... | 22 |
| 3.3 | «kan»..... | 23 |
| 4 | TILLEGGSVILKÅRENE I § 39 NR.1 OG NR.2 – KRAV TIL LOVBRUDET OG GJENTAKELSESFARE..... | 24 |
| 4.1 | Generelt..... | 24 |
| 4.2 | Lovbruddskategoriene etter § 39 nr.1..... | 26 |
| 4.2.1 | Alvorlig voldsforbrytelse..... | 26 |
| 4.2.2 | Alvorlig seksualforbrytelse..... | 29 |
| 4.2.3 | Alvorlig frihetsberøvelse..... | 30 |
| 4.2.4 | Alvorlig ildspåsettelse..... | 31 |
| 4.2.5 | Annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare..... | 31 |
| 4.3 | § 39 nr.2 – mindre alvorlig forbrytelse..... | 34 |
| 4.4 | Gjentakelsesfare..... | 37 |
| 4.4.1 | Generelt om farevurderingen..... | 37 |
| 4.4.2 | Momentene..... | 40 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.4.3 | Terskelen etter § 39 nr.1: «nærliggende» | 42 |
| 4.4.4 | Terskelen etter § 39 nr.2: «særlig nærliggende» | 43 |
| 5 | SLUTTORD..... | 44 |
| 5.1 | En summarisk oppsummering..... | 44 |
| 5.2 | NOU 2014:10..... | 44 |
| 6 | LITTERATURLISTE | 46 |
| 6.1 | Lover | 46 |
| 6.2 | Forarbeider | 46 |
| 6.3 | Rettsavgjørelser..... | 47 |
| 6.3.1 | Høyesterett..... | 47 |
| 6.3.2 | Underinstansene..... | 48 |
| 6.4 | Litteratur..... | 48 |
| 6.5 | Annet..... | 49 |

1 Innledning

1.1 Temaet

Masteroppgavens tema er de materielle vilkårene for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter Straffeloven av 1902 (strl.) § 39. Det vil gis en fremstilling av de materielle vilkårenes innhold etter gjeldende rett.

Det er nesten 13 år siden den nåværende strl. § 39 trådte i kraft. Bestemmelsen må anses som forholdsvis ny, men helt fersk er den ikke. Den er behandlet i en god del strafferettslitteratur, herunder kommentarutgaver, fagartikler og mer alminnelige verk innen strafferett. Den mest omfattende fremstillingen er skrevet av Jørn RT Jacobsen. Hans bok er imidlertid fra 2004, og siden den gang har det blitt avsagt en rekke dommer om overføring til tvungent psykisk helsevern. At det er skrevet lite om de siste 10 års rettspraksis, har vært en av mine motivasjoner for å undersøke rettstilstanden nærmere.

Overføring til tvungent psykisk helsevern som strafferettslig reaksjonsform har dessuten vakt stor medieoppmerksomhet i senere tid. Saker som «Terrorsaken»¹, «Halloweendrapet»² og «Sigridsaken»³ har skapt omfattende debatt omkring utilregnelighet og særreaksjoner i norsk rett. Derfor ble det av den forrige regjeringen nedsatt et utvalg for å vurdere endringer i straffelovens bestemmelser om utilregnelighet, med særlig fokus på psykosevilkåret⁴. Som det skal redegjøres nærmere for i pkt. 2, er utilregnelighet etter § 44(1) et vilkår for å kunne avsi dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Utvalget fikk også utvidet sitt mandat til å vurdere bl.a. vilkårene i strl. § 39 (ibid. s. 38). Bestemmelsen har med dette fått fornyet aktualitet.

¹ RG 2012 s. 1153.

² TOSLO-2013-61523.

³ TOSLO-2013-53485 og LB-2013-196125-3.

⁴ NOU 2014:10 s. 36.

1.2 Grunnleggende om strl. § 39

1.2.1 Hensyn og karakteristik

I mer enn 170 år har norsk strafferett gjenspeilet en sentral kulturell verdi i det norske samfunnet: vi ønsker ikke å straffe lovbrøyttere som på gjerningstidspunktet var utilregnelige. I kriminalloven av 1842 kap. 7 § 2 het det at «galne eller afsindige» skal fritas for straff. Straffeloven av 1902 (strl.) § 44(1), som § 39 henviser til, uttrykker det på følgende måte: «Den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs straffes ikke.»⁵ Hovedregelen om strafffrihet for utilregnelige anses som et grunnleggende strafferettslig prinsipp og en sentral rettsikkerhetsgaranti⁶.

Hovedbegrunnelsen for at det ikke reageres med straff overfor sinnslidende lovovertridere, er urimeligheten ved å pålegge dem et straffansvar for atferd de ikke kan noe for⁷. Disse menneskene mangler helt og holdent *skyldevne*, dvs. at de ikke kan bebreides for sine handlinger⁸. Norsk strafferett bygger nemlig på skyldprinsippet, jf. strl. § 40, som gjør det til en generell straffbarhetsbetingelse at gjerningspersonen må ha utvist forsett eller undertiden uaktsomhet ved overtredelsen av straffebudet. Mangler de personlige forutsetninger for i det hele tatt å kunne utvise skyld, blir det også urimelig å straffe.

En annen grunn, som henger meget nøye sammen med den første, er at straff antas å ha liten eller ingen preventiv effekt overfor disse personene.⁹ Det er et uttalt formål med straff at den skal tilsikte en oppnåelse av allmenn- og individualpreventive virkninger¹⁰. Med allmennprevensjon menes at trusselen om straff skal få rettssubjektene til å avstå fra å begå straffbare handlinger; den skal virke avskrekkende, oppdragende og moraldannende. Med individualprevensjon menes selve straffens virkning på den som blir straffet; gjennom avskrekkelse og personlighetspåvirkning skal selve straffen få rettssubjektet til å avstå fra å begå *nye* straffbare handlinger.¹¹ Den som bryter et straffebud mens vedkommende er psykotisk eller lider av en alvorlig bevissthetsforstyrrelse, vil ikke kunne la seg påvirke av hverken straffetrusselen eller straffen i seg selv¹². Når forskningsmateriale fra vitenskaper som rettssosiologi og kriminolo-

⁵ Psykose eller bevisstløshet er ikke de eneste utilregnelighetsgrunnene, jf. § 44(2) (psykisk utviklingshemmet i høy grad) og § 46 (under 15 år), men ettersom § 39 kun henviser til § 44(1), er det bare utilregnelighet med grunnlag i psykose eller bevisstløshet som er relevant i denne sammenheng.

⁶ Se Jacobsen (2004) s. 15.

⁷ Se Andenæs (2004) s. 292.

⁸ NOU 1990:5 s. 71.

⁹ NOU 1974:17 s. 163-65.

¹⁰ Se Eskeland (2006) s. 47-48. Jf. også Ot.prp. nr. 90 (2003-04) s. 77.

¹¹ NOU 1983:57 s. 50-51.

¹² Se Jacobsen (2004) s. 15.

gi viser at selv overfor *tilregnelige* lovbrøtere er den preventive effekt begrenset¹³, er det høyst nærliggende å legge til grunn at en slik effekt overfor den utilregnelige ikke engang er marginalt til stede.

Etter norsk rett er således det prinsipielle utgangspunktet at den som på handlingstiden var psykotisk eller bevisstløs, ikke møtes med noen strafferettslig reaksjon overhodet. Han eller hun er helt straffri. Mest praktisk er det at vedkommende var psykotisk, ettersom et bevisstløst menneske sjelden vil ha noen mulighet til å foreta en handling¹⁴.

Imidlertid kan domstolene i slike tilfelle – dersom hensynet til samfunnsvernet gjør det nødvendig - reagere med å avsi dom på overføring til tvungent psykisk helsevern etter strl. § 39. Reaksjonsformen er plassert i lovens 2. kapittel om «Straff og andre rettsfølger», og utgjør et eksempel på en av de *andre* rettsfølgene enn straff. Den er nemlig ikke å finne i den uttømmende listen over av hva som regnes som straff i strl. § 15. Ei heller er den et «tilsiktet onde»¹⁵ fra statens side; det er kun samfunnsvern og behandlingsformål som begrunner reaksjonen¹⁶. Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern er en *særreaksjon*: personlighetstrekk ved lovbrøteren gjør at de vanlige straffene ikke får anvendelse, men av hensyn til samfunnsbeskyttelsen svares det med en alternativ reaksjon. Ved dom pålegges spesialisthelsetjenesten å ta imot og behandle den dømte, jf. lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (phvl.) kap. 5.

Et nærliggende alternativ for ivaretagelse av samfunnsvernet er administrativt tvungent psykisk helsevern etter phvl. kap. 3., jf. phvl. § 3-3. Men noen utilregnelige lovbrøtere anses så farlige for andres liv, helse og frihet at samfunnet trenger mer beskyttelse enn hva det administrative systemet kan gi¹⁷. Utskrivingsmulighetene vil nemlig være større etter det sistnevnte system, ettersom påtalemyndigheten ikke innehar noen partsrolle (jf. pkt. 3.1). For å kunne føre en mer stringent kontroll med farlige utilregnelige lovbrøtere, har lovgiver funnet det nødvendig å supplere det administrative systemet med en adgang for domstolene til å idømme en særreaksjon.

¹³ Se Mathisen (2007) s. 91 – 104.

¹⁴ Se Matningsdal/Bratholm (2003) s. 294.

¹⁵ Jf. Andenæs' definisjon av straff, lagt til grunn i Rt. 1977 s. 1207: «Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredeisen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.»

¹⁶ Det er omstridt i teorien hvorvidt behandlingsformål begrunner særreaksjonen, se Jacobsen (2004) s. 51.

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 47.

1.2.2 Historikk: forholdet til reglene om sikring

Bestemmelsen, som ble endret ved lov av 17. januar 1997 nr. 11, trådte i kraft 1. januar 2002 samtidig med bestemmelsene om dom på tvungen omsorg (§ 39 bokstav a) og dom på forvaring (§ 39 bokstav c). Før den tid var det reglene om *sikring* som gjaldt¹⁸.

Sikringsinstituttet ble introdusert ved selve lovens vedtakelse i 1902. Ved en omfattende lovreform i 1929 fikk reglene det innhold de hadde helt frem til 1. januar 2002.

Sikring hadde det til felles med den någjeldende § 39 at reaksjonsformen i rettslig henseende ikke var å regne som straff.¹⁹ Men i motsetning til den någjeldende § 39, gjaldt sikringsreglene både overfor utilregnelige og tilregnelige lovbytere. Lovbytere som på handlingstiden var utilregnelige pga. psykose eller bevisstløshet («sinnssykdom eller bevisstløshet»), kunne i tråd med prinsippet om straffrihet for utilregnelige idømmes ren sikring, mens tilregnelige lovbytere med psykiske avvik («mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner») kunne idømmes sikring i tillegg til straff («det dobbeltsporede system»). Til tilregnelighetskategorien hørte også de hvis handlinger var foretatt i en forbigående nedsettelse av bevisstheten eller under selvforskyldt rus, men disse alternativene spilte liten rolle i praksis.

Sikring kunne anvendes på enhver «straffbar handling», og skilte således ikke mellom forbrytelser og forseelser. Nåværende § 39 kommer bare til anvendelse på forbrytelser, jf. § 39 (1) nr. 1 og nr. 2. Ved at «enhver» straffbar handling var omfattet, forelå det heller ingen begrensning i henhold til lovbruddets *art*, slik det gjør etter någjeldende § 39 (se pkt. 4.1). Rettspraksis gir eksempler på at sikring ble anvendt på bl.a. helt vanlige tyverier, jf. Rt. 1982 s. 1594 og Rt. 1992 s. 1428, noe som ikke vil være aktuelt etter dagens § 39.

Sikringsreglene bygget ikke på noen fremtredende behandlingstanke, selv om den tidligere § 39 (1) litra e gjorde det mulig å dømme gjerningspersonen til anbringelse i «psykiatrisk sykehus, kursted, pleieanstalt eller sikringsanstalt». Til tross for at behandlingshensyn ble nevnt i forarbeidene, var hensynet til å beskytte samfunnet mot farlige og «abnorme» lovovertridere det primære formålet: sikringen skulle «*vareta samfunnets berettigede krav på beskyttelse*»²⁰. Dette viste seg også ved at gjennomføringen av sikringen lå under kriminalomsorgen. Dagens

¹⁸ Man hadde riktignok også en regel om dom på forvaring overfor presumptivt helt normale tilbakefallsforbrytere, men denne kan ikke sammenlignes med det forvaringsregimet som nå følger av § 39 bokstav c, jf. Andersen (2004) s. 498.

¹⁹ NOU 1974:17 s. 207.

²⁰ NOU 1974:17 s. 72.

ordning med dom på overføring til tvungent psykisk helsevern er fullt ut overlatt til helsevesenet²¹.

Formålet om samfunnsvern mot farlige og abnorme lovovertredere kom til uttrykk i lovens vilkår om at det måtte foreligge en «fare for at gjerningsmannen på grunn av en sådan tilstand atter vil foreta en handling som foran nevnt». Det måtte mao. påvises en *gjentakelsesfare* for nye straffbare handlinger. Som det vil fremgå, oppstiller någjeldende § 39 et tilsvarende krav, jf. pkt. 4.4.

Det ble etter hvert fremmet sterk kritikk mot sikringsinstituttet, og især mot det dobbeltsporede system. Det ble ansett som urettferdig at en tilregnelig lovbrøyer på en og samme tid kunne straffedømmes for en begått handling og idømmes sikring for potensielle lovbrudd som enda ikke var begått. Kritikerne mente at det lå et element av dobbeltstraff i dette, og at det kunne vanskeliggjøre etableringen av et tillitsforhold mellom den dømte og psykiaterne. Overfor *utilregnelige* lovbrøyer hadde man i det minste en psykiatrisk diagnose å støtte seg på, en diagnose som kunne angi et forventet sykdomsforløp og derigjennom gi objektive holdepunkter for en sannsynliggjøring av fremtidig atferd. Overfor den tilregnelige lovbrøyer, derimot, mente kritikerne at fraværet av slike objektive holdepunkter gjorde bedømmelsen vilkårlig. Videre ble karakteristikken «mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner» ansett å innebære en «dom over vedkommendes personlighet»²², noe man anså for å være uheldig. Sikringens tidsbestemthet var det også en rekke innvendinger mot.

Det vil føre for langt av sted å redegjøre for hele kritikken her, men den nevnes for å illustrere behovet som oppstod for lovendring på området²³.

Det skulle imidlertid gå lang tid før en lovendring skjedde. Straffelovrådet fikk så tidlig som på 1950-tallet i oppdrag av Justisdepartementet å vurdere endringer, men avga ikke sin utredning før i 1973 (NOU 1974:17 «Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner»). I 1985 opprettet Justisdepartementet «Særreaksjonsutvalget», som avga sin innstilling fem år senere (NOU 1990:5 «Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner»). Innstillingen ble i det vesentlige lagt til grunn i Ot.prp. nr. 87 (1993-94) og Innst. O. nr. 34 (1996-97), og vedtatt ved lov den 17. januar 1997. De nye reglene trådte i kraft 1. januar 2002, hele 50 år etter at lovendringsarbeidet startet.

For vilkår som er videreført i § 39, vil rettspraksis om sikring fortsatt ha relevans.

²¹ Se Andenæs (2004) s. 507.

²² Henum (2002): «Nye strafferettslige særreaksjoner» s. 24-42.

²³ Kritikken er gjengitt punktvis i NOU 1990:5 på s. 104. Se også NOU 1974:17 s. 78-81.

1.2.3 Kort om forholdet til særreaksjonene tvungen omsorg og forvaring

Tvungen omsorg etter strl. § 39 bokstav a er en særreaksjon som kan benyttes overfor en gjerningsperson som på handlingstiden var utilregnelig etter § 44(2), dvs. psykisk utviklingshemmet i høy grad. Tidligere falt denne gruppen lovbrøyttere inn under sikringsinstituttets begrep «sinnssykdom». Vilkårene for å etablere tvungen omsorg er - foruten selve grunnlaget for utilregneligheten – nøyaktig de samme som etter § 39, jf. § 39 bokstav a (1). Dette har den rettskildemessige betydning at rettspraksis som avsies etter § 39 bokstav a, vil kunne tillegges vekt ved tolkningen av strl. § 39.

Forvaring etter strl. § 39 bokstav c er straff, jf. strl. § 15, og kommer til anvendelse overfor tilregnelige lovbrøyttere. Forvaringsbestemmelsen har på en rekke punkter fått nøyaktig den samme utforming som § 39 om dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Dette gjelder bl.a. hvilke lovbrudd som kan danne grunnlag for bruk av særreaksjonen, og kravet til gjentakelsesfare. For vilkår som overlapper, vil rettspraksis om forvaring ha relevans.

1.2.4 Gjelder det et skyldkrav?

Fremstillingen viser bl.a. til uttalelser i rettspraksis om at lovbrøytteren har hatt «*forsett*», se f.eks. TOSLO-2007-10419 (jf. pkt. 2.2). Dessuten diskuteres det i pkt. 4.2 om uaktsomme forbrytelser kan omfattes av lovbruddskategoriene. Jeg finner derfor grunn til allerede her å reise spørsmålet om skyldkravet i det straffebed som aktualiserer bruk av særreaksjonen må være oppfylt. Spørsmålet er heftig diskutert i teorien.

I lys av de hensyn som er gjennomgått i pkt. 1.2.1 innledningsvis, virker det umiddelbart selvmotsigende å kreve at en utilregnelig lovbrøytter må ha utvist forsett (evt. uaktsomhet) ved forgåelsen. Ordlyden «begått eller forsøkt å begå» i strl. § 39 nr.1 og nr.2 kan imidlertid tale for at det kreves subjektiv skyld. Forsøk forutsetter nemlig et fullbyrdsforsett²⁴. Andenæs (2004) er av den oppfatning at det gjelder et skyldkrav, og fremhever særlig at det bare er den «*moralske*» skyld som ikke kan tilskrives den utilregnelige²⁵. Eskeland (2006) fremholder på s. 327 at det både er «*kunstig*» og ikke gir «*god mening*» å operere med et skyldkrav overfor personer som det allerede er forutsatt at ikke kan bebreides for sine handlinger.

²⁴ Jf. Eskeland (2006) s. 214.

²⁵ Se Andenæs (2004) s. 509 og 292.

Jacobsen (2004) drøfter spørsmålet inngående på s. 68-76, og faller ned på en mellomløsning om at man må kunne «*fingere*» skyld på samme måte som ved selvforskyldt rus (strl. § 45). På den ene side fremheves det at skyldkravet har en så sentral stilling i strafferetten «*at ein bør vere varsam med å ta det bort.*» (s. 75). Og på den annen side taler særreaksjonens hovedbegrunnelse, nemlig samfunnsvernet, for «*eit breiast mogeleg verkeområde for reaksjonen*» (s. 73). Fingering av skyld blir således en gyllen middelvei som ivaretar skyldprinsippet og formålet med særreaksjonen på én og samme tid. Han bygger på følgende uttalelser i NOU 1974:17 på s. 153: «*Straffelovrådet vil bemerke at adgangen til å idømme særreaksjonen skal være åpen selv om gjerningsmannen ikke kan antas å ha oppfylt kravet til forsett...*», og «*... Hensynet til samfunnsbeskyttelsen er det samme selv om den psykiske abnormtilstanden har vært så dyptgripende at den har utelukket forsett i lovens forstand.*»

Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet, og underrettene nøyer seg som regel med å skrive at «*[r]etten går ikke nærmere inn på dette*»²⁶, og at et slikt krav «*muligens*»²⁷ gjelder.

Rettstilstanden må anses uavklart, og dermed blir jeg nødt til å gjøre en forutsetning. Jeg legger Jacobsens løsning til grunn, da den harmoniserer godt med særreaksjonens hovedformål uten helt å undergrave skyldprinsippet. Dessuten bygger den på konkrete forarbeidsuttalelser om at det ikke skal gjelde et absolutt skyldkrav (NOU 1974:17 s. 153).

²⁶ Se TALST-2014-126578 og LH-2013-180127.

²⁷ Se LB-2013-196125-1.

1.3 Rettskildene

Fremstillingen bygger på alminnelig rettskildelære.

Ordlyden i strl. § 39 danner det naturlige utgangspunktet for enhver drøftelse av de materielle vilkårene. Siden dom på overføring til tvungent psykisk helsevern er et inngrep i den personlige integritet, taler *legalitetsprinsippet* (jf. Grl. § 96) for å legge stor vekt på lovens ordlyd etter en naturlig, språklig forståelse.

Det har vært reist spørsmål om det i strafferetten bare unntaksvis kan aksepteres tolkningsresultater som går på tvers av ordlyden. Dette grunnet de særlige rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende på området. Eskeland finner at *«rettskildesituasjonen i strafferetten ikke skiller seg nevneverdig fra rettskildesituasjonen på andre lovregulerte områder»*, jf. Eskeland (2006) på s. 152. Han skriver at lovskravet bare krever at inngrepet («straff») må ha formell forankring i en lovtekst, og viser til at Høyesterett flere ganger har avsagt straffedommer på grunnlag av utvidende og innskrenkende tolkning. En «fra det mer til det mindre»-betraktning leder til at det samme da må gjelde for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, som i formell forstand er et mildere inngrep enn hva straff er.

Det bør likevel ikke tapes av syne at vi befinner oss på legalitetsprinsippets område. Selv om rettskildesituasjonen er den samme som på andre områder, følger det av legalitetsprinsippet og de rettssikkerhetshensyn prinsippet er bærer av - at stor vekt må legges på lovens ordlyd etter vanlig norsk språkbruk. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt.

Flere av vilkårene i bestemmelsen har fått en skjønnsmessig utforming. Et eksempel på det er grunnvilkåret om at overføring til tvungent psykisk helsevern bare kan idømmes når det «anses nødvendig for å verne samfunnet». Lovens ordlyd må derfor suppleres med andre rettskilder som kan gi tolkningsbidrag.

Av relevante forarbeider benytter jeg særlig (men ikke utelukkende) NOU 1974:17, NOU 1983:57, NOU 1990:5 og Ot.prp. nr. 87 (1993-94). I disse forarbeidene er det utførlig redegjort for formålene bak § 39, og de inneholder også en rekke uttalelser om hvordan vilkårene i loven skal tolkes. Videre er forholdet til den tidligere rettstilstand grundig beskrevet der. Som det vil fremgå, gjør også Høyesterett bruk av disse forarbeidene i betydelig grad.

Hva angår rettspraksis, gjør jeg i første rekke bruk av høyesterettsdommer, men også underrettspraksis anvendes i fremstillingen. Størst vekt legges naturligvis på høyesterettsdommene, og spesielt de av dem som inntar klare standpunkter. Dommer benyttes både for å avklare rettstilstanden og som illustrerende eksempler.

Folkerettslige kilder benyttes ikke i fremstillingen, jf. pkt. 1.4 om oppgavens avgrensninger.

Juridisk litteratur har begrenset vekt og benyttes først og fremst som støtteargument i kraft av dens argumentasjons- og overbevisningsverdi.

Noen steder trekker jeg inn Riksadvokatens rundskriv til påtalemyndigheten av 3. desember 2001 (Rundskriv nr. 4/2001). Denne generelle tjenestebefalingen gir uttrykk for forvaltningens rettssyn på hvordan strl. § 39 skal tolkes. Kilden er relevant, men den kan naturligvis bare få beskjeden vekt²⁸.

1.4 Avgrensninger

Det følger av temaangivelsen i pkt. 1.1 at fremstillingen avgrenses mot prosessuelle spørsmål. Imidlertid vil rene henvisninger til Straffeprosessloven av 1981 (strpl.) forekomme noen steder, men det foretas ingen behandling av de straffeprosessuelle spørsmål som strl. § 39 reiser.

Videre avgrenses det mot reglene om særreaksjonens nærmere innhold, gjennomføring og opphør. Bestemmelser om dette følger av strl. § 39 bokstav b og phvl. kap. 5. Som med de prosessuelle bestemmelsene trekkes disse bare inn i den grad de er relevante for fremstillingen av de materielle vilkårene i § 39.

Folkerettslige spørsmål behandles ikke.

Straffeloven skal tolkes med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. strl. § 1(2). Dette innebærer at strl. § 39 må være forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser. Det er først og fremst de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som er relevante, og da særlig EMK og SP. At disse traktatene går foran norsk lov ved motstrid er nå også fastsatt i menneskerettsloven av 1999 (mrl.) § 3, jf. § 2.

Hverken Særreaksjonsvalget eller Justisdepartementet fant at strl. § 39 er i uoverensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser²⁹.

Det avgrenses mot sivilrettslige spørsmål av enhver art, herunder spørsmål om erstatning og oppreisning.

²⁸ Eckhoff (2001) s. 231, jf. s. 237-238.

²⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 21.

2 Inngangsvilkåret – straffrihet etter § 44(1)

Det første en må ta stilling til er om siktede er straffri etter strl. § 44(1), jf. § 39(1) 1.pkt. Vil-kårene i § 44(1) er at denne må ha vært «psykotisk eller bevisstløs» på handlingstiden. For-muleringen viser at det er tale om alternative vilkår, og at det således er tilstrekkelig at ett av dem er oppfylt.

Vilkåret er et formelt uttrykk for *det medisinske prinsipp*, som innebærer at det avgjørende for straffriheten er om det gjennom en medisinsk diagnose konstateres at siktede var psykotisk eller bevisstløs på handlingstiden³⁰. Kjernen i det medisinske prinsipp er at det kreves ingen årsakssammenheng mellom sinnstilstanden og handlingen, slik det gjøres i en rekke andre rettssystemer³¹. Den medisinske diagnose er i seg selv avgjørende.

Jeg har valgt å betegne vilkåret om at gjerningspersonen må være straffri etter § 44(1) som *inngangsvilkåret*. Dette fordi det i praksis aldri vil komme på tale å drøfte de andre vilkårene i § 39 før det er på det rene at dette vilkåret er oppfylt. Vilkåret angir selve anvendelsesområdet for § 39: bestemmelsen kommer bare til anvendelse overfor den som på handlingstiden befant seg i en sinnstilstand som beskrevet i § 44(1).

I henhold til strpl. § 165(2) nr.1 skal den siktede underkastes en rettspsykiatrisk undersøkelse av oppnevnte sakkyndige. Det skal oppnevnes én sakkyndig, med mindre retten finner at saken krever to eller flere, jf. strpl. § 139(1). Det vanligste i disse sakene er å oppnevne to, selv om hovedregelen er én sakkyndig³².

2.1 «psykotisk»

Begrepet *psykose* er en medisinsk betegnelse, og har ikke noe entydig meningsinnhold i dag-ligspråket. Ordlyden gir derfor ikke særlig veiledning.

Forarbeidene angir at det karakteristiske for en psykose i medisinsk forstand er at «*forholdet til virkeligheten i vesentlig grad er forstyrret. Evnen til å reagere adekvat på vanlige inntrykk og påvirkninger mangler. Den psykotiske mister ofte kontrollen over tanker, følelser og handlinger. De intellektuelle funksjoner kan derimot være i behold.*», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) på s. 22. Det følger av NOU 1990:5 s. 38 at det er alminnelig enighet i psykiatrien om dette kriterium.

³⁰ NOU 1990:5 s. 38.

³¹ Se Jacobsen (2004) s. 49, jf. sidene om rettsstillingen i andre land (s. 27-33). Se også NOU 1990:5 s. 46. Kra- vet om årsakssammenheng mellom sinnstilstanden og handlingen betegnes som «det psykologiske prinsipp», undertiden også som «et blandet prinsipp» jf. NOU 2014:10 s. 133 og 22.

³² Matningsdal/Bratholm (2003) s. 300-301.

At forholdet til virkeligheten må være forstyrret «i vesentlig grad», innebærer at ikke enhver vrangforestilling om virkeligheten kan medføre straffrihet etter § 44(1). Kriteriet kan tenkes å få stor praktisk betydning i tilfelle der de oppnevnte rettspsykiaterne konkluderer forskjellig. Mener den ene at siktede var psykotisk og den andre mener det motsatte, kan dette indikere for dommeren at siktedes virkelighetsoppfatning på handlingstiden ikke «i vesentlig grad» var forstyrret. Dette fremgår også av forarbeidene: «I praksis vil rettens egen oppfatning særlig få betydning i tilfeller der de sakkyndige er uenige.», jf. NOU 1990:5 s. 47.

Et velkjent eksempel er RG 2012 s. 1153 («Terrorsaken»). De to sakkyndige kom til hver sine motsatte konklusjoner, og retten måtte dermed avgjøre spørsmålet på et friere bevisgrunnlag. Retten viste til Rt. 2003 s. 23, som i avsnitt 18 fremholder at ved uenighet mellom de sakkyndige «må retten gå inn i premissene i de rettspsykiatriske erklæringene og vurdere disse opp mot de sakkyndiges muntlige forklaringer og den øvrige bevisførsel under hovedforhandlingen».

Men er de sakkyndige enige, vil spørsmålet etter alt å dømme være avgjort. Det finnes svært få eksempler fra rettspraksis der domstolene har skåret gjennom overfor slik enighet³³. Dette er heller ikke så rart; dommeren har ingen videre innsikt i psykiatriens begreper, metoder og diagnosesystemer. I praksis vil det derfor være de sakkyndige som avgjør ansvarsspørsmålet: «Når det medisinske prinsipp beholdes, vil det i realiteten fortsatt være psykiatriens oppgave å avgjøre hvilke lovbrytere som skal fritas for straffeansvar. Men prinsippet om at retten formelt står fritt i forhold til de sakkyndige beholdes også etter utvalgets forslag.», se NOU 1990:5 s. 47.

Det er likevel viktig å holde fast ved – som sitatet ovenfor viser – at en står overfor et *retts-spørsmål*. Dette kommer også til uttrykk i Ot.prp. nr. 87 (1993-94) på s. 22: «Ved spørsmålet om hvilke tilstander som skal regnes som psykoser i straffelovens forstand, legges det avgjørende vekt på hvordan psykiatrien til enhver tid definerer psykosebegrepet.»

At det skal legges «avgjørende vekt på» psykiaternes vurderinger, markerer klart at det er domstolene som til syvende og sist skal vurdere om vilkåret er oppfylt. Men at dommeren i praksis vil lene seg på de sakkyndiges vurderinger, er åpenbart. Konsekvensen av det medisinske prinsipp blir dermed at det i realiteten er rettspsykiaterne som avgjør spørsmålet (i den grad de er enige), til tross for at de i rettslig forstand bare innehar en rådgivende funksjon³⁴.

Norge er folkerettslig forpliktet til å benytte WHO's kriteriebaserte diagnoseverktøy ICD (International Classification of Diseases) til å klassifisere sykdommer, herunder psykoser. I skri-

³³ Et eksempel er omtalt av Høyesterett i Rt. 1965 s. 128.

³⁴ Se Andenæs (2004) s. 309.

vende stund er det den 10. utgaven som er den gjeldende (ICD-10). I NOU 1990:5 på s. 41 understrekes det at rettspsykiaterne ikke formelt er bundet av disse retningslinjene. Det presiseres at det avgjørende er «*en tolkning av straffelovens juridiske begrep*». Dette betyr at en klinisk psykose i henhold til ICD-10 ikke nødvendigvis er det samme som at psykosevilkåret i § 44(1) er oppfylt. At noe er en psykose etter ICD-10, blir dermed bare ett av flere momenter i den vurdering som rettspsykiaterne (og til sist domstolene) skal foreta³⁵.

Noen velkjente psykoser er f.eks. schizofreni, paranoia, manisk depressivitet, delirium og senil demens. Av plasshensyn, og fordi avhandlingen kun har det rettslige perspektivet for øyet, redegjøres det ikke nærmere for innholdet av disse eller andre psykoser her. Jeg nøyer meg med å vise til NOU 1990:5 s. 38 flg. Se også Høyer/Dalgard (2002) s. 227-229 og Andenæs (2004) s. 302-304.

Siktede må ha vært «*aktivt psykotisk*» på handlingstiden, jf. NOU 1990:5 s. 46. Med dette menes ikke at det kreves noen årsakssammenheng mellom handlingen og psykosen, men at siktede må ha vært i en sykdomsperiode med aktive symptomer da han eller hun utførte handlingen. At siktede hadde en psykosed diagnose på handlingstiden er altså ikke tilstrekkelig. Eller som Andenæs så treffende skriver det: «*Han har en sinnssykdom, men er ikke sinnssyk.*», se Andenæs (2004) s. 304. Selv ikke den hvis psykosesymptomer er satt ut av spill gjennom medikamentell behandling, kan oppnå straffrihet: «*Dersom en person som har vært psykotisk, og som under medikamentell behandling er blitt nesten symptomfri, begår en straffbar handling, vil vedkommende i dag ikke bli ansett som sinnssyk i gjerningsøyeblikket av de psykiatriske sakkyndige og Den rettsmedisinske kommisjon. Lovbryteren vil følgelig heller ikke oppnå straffrihet etter § 44.*», jf. NOU s. 1990:5 s. 41.

Et viktig spørsmål er hvilken betydning det har at psykosen var utløst av rus. Spørsmålet er grundig drøftet i Rt. 2008 s. 549. Saken gjaldt en person som hadde begått et øksedrap mens han var medisinsk psykotisk utløst av amfetaminrus. Det var på det rene at siktedes psykose lidelse var fullstendig betinget av ruspåvirkning, dvs. at symptomene forsvant etter at rusen var ute av kroppen. Rettspsykiaterne konkluderte derfor med at han ikke hadde noen psykotisk lidelse i *rettspsykiatrisk* forstand, «*fordi de psykotiske symptomene forsvinner dersom han ikke ruser seg.*» Påtalemyndigheten anførte at en psykotisk tilstand som er utløst av rusmidler, og som forsvinner med opphør av rusmiddelinntak, ikke skal bedømmes som en psykose etter § 44, men som bevisstløshet etter § 45³⁶. Forsvareren anførte med henvisning til legalitetsprinsippet at rusbetinget psykose ikke omfattes av ordlyden i § 45, og at loven derfor måtte tas på ordet.

³⁵ Dette er foreslått endret i NOU 2014:10, jf. s. 251. Utvalget ønsker at de sakkyndige skal holde seg til ICD-10.

³⁶ Strl. § 45 fremholder at «*Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus (fremkalt ved alkohol eller andre midler), utelukker ikke straff.*»

Høyesterett kom til at en rusbetinget psykose ikke fritar for straff etter straffeloven § 44, men må behandles på samme måte som ved bevisstløshet som følge av rus etter straffeloven § 45: *«Når jeg, til tross for legalitetsprinsippets sterke stilling i strafferetten, likevel finner å måtte akseptere dette, er det fordi det - som jeg har vist - er en lang tradisjon for at reglene er slik å forstå. Jeg legger også vekt på at det klart fremgår av forarbeidene til 1997-reformen at lovgiverne ikke ønsket at en straffbar handling begått under en forbigående endret bevissthet som er fremkalt av selvforskyldt rus, skal lede til straffrihet.»*

Høyesterett støttet seg altså på en fast og langvarig tolkningspraksis, og lovens forarbeider. Reelle hensyn omtalt i forarbeidene ble også tillagt betydelig vekt. Ett av disse hensynene var at det vil kunne oppfattes som *«støtende og vil kunne komme i konflikt med den alminnelige rettsbevissthet dersom det gis straffritak ved selvforskyldt rus. Allmennpreventive og individualpreventive hensyn taler også mot en slik straffritaksregel.»*, jf. avsnitt 43 i dommen.

Det er ikke helt klart om Høyesterett anvendte strl. § 45 analogisk på rusbetingete psykoser, eller om de la til grunn at rusbetingete psykoser omfattes av strl. § 45. Ettersom de viste til forarbeidene til § 45, er det etter mitt syn mest nærliggende å konkludere med at Høyesterett anser rusbetingete psykoser å være omfattet av strl. § 45. Jeg anser det derfor slik at de tolket § 45 utvidende. Skillet mellom utvidende tolkning og analogi er imidlertid ikke skarpt³⁷, og det blir en smakssak hvordan en vil betrakte Høyesteretts rettsanvendelse her. Poenget er uansett at etter gjeldende rett vil ikke en rusbetinget psykose fritas for straff.

Hva så med psykoser utløst av rus der psykosen vedvarer selv etter at den toksiske virkningen er opphørt? Dette spørsmålet ble ikke behandlet i dommen, men det er verdt å merke seg at Høyesterett viste til det strenge legalitetsprinsippet som gjelder på området. Etter min mening bør det dermed utvises forsiktighet med å analogisere fra domspremissene til spørsmål som ikke var oppe til behandling. På den annen side vil de samme hensynene kunne tale for at rusutløste psykoser som vedvarer i noen tid ikke *alltid* skal medføre straffrihet. I en dom avsagt av Agder Lagmannsrett i 2009 (LA-2008-158889), lot retten det være avgjørende at psykose-tilstanden varte i om lag én måned etter at rusen var ute av kroppen og den siste straffbare handlingen ble begått. Saken ble anket til Høyesterett, som uttalte følgende om lagmannsrettens avgjørelse: *«Når lagmannsretten har konkludert med at A likevel har en straffriende psykose, er det fordi han fremviste psykotiske symptomer i minst 25 dager fra den siste straffbare handlingen, som ble foretatt i amfetaminrus. Men det er feil å legge ensidig vekt på varigheiten av symptomene. I slike gråsoner som det her er tale om, må det foretas en bredere vurde-*

³⁷ Se Eckhoff (2001) s. 124-125.

ring av om psykosen alene er rusutløst, noe lagmannsretten har forsømt.», se Rt. 2010 s. 346 (avsnitt 10).

Gjeldende rett for rusutløste psykoser der den toksiske virkningen ikke opphører etter at rusen har forlatt siktedes kropp, er altså at det må foretas en bredere vurdering av grunnlaget for psykosen. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å konstatere at psykosesymptomene vedvarte i noen tid etter at rusvirkningen avtok. Høyesterett gikk meget konkret til verks i denne vurdering i Rt. 2010 s. 346, og støttet seg fullt og helt på de sakkyndiges vurderinger og konklusjoner. Med det illustrerer dommen også det medisinske prinsipp.

2.2 «bevisstløs»

Etter vanlig språkbruk betyr bevisstløs en tilstand der man er fullstendig inkapabel til å bevege seg og motta sanseinntrykk fra omverdenen. Evnene til sansing, tenking, følelse og bevegelse er borte. Ordlyden taler for at kun slik *absolutt* bevisstløshet – som f.eks. koma - er omfattet. Det følger imidlertid av forarbeidene at også *relativ* bevisstløshet faller inn under lovens begrep.³⁸ Dette er tilstander der bevegelses- og sanseapparatet for så vidt er i orden – i betydningen at det «virker»- men der evnen til å motta og bearbeide informasjon er opphevet eller sterkt redusert³⁹. Vedkommende «*reagerer... på visse inntrykk fra omverdenen, men... handler uten hemning fra motforestillinger. En kan også uttrykke det slik at forbindelsen med det vanlige jeg er borte.*», se Andenæs (2004) s. 307. Klassiske eksempler er søvngjengeri, hypnose, epileptiske tåketilstander, feberdelirium mv. Ordlyden skal altså tolkes sterkt utvidende, jf. NOU 1990:5 s. 43.

Som nevnt i pkt. 1.2.1, vil en (absolutt) bevisstløs person sjelden kunne foreta en handling. Ved absolutt bevisstløshet vil det derfor i praksis bare bli tale om lovbrudd begått ved unnlatelser⁴⁰.

Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus, medfører ikke straffrihet, jf. strl. § 45.

Det foreligger ikke mye rettspraksis om dom på overføring til tvungent psykisk helsevern (eller tidl. sikring) på grunnlag av bevisstløshet. Et eksempel fra nyere tid er likevel dom avsagt av Oslo Tingrett den 6. august 2007 (TOSLO-2007-10419). Siktede, som led av en grunnpsykose, stod tiltalt for overtredelse av strl. § 229, første straffalternativ, jf. § 232, for å ha skutt sin samboer i øyehulen med softgun og deretter påført henne to knivstikk. Grunnet

³⁸ Ot.prp.nr. 87 (1993-94) s. 23.

³⁹ NOU 1990:5 s. 43

⁴⁰ Se Andenæs (2004) s. 307.

følelser av å være forfulgt og overvåket, hadde han bevæpnet seg med lommelykt, kniv og softgun, og han kommuniserte via walkie-talkie i koder med «*antakelig ingen*» på fremmedspråk. Han hadde hørt stemmer som befalte ham om å drepe samboeren, og dermed forelå også forsett⁴¹. Tiltalte var så forvirret at han ikke oppdaget at fornærmede hadde fortløpende mobiltelefonkontakt med politiet under knivstikkingen. Han var også ifølge hans far «*helt utenfor*» i ca. to måneder etter episoden før han klarnet «*noe*» opp. Ettersom han hadde ruset seg den aktuelle dag, var spørsmålet i saken om bevisstløsheten var en følge av selvforskyldt rus etter strl. § 45, eller om den måtte anses som straffriende etter § 44(1).

På tross av rusinntaket, fant rettspsykiaterne intet grunnlag for å si at det var rusen som hadde forårsaket bevisstløshetstilstanden. Rus hadde riktignok spilt en rolle i fremkallelsen av siktedes psykotiske symptomer, men det var de psykotiske symptomene i sin tur – og ikke rusen – som hovedsakelig hadde fremkalt bevisstløsheten. Strl. § 45 var følgelig ikke anvendelig: «*Tingretten finner at tiltaltes bevisstløshet ikke er «en følge av selvforskyldt rus» i § 45 [sin] forstand... [T]iltaltes handlinger og reaksjonsmønster under det hendelsesforløp tiltalen omfatter synes hovedsakelig preget av og utløst av psykosen. Handlingen fremstår ikke som rus-handlinger eller som utløst av rus, selv om tiltalte også benyttet rusmidler den aktuelle dag, på samme måte som han har gjort alle dager de senere år. Det forhold at han hadde benyttet rusmidler også den aktuelle dag innebærer ikke at bevisstløsheten kan anses fremkalt av andre rusmidler i § 45 [sin] forstand.*»

Det er altså dekning i rettspraksis for å si at der årsaksrekken mellom rusinntak og bevisstløshet brytes, og mellomledet psykose skytes inn, vil siktede oppnå straffrihet etter strl. § 44(1)⁴². Tar en i betraktning de forarbeidsuttalelser som det er vist til ovenfor om de legislative hensyn bak §§ 44 og 45, kan løsningen fremstå noe betenkelig. Rus var tross alt en del av hendelsesforløpet i saken. På den annen side er det klart at årsaksrekken er en annen i disse tilfellene, og bevisstløsheten er således ikke en *direkte* «følge av» selvforskyldt rus etter strl. § 45. Ettersom vi befinner oss på legalitetsprinsippets område og lovens ordlyd er såpass klar, mener jeg at tingretten kom til et godt resultat. På nåværende tidspunkt må dommen kunne sies å uttrykke hva som er gjeldende rett i slike tilfelle. Hva Høyesterett vil komme til dersom de får seg forelagt en slik sak, er det naturligvis umulig å si noe sikkert om. Men jeg finner det lite sannsynlig at de vil tolke § 45 så sterkt utvidende som en aksept av andre (hoved)årsaker enn selvforskyldt rus vil innebære.

⁴¹ Se pkt. 1.2.4.

⁴² De skjønnsmessige formuleringene «hovedsakelig preget av» og «fremstår ikke som rushandlinger», er egnet til å fungere som retningslinjer for skjønnsmaet i disse tilfellene. Prinsipielt bedriver underrettene også rettskappende virksomhet, så formuleringene er verdt å merke seg.

2.3 Tidspunktet for den straffriende sinnstilstand

Psykosen eller bevisstløsheten må ha foreligget «på handlingstiden», jf. strl. § 44(1). Etter ordlyden skal det dermed ikke ha noe å si at psykosen eller bevisstløsheten ikke lenger er til stede på *domstidspunktet*. Var den til stede i gjerningsøyeblikket, er dette tilstrekkelig.

Det er likevel noe betenkelig å dømme en gjerningsperson som på domstidspunktet hverken er psykotisk eller bevisstløs til tvungen behandling i det psykiske helsevern⁴³. Det kan derfor spørres om ordlyden må tolkes innskrenkende i slike tilfelle.

Spørsmålet er drøftet i forarbeidene. I NOU 1990:5 på s. 74 påpeker Særreaksjonsutvalget at det må skilles mellom ulike typetilfelle. Dreier det seg om en gjerningsperson som på domstidspunktet klart ikke lenger er sinnslidende i § 44(1) forstand – og det heller ikke foreligger noen fare for tilbakefall – vil det «ikke være aktuelt med noen særreaksjon»⁴⁴. Dette fordi det i slike tilfelle ikke foreligger noe behandlingsbehov, og fordi det ikke vil være nødvendig å verne samfunnet mot en som ikke lenger har den sinnslidelse som førte til lovbruddet i utgangspunktet. Men foreligger det fare for tilbakefall, er behovet for særreaksjonen naturligvis til stede. I de sistnevnte tilfellene vil det etter Særreaksjonsutvalgets oppfatning være «en fordel med langvarig fagkyndig behandling og kontroll», og det vil dessuten «på grunn av samfunnets krav på vern være behov for en reaksjonsmulighet.» (ibid.). Alternativet er å anvende straff, noe utvalget fant å bryte alt for sterkt med prinsippet om straffrihet for utilregnelige. Departementet sluttet seg til dette, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 56.

Hovedregelen er altså at loven skal tas på ordet; sinnstilstanden på domstidspunktet er uten betydning. Et unntak gjelder der gjerningspersonens sinnslidelse på domstidspunktet *klart* er ute av verden for godt. I slike tilfelle skal vedkommende gå fri etter prinsippet om straffrihet for utilregnelige.

⁴³ For det første vil det ikke foreligge et behandlingsbehov, og for det andre vil det kunne stride mot EMK art. 5 nr.1 bokstav e, som krever at reaksjonen bare kan anvendes overfor «persons of unsound mind».

⁴⁴ NOU 1990:5 s. 74.

2.4 Kort om beviskravet

I strafferetten gjelder et prinsipp om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode («in dubio pro reo»). Prinsippet innebærer at det må fastslås med tilnærmet 100 % sikkerhet at gjerningspersonen er skyldig etter tiltalen. Dette anses som en av de fremste rettssikkerhetsgarantier innen strafferettspleien, og skal sikre at ingen uskyldige blir dømt. Prinsippet gjelder også for særreaksjonen, jf. NOU 1990:5 s. 53.

I Rt. 1979 s. 143 fastslo Høyesterett at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke ved spørsmålet om utilregnelighet som ved bedømmelsen av om tiltalte har begått den straffbare handling (s. 147). Det ble imidlertid også presisert at en overvekt av sannsynlighet ikke er tilstrekkelig. Og videre; at det hverken ut fra lov eller praksis kan utledes noe krav om en mer presis formulering av beviskravet enn dette. Høyesterett la samtlige av uttalelsene til grunn senest i Rt. 2003 s. 23.

Dermed kreves det ikke tilnærmet sikker viten for å fastslå om tiltalte var utilregnelig. Samtidig kreves det noe mer enn en alminnelig sannsynlighetsovervekt (50,01 %). Det er vanskelig å angi prosentvis hvor mye som skal til, men i lys av uttalelsen om at det ikke kan kreves en mer presis formulering av beviskravet, er dette heller ikke nødvendig. Poenget er at utilregnelighetsbedømmelsen må være *tilstrekkelig underbygget utover det sannsynlige*, uten at man behøver å nærme seg absolutt visshet. I Rt. 2003 s. 23 hadde lagmannsretten grundig drøftet utilregnelighetsspørsmålet på bakgrunn av de sakkyndiges konklusjon, deres muntlige forklaringer og de øvrige bevisene i saken, og kommet til tiltalte ikke var utilregnelig på handlingstiden. Høyesterett fant at dette var en korrekt anvendelse av bevisregelen.

3 Grunnvilkåret – «anses nødvendig for å verne samfunnet»

Dersom inngangsvilkåret om straffrihet etter § 44(1) først er oppfylt, kan retten gå videre med drøftelser av de øvrige vilkår, herunder spørsmålet om bruk av særreaksjonen «anses nødvendig for å verne samfunnet». For at ikke dette svært så sentrale vilkåret skal få en perifer plassering i fremstillingen, finner jeg det naturlig å gjøre rede for det her. Men det er verdt å merke seg at domstolene – grunnet det avhengighetsforhold som eksisterer mellom dette vilkåret og bestemmelsens øvrige vilkår – som oftest drøfter grunnvilkåret til slutt. Dette er hensiktsmessig, ettersom graden av oppfyllelse av bestemmelsens øvrige vilkår inngår som momenter

i den helhetsvurdering som skal foretas under grunnvilkåret. Især gjelder dette for vilkåret om gjentakelsesfare⁴⁵.

Vilkåret betegnes i forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori som «grunnvilkåret». Merkelappen har ingen rettslig betydning, men er valgt fordi vilkåret gir uttrykk for det primære *formålet* med særreaksjonen («verne samfunnet»)⁴⁶. Jeg er som nevnt på s. 1 av den oppfatning at også behandlingsformål inngår som ledd i særreaksjonens begrunnelse, men det råder ingen tvil om at samfunnsbeskyttelsen er den fremste grunnen til at instituttet i det hele tatt eksisterer. Dette fremgår klart av lovens forarbeider, se f.eks. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 59. Men ettersom departementet på samme sted nevner behandlingsformål og skriver at de ikke «*i seg selv*» kan begrunne reaksjonen, finner jeg dekning for å si at behandlingsaspektet i alle fall inngår som et sekundært hensyn⁴⁷. Likevel må en ikke tape av syne at samfunnsvernet er den klart fremste begrunnelse. Ordlyden i grunnvilkåret etterlater heller ingen tvil om det.

3.1 Nærmere om grunnvilkåret

Overføring til tvungent psykisk helsevern kan bare skje dersom det «anses nødvendig» for å verne samfunnet. Denne skjønnsmessige formuleringen viser at det må foretas en helhetsvurdering av om slik nødvendighet foreligger («anses»). Ordlyden «nødvendig» taler for at inngrepsterskelen er høy⁴⁸. Utover det, gir ordlyden ingen videre veiledning om hvordan selve vurderingen skal foretas og hvilke momenter som kan vektlegges.

At det skal foretas en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering fremgår allerede av NOU 1990:5 på s. 81. Hva angår inngrepsterskelen, påpekes det på s. 32 i Ot.prp. nr. 87 (1993-94) at kravene for å idømme særreaksjonen er «*meget strenge, og vil bare være oppfylt der det er absolutt nødvendig med en særreaksjon av hensyn til samfunnsbeskyttelsen.*». Uttalelsen bekrefter at inngrepsterskelen er høy. Sagt annerledes, skal ikke særreaksjonen anvendes dersom det foreligger et fullgodt alternativ (for samfunnsvern).

Når det gjelder retningslinjer for skjønnsutøvelsen, skriver departementet på s. 106 i proposisjonen at relevante momenter vil være «*hvor alvorlig kriminalitet som er begått, hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet, hvor alvorlige handlinger det er fare for, og hvilken sinnstilstand den tiltalte er i. Det må også legges vekt på hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovbrysterer, for eksempel gjennom lov om psykisk helsevern.*» De fire første er naturlige

⁴⁵ Se Jacobsen(2004) s. 57-58.

⁴⁶ NOU 1990:5 s. 81.

⁴⁷ I denne retning også Warberg (2003) s. 257 og Jacobsen (2004) s. 51.

⁴⁸ Se Eskeland (2006) s. 394.

skjønnsmomenter i en bedømmelse som denne. Når det gjelder det sistnevnte momentet, kan det spørres om det også gir uttrykk for en adgang til å vektlegge hva som for lovbyteren vil være den mest hensiktsmessige behandlingsform. Den rådende oppfatningen i juridisk teori har vært at slike hensyn ikke kan tillegges vekt⁴⁹.

For forvaringsinstituttet er spørsmålet avklart, jf. Rt. 2002 s. 1683, der førstvoterende uttalte: «*Jeg nevner at det at A selv eventuelt vil kunne ha nytte av et lengre, tilrettelagt forvaringsopphold, ikke... kan tillegges vekt ved vurderingen.*» Men forvaring skiller seg vesentlig fra dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, ved at reaksjonen er straff og bare kommer til anvendelse overfor tilregnelige. Lovbrytere som kan idømmes en særreaksjon etter § 39 var syke i gjerningsøyeblikket, og det foreligger dermed et behandlingsbehov. Rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger kan derfor tilsi at det må være en viss adgang til å legge vekt på individualpreventive hensyn i vurderingen. Det virker uforsvarlig med en rettsorden som ved et tvangsinngrep overfor en syk person ikke tar hensyn til sykdommen i noen grad. I tillegg stenger hverken ordlyden eller forarbeidene for en slik løsning. På den ene side fremhever Særreaksjonsutvalget at det er «*hensynet til samfunnsvernet som bærer reaksjonen*», jf. NOU 1990:5 s. 81. Men de skriver også på s. 72 at slike individualpreventive hensyn ikke kan tillegges «*særlig vekt*», en uttalelse som tilsier at i alle fall *noe* vekt kan legges på behandlingsaspektet⁵⁰. Videre har man den foran nevnte uttalelsen i proposisjonen om at slike hensyn ikke «*i seg selv*» kan begrunne særreaksjonen. Om en så legger til grunn at en viss vekt kan legges på behandlingsaspektet, er det likevel klart at denne vekt må være begrenset. Og selv om individualpreventive hensyn kan ligge innbakt i det fjerde momentet i listen, er det viktig å holde fast ved at også dette momentet primært skal tilgodese samfunnsvernet. Når det legges vekt på «*hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovbyteren*», er det således ikke bare til gunst for ham eller henne at dette gjøres. Primært er det for å beskytte samfunnet.

Høyesterett tar som regel utgangspunkt i forarbeidenes angivelse av de relevante momenter, se f.eks. Rt. 2003 s. 1085 og Rt. 2004 s. 1119. Men etter at dette er gjort, går de straks rett over i den konkrete vurderingen av om vilkåret er oppfylt i det enkelte tilfellet. I Rt. 2010 s. 346 foretas ikke engang noen reell vurdering, idet Høyesterett simpelthen nøyer seg med å konstatere at vilkåret er oppfylt, jf. dommen avsnitt 26.

At subsumsjonen under grunnvilkåret vanligvis er svært kortfattet, må ses i lys av at de sentrale drøftelser som oftest er gjort på forhånd. Det er nemlig slik at grunnvilkåret «*har nær sammenheng med, og glir over i, vilkåret om gjentakelsesfare.*», jf. Rt. 2003 s. 1085. Ettersom

⁴⁹ Se f.eks. Matningsdal/Bratholm (2003) s. 292.

⁵⁰ Sml. Jacobsen (2004) s. 63.

Høyesterett har for vane å foreta drøftelsen av gjentakelsesfarekriteriet (og øvrige vilkår) først, blir det lite til overs av vurderinger under grunnvilkåret. Når vilkåret er oppfylt, nøyer Høyesterett seg som oftest med å påpeke at behandling etter phvl. kap. 3 ikke vil vareta samfunnsvernet i tilstrekkelig grad, se f.eks. Rt. 2005 s. 1091, Rt. 2006 s. 1137 og Rt. 2011 s. 385. Hovedforskjellen mellom særreaksjon etter strl. § 39, jf. phvl. kap. 5 og administrativt tvungent psykisk helsevern etter phvl. kap. 3, er at påtalemyndigheten etter særreaksjonen bevarer sin partsrolle og derigjennom gis mulighet til å føre kontroll med den dømte, jf. Rt. 2002 s. 990 og Rt. 2005 s. 1091 avsnitt 22 og 23. Kontrollen innebærer at påtalemyndigheten kan følge den domfeltes behandling nøye, og at den sammen med retten gis det endelige ordet om utskrivning (opphør av reaksjonen), jf. strl. § 39b(4). På denne måten innsnevres pasientens utskrivningsmuligheter i praksis, noe som i sin tur gir et mer effektivt samfunnsvern.

Blant de nevnte høyesterettsdommene var det kun Rt. 2002 s. 990 som ikke endte med idømmelse av en særreaksjon. Saken gjaldt anke over forlenget sikringsbemyndigelse for en person som tidligere var idømt 10 års sikring for drap og hundedrap begått i psykotisk tilstand. Både persondrapet og hundedrapet var begått med kniv, og i begge tilfellene hadde hodene blitt skåret av. Det dreide seg således om svært alvorlige handlinger. Under sikringsopplegget ble den dømte behandlet med antipsykotiske medikamenter, miljøterapi og gitt rikelig med tilsyn – alt med hjemmel i phvl. kap. 3. Behandlingsopplegget hadde pågått kontinuerlig over 5 år, og resultert i en stabil ikke-voldelig atferd. På denne bakgrunn fant Høyesterett at samfunnsbeskyttelsen var tilstrekkelig varetatt, og at en særreaksjonsdom «*i dette tilfellet ikke vil bedre samfunnsvernet i særlig grad.*» Nok en gang ser vi at Høyesterett vurderte et alternativt opplegg etter phvl. kap. 3. Høyesterett la også åpenbart vekt på den gunstige sykdomsutvikling som hadde funnet sted. Etter mitt syn illustrerer dommen også at det skal en del til for å idømme særreaksjonen, dvs. at inngrepsterskelen er høy: isolert sett dreide det seg om meget alvorlige og grufulle handlinger med en viss fare for gjentakelse, men dette kunne ikke i seg selv være avgjørende når det fantes et fullgodt alternativ for å beskytte samfunnet.

I Rt. 2003 s. 1085 kom Høyesterett til at siktedes behandlingsopplegg ikke ga en adekvat samfunnsbeskyttelse, og idømte særreaksjon. I motsetning til i Rt. 2002 s. 990, dreide det seg her om et *frivillig* behandlingsopplegg i det psykiske helsevern, og ikke et tvungent opplegg etter phvl. kap. 3. Dette i kombinasjon med at siktede også hadde vist tegn til manglende samarbeidsvilje, ble utslagsgivende. Det ble også vist til en tidligere sikringskjennelse, Rt. 1999 s. 1705, og bemerket følgende: «*Når forlengelse her ikke ble gitt, hadde det blant annet sammenheng med at vedkommende allerede i noen tid hadde vært løslatt. Det var også etablert et godt sosialt og helsemessig nettverk som allerede hadde fått virke i en livssituasjon utenfor institusjon, med positive erfaringer.*» Dommen illustrerer betydningen av siktedes sosiale nettverk. I det konkrete tilfellet kan altså et solid og helsefremmende støtteapparat avdempet risikoen for nye lovbrudd så kraftig at bruk av særreaksjonen ikke vil være nødvendig.

I Borgarting lagmannsretts dom av 21. mai 2014 (LB-2013-196125-3), ble spørsmålet om grunnvilkåret var oppfylt reist på følgende måte: *«Spørsmålet... er om denne faren kan avverges på annen måte enn ved idømmelsen av en særreaksjon.»* Denne måten å stille spørsmålet på er som det har fremgått svært treffende for den gjeldende rettstilstand; særreaksjonen skal være en siste utvei for ivaretagelse av samfunnsvernet. Det skal ikke gjøres bruk av den for enhver pris, men bare når det er absolutt nødvendig.

I saken, som gjaldt frihetsberøvelse og drap av en 16 år gammel jente, ble særreaksjon idømt. De sakkyndige var enige om at tiltalte led av paranoid schizofreni, og at han hadde aktive symptomer på handlingstiden. Hans utsikter til bedring var dårlige, og risikoen for nye lovbrudd var høy dersom han ikke kom under behandling. Grunnet manglende innsikt i egen sykdom og motvilje til å behandles, ble et frivillig behandlingsopplegg sett på som helt uaktuelt. Det springende punkt var dermed om tvungen behandling etter phvl. kap. 3 kunne avhjelpe samfunnets behov for beskyttelse. Det ble vist til uttalelsene i Rt. 2005 s. 1091 om forskjellene mellom særreaksjonen og tvungen behandling etter phvl. kap. 3, og uttalt: *«De sakkyndige har understreket at kontinuitet er svært viktig i behandlingen av A, og hensynet til kontinuiteten tilsier at det tvungne helsevernet skjer innenfor rammene av en strafferettslig særreaksjon. As sykehistorie viser dessuten at psykiatrien alene ikke har greid å verne samfunnet tilstrekkelig. Til tross for at A var meget syk, kunne han - etter at tvangsvedtaket var opphevet - skrive seg ut fra frivillig innleggelse så sent som i mars 2012, mindre enn fem måneder før han drepte B.»* Tvangsinnleggelse etter phvl. kap. 3 hadde i dette tilfellet vist seg å være en inadekvat løsning for å verne samfunnet. Behovet for å utløse den forskjell som eksisterer mellom phvl. kap. 3 og særreaksjonen var altså til stede. Beskyttelse kunne bare oppnås innenfor rammene av tvungen behandling under påtalemyndighetens kontroll.

Rettspraksis viser at det stort sett bare er det avsluttende momentet i listen (*«hva slags tilbud samfunnet ellers har å gi lovbrøyteren, for eksempel gjennom lov om psykisk helsevern.»*) som drøftes under grunnvilkåret. Dette betyr imidlertid ikke at de andre momentene ikke har vært tatt i betraktning. Alle sakene viser at det er lagt betydelig vekt også på disse. I den sistnevnte dommen var det tale om et svært brutalt drap (*«hvor alvorlig kriminalitet som er begått»*), det var vist til at tiltalte uprovosert hadde utøvet vold mot og nesten drept en person ved en tidligere anledning (*«hvor stor sannsynlighet det er for ny kriminalitet»*), og det ble tillagt stor vekt at han led av paranoid schizofreni og hadde liten innsikt i eget sykdomsbilde (*«hvilken sinnstilstand den tiltalte er i»*).

Fremfor alt viser rettspraksis at inngrepsterskelen er høy.

3.2 «samfunnet»

Spørsmålet her er hva som menes med lovtekstens formulering «samfunnet». Problemstillingen kan omformuleres til et spørsmål om hvem som er rettighetssubjekter etter § 39, dvs. hvem særreaksjonen skal verne⁵¹.

Ordlyden alene gir ikke noe svar, men reiser derimot ytterligere spørsmål. For det første kan det spørres om det bare siktes til det norske samfunnet, eller om en fare gjerningspersonen representerer utenfor riket også kan tas i betraktning. For det andre oppstår spørsmålet om det bare er fysiske personer som er omfattet, eller om også juridiske personer og dyr kan være det⁵².

Spørsmålene er ikke omtalt i forarbeidene, og det foreligger lite rettspraksis.

Når det gjelder det første spørsmålet, taler mangelen av rettskildemessige holdepunkter alene for at det bare siktes til det *norske* samfunnet. En utvidelse til å gjelde utlandet skaper en rekke kompliserte rettsspørsmål som en må kunne forvente at hadde vært behandlet i lovforarbeidene. Det kan også vises til rettspraksis om forvaring, se f.eks. TNAMD-2007-120839, der retten uttalte: «*Retten har vurdert forvaring, men har i likhet med aktor kommet til at dette ikke er en aktuell reaksjonsform da det foreligger et gyldig utvisningsvedtak på tiltalte.*» Det er ingen grunner som tilsier at løsningen etter strl. § 39 bør være annerledes enn ved forvaring.

Når det gjelder det andre spørsmålet, kommer en langt på vei ved å foreta en systeminnrettet tolkning. Ser en på lovbruddskategoriene i § 39 nr.1 og nr.2, oppdager en at lovbruddene må ha krenket «andres liv, helse eller frihet» eller utsatt disse rettsgodene for fare. Etter vanlig språkbruk anvendes ikke betegnelsen «andres» om hverken dyr eller juridiske personer. Dette er et klart holdepunkt for at bare fysiske personer kan være rettighetssubjekter etter bestemmelsen. Hundedrap var riktignok en av forbrytelsene i Rt.2002 s.990, men hundedrapet inngikk i en vurdering av hvilken fare vedkommende utgjorde for mennesker.

Konklusjonen er at det kun er fysiske personer i det norske samfunnet som skal vernes etter bestemmelsen.

⁵¹ Se Jacobsen (2004) s. 54.

⁵² (ibid.)

3.3 «kan»

Ordlyden («kan... overføres») taler for at domstolene kan *avstå* fra å gjøre bruk av særreaksjonen, selv om grunnvilkåret (og bestemmelsens øvrige vilkår) er oppfylt. Med andre ord at det kan utøves et ytterligere skjønn. Særreaksjonsutvalget fremholder at vilkåret har «*liten selvstendig betydning*» og at det vil «*neppe være plass for en ny skjønnsmessig vurdering av om reaksjonen bør idømmes.*», jf. NOU 1990:5 s. 81. Uttalelsene kan tas til inntekt for at muligheten holdes åpen, men at det skal mye til. I Rt. 2003 s. 1085 uttalte Høyesterett: «*Jeg går så over til en drøftelse av om det kan og bør gis dom på overføring til tvungent psykisk helsevern...*», jf. avsnitt 12. Dette peker klart i retning av at Høyesterett tillegger vilkåret selvstendig betydning.

Hensynet til samfunnsvernet taler mot en slik adgang, mens hensynet til den domfelte taler for⁵³. For forvaring er rettstilstanden avklart, jf. Rt. 2002 s. 1667. Høyesterett uttalte her at § 39c er en «kan-regel», men at det må foreligge «*spesielle omstendigheter*» hvis forvaring likevel ikke skal idømmes. Rt. 2002 s. 1677 tilføyer at ung alder kan være et moment av betydning i en slik vurdering. At § 39 har samme utforming, taler for å legge samme løsning til grunn for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern⁵⁴. På den annen side; forvaring er straff, og av den grunn er det kanskje et enda større behov for en sikkerhetsventil i form av et «kan»-skjønn i de tilfellene. Det er ikke innlysende at forvaringsdommene skal kunne ha overføringsverdi. Dessuten kan det spørres om det i det hele tatt er behov for et kan-skjønn ved siden av grunnvilkåret. Vurderingstemaet under nødvendighetskriteriet er bredt nok til å fange opp betraktninger om hvorvidt en særreaksjon «*bør*» anvendes.

Uttalelsene i Rt. 2003 s. 1085 kan uansett ikke ignoreres. Ettersom både dommen og forarbeidene peker i retning av at § 39 er en «kan»-regel, må dette legges til grunn. Følgelig vil også dommene om forvaring være relevante, i og med at særreaksjonene vil være overlappende på dette punkt (se pkt. 1.2.3).

Gjeldende rett er at § 39 er en «kan»-regel, men at det skal mye til («*spesielle omstendigheter*») for at skjønnet får selvstendig betydning.

⁵³ Se Jacobsen (2004) s. 137 og 133.

⁵⁴ (ibid. s. 135).

4 Tilleggsvilkårene i § 39 nr.1 og nr.2 – krav til lovbruddet og gjentakelsesfare

4.1 Generelt

Strl. § 39 (1) 2.pkt. fastsetter at overføring til tvungent psykisk helsevern bare kan skje «når vilkårene i nr 1 eller nr 2 er oppfylt.» Vilrårene det her vises til oppstiller krav om at tiltalte må ha begått eller forsøkt å begå et nærmere angitt lovbrudd, og at det må foreligge gjentakelsesfare.

Det må dreie seg om et *kvalifisert og artsbestemt* lovbrudd. Kvalifisert ser en at lovbruddet må være ved at kun forbrytelser – og ikke forseelser – er omfattet, og ved at forbrytelsen må være av en viss alvorsgrad. Etter nr. 1 må forbrytelsen være «alvorlig», mens den etter nr. 2 bare behøver å være «mindre alvorlig». At lovbruddene er *artsbestemte* følger av lovtekstens oppstilling av lovbruddskategorier, som alle viser at det må dreie seg om integritetskrenkelser⁵⁵. Nr.1 oppstiller en rekke kategorier (voldsforbrytelse, seksualforbrytelse mv.), og avslutter med den mer løselig angitte samlekategori «annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare.» Kategoriene er de samme etter nr.2.

Lovbruddskategoriene er formet ut fra erfaringer om hva slags lovbrudd sinnslidende vanligvis begår i praksis⁵⁶. De er uttømmende i den forstand at forbrytelsen alltid må bestå i en integritetskrenkelse. Eksempelvis vil ikke tyveri (strl. § 257) kunne gi grunnlag for bruk av særreaksjonen⁵⁷. Men som Særreaksjonsutvalget påpeker i NOU 1990:5 på s. 86: «*Verken i lovteksten, eller i motivene vil det kunne angis uttømmende hvilke forhold som kan tas i betraktning.*» Det er derfor overlatt til domstolene å avgjøre hvilke forhold som kan subsumeres under de ulike kategoriene⁵⁸.

Høyesterett har bl.a. fastslått at flere forbrytelser kan kumuleres ved spørsmålet om alvors-terklene er oppfylt, jf. Rt. 2002 s. 1683 og Rt. 2004 s. 606. I førstnevnte sak ble det uttalt: «*[j]eg er enig i at voldshandlingene i sammenheng med de grove truslene samboeren ble utsatt for er alvorlige forbrytelser i henhold til § 39c nr.1 første punktum.*», og i den andre: «*Når det som her gjelder overtredelser av begge bestemmelser, må overtredelsene ses i sam-*

⁵⁵ Se Eskeland (2006) s. 394.

⁵⁶ NOU 1990:5 s. 83.

⁵⁷ Forutsatt at tyveriet ikke samtidig krenket eller truet de rettsgoder bestemmelsen verner om.

⁵⁸ NOU 1990:5 s. 84.

menheng.» Forutsetningen må naturligvis være at det gjelder straffebud som hver for seg i prinsippet kan gi grunnlag for bruk av særreaksjonen⁵⁹.

Ordlyden («begått eller forsøkt å begå») viser at ikke bare fullbyrdede forbrytelser, men også forsøk på sådanne kan gi grunnlag for bruk av særreaksjonen. Begrunnelsen for dette er at *«også forsøkshandlinger kan gi tilstrekkelig grunnlag til å konstatere farlighet. I slike tilfeller vil lovbyrteren ha hatt fullbyrdesforsett, og det kan bero på rene tilfældigheter at fullbyrdelse ikke har skjedd.»*, jf. NOU 1990:5 s. 84. Som Jacobsen (2004) skriver på s. 82, må forutsetningen være at forsøk er gjort straffbart i forhold til det aktuelle straffebudet. Ettersom strl. § 49 gjør forsøkshandlinger straffbare på generelt grunnlag, vil det i praksis sjelden oppstå problemer rundt dette.

Kravet til gjentakelsesfare ligger i kjernen av begrunnelsen for særreaksjonen, jf. NOU 1990:5 s. 85. Det er faren for at lovbyrteren atter en gang vil begå alvorlig integritetskrenkende kriminalitet som gjør det nødvendig å verne samfunnet. Det er her verdt å merke seg en forskjell fra reglene om forvaring i strl. § 39c. Mens det etter forvaringsinstituttet kreves at tiltalte «utsatte» noens liv, helse eller frihet for fare, er kravet etter § 39 nr.1 og nr. 2 at disse rettsgodene «kunne» utsettes for fare. Begrunnelsen for at en *abstrakt farefremkallelse* er tilstrekkelig etter § 39 nr. 1 og nr. 2, er dels at *«handlinger som bare innebærer en abstrakt fare, lettere vil indikere farlighet når de er begått av utilregnelige personer.»*, jf. NOU 1990:5 s. 85. Den andre delen av begrunnelsen er at man overfor de tilregnelige har den tidsbestemte straffen i bakhånd, mens de utilregnelige ellers skal gå fri, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 59. For at ordlyden «kunne» ikke skal rekke alt for vidt, presiserer forarbeidene at den aktuelle faren må være alvorlig og reell – i motsetning til rent hypotetisk, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 107. Hvorvidt den er det, må avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

⁵⁹ Se Jacobsen (2004) s. 85.

4.2 Lovbruddskategoriene etter § 39 nr.1

4.2.1 Alvorlig voldsforbrytelse

Ordlyden etterlater ingen tvil om at drap (§ 233) og grov legemsbeskadigelse (§ 231) omfattes, hvilket bekreftes av Ot.prp.nr. 87 (1993-94) på s. 106. På samme sted skriver departementet at også vanlig legemsbeskadigelse etter § 229 kan gi grunnlag for en særreaksjon, «*men da særlig dersom den uforsettlig følgeskaden var død eller betydelig skade (jf tredje straffalternativ)*». Og videre, at dersom slik følgeskade inntreffer etter en legemsfornærmelse (§228 andre ledd andre straffalternativ), «*skal det heller ikke utelukkes at overtredelsen blir møtt med en særreaksjon.*»

Uttalelsene synes å utelukke § 228(1). Dette samsvarer også godt med ordlyden, da det er lite naturlig å betegne en vanlig legemsfornærmelse (uten følgeskader) som en «alvorlig» voldsforbrytelse. Når det gjelder § 228(2) *andre* straffalternativ, påpekes det at det ikke skal «*utelukkes*» at den kan gi grunnlag for bruk av særreaksjonen. Når dette må fremheves uttrykkelig, er det naturlig å legge til grunn at § 228(2) *første* straffalternativ *skal* utelukkes (antitetisk tolkning). Der første straffalternativ i § 228(2) har legemsskade eller betydelig smerte som følgeskade, har andre straffalternativ betydelig skade eller død. Det harmonerer godt med ordlyden å anse andre straffalternativ som en «alvorlig» forbrytelse. Etter min mening ligger det heller ikke utenfor en vanlig språklig forståelse å anse en følgeskade etter første straffalternativ som alvorlig. Forarbeidsuttalelsene gir imidlertid et klart holdepunkt for å utelukke første straffalternativ. Som støtteargument kan det også nevnes at forhold etter første straffalternativ vil kunne fanges opp av vilkåret «mindre alvorlig» forbrytelse i § 39 nr.2.⁶⁰ Etter dette legges det til grunn at det i henhold til § 228, bare er (2) *andre* straffalternativ som vil kunne omfattes.

Når det gjelder legemsbeskadigelse etter § 229, knytter tvilen seg i første rekke til om første og andre straffalternativ kan medføre bruk av særreaksjonen. Uttalelsen om at tredje straffalternativ er mest kurant («*da særlig*»), stenger ikke for at første og andre straffalternativ etter omstendighetene kan være aktuelle. Men det er all grunn til å ta uttalelsen til inntekt for at det skal mer til etter disse alternativene.

Rt. 2004 s. 1119 gjaldt en mann som tidligere var idømt sikring etter å ha skadet en person med metallstang, jf. strl. § 229 første straffalternativ, jf. § 232. Spørsmålet var om dette utgjorde en «alvorlig voldsforbrytelse» etter § 39 nr. 1, slik at sikring kunne omgjøres til tvung-

⁶⁰ Se Jacobsen (2004) s. 88.

ent psykisk helsevern. Førstvoterende tok utgangspunkt i Rt. 2003 s. 1257, som gjaldt forvaring. I den dommen ble det uttalt at en overtredelse av § 229 første straffalternativ *ikke* kan gi grunnlag for dom på forvaring, med mindre § 232 om særdeles skjerpene omstendigheter samtidig kommer til anvendelse. På bakgrunn av dette, reiste førstvoterende (i Rt. 2004 s. 1119) spørsmålet om «*paragraf § 39 nr. 1 og § 39 c nr. 1, begges første punktum, stiller forskjellige krav til hva som er en «alvorlig voldsforbrytelse».*» Det ble vist til at forarbeidene «*klart [trekker] i retning av at bestemmelsene om tvungent psykisk helsevern og forvaring var ment å være sammenfallende for så vidt angår kravet til alvorlig voldsforbrytelse, jf. Ot.prp.nr.87 (1993-1994) side 106 annen spalte og side 111 første spalte.*» Etter dette la førstvoterende til grunn at uttrykket «alvorlig voldsforbrytelse» i § 39 nr.1 må forstås på samme måte som i § 39c nr.1. Metallstangen ble ansett som et særlig farlig redskap etter § 232, og med det kunne § 232 og § 229 første straffalternativ anvendes samtidig. Måten tiltalte hadde brukt metallstangen på, utgjorde en betydelig fare for fornærmedes liv og helse, og vilkåret «alvorlig voldsforbrytelse» var således oppfylt.

Dermed er det klart at en overtredelse av § 229 første straffalternativ alene (dvs. uten særdeles skjerpene omstendigheter etter § 232), ikke vil kunne oppfylle vilkåret⁶¹. Det neste spørsmålet blir hvordan det stiller seg med § 229 andre straffalternativ. Fordi andre straffalternativ er mer graverende enn det første⁶², leder en «fra det mindre til det mer»-betraktning til at andre straffalternativ i kombinasjon med § 232 vil kunne oppfylle vilkåret. Det interessante spørsmålet er om § 229 andre straffalternativ *i seg selv* kan utgjøre en «alvorlig voldsforbrytelse».

Det foreligger ingen høyesterettsdommer som har tatt stilling til spørsmålet, da alle (særreaksjons)sakene som har vært oppe for Høyesterett har angått § 229 andre straffalternativ i kombinasjon med § 232. Jeg har heller ikke funnet noen tingretts- eller lagmannsrettsdommer der spørsmålet har vært reist. Teorien inntar heller ikke noe klart standpunkt, men synes å forutsette at § 232 må anvendes samtidig, jf. f.eks. Matningsdal/Bratholm (2003) s. 295 andre avsnitt. Andre straffalternativ i § 229 angår legemsbeskadigelse som har medført enten sykdom, arbeidsvarighet utover 2 uker eller uheldelig lyte, feil eller skade. Å anse en slik legemsbeskadigelse som en «alvorlig forbrytelse» på selvstendig grunnlag, er etter min mening ikke uforenlig med ordlyden i § 39 nr.1. Likevel må det være klart at en her befinner seg i ordlydens randsone. Mangelen på rettskildemessige holdepunkter og det at legalitetsprinsippet derfor kan anføres som et motargument, gjør det nok mest riktig å legge til grunn at § 229 andre straffalternativ ikke på selvstendig grunnlag kan oppfylle vilkåret.

⁶¹ I RG-2011-498 ble ikke engang § 229 første straffalternativ i kombinasjon med § 232 ansett tilstrekkelig.

⁶² Dette gjenspeiles i strafferammen angitt i lovteksten. Øvre strafferamme etter første alternativ er 4 år, mens den etter andre alternativ er 6 år.

Konklusjonen i henhold til § 229 er at tredje straffalternativ klart omfattes, men at første og andre straffalternativ er avhengig av at § 232 samtidig kommer til anvendelse.

Det har vært reist spørsmål om *uaktsomme* voldsforbrytelser undertiden kan oppfylle vilkåret «alvorlig voldsforbrytelse» i § 39 nr.1. Domstolene har enda ikke fått seg forelagt spørsmålet, og forarbeidene kommenterer problemstillingen kun i forhold til reglene om forvaring. Om uaktsomhetsforbrytelser kan danne grunnlag for forvaring, uttaler departementet at slike forbrytelser «normalt» ikke vil være omfattet, se Ot.prp. nr. 87 (1993-94) på s. 111. Uttalelsen viser at det skal en del til, men at muligheten holdes åpen. Spørsmålet blir om uttalelsen har tilstrekkelig med overføringsverdi til å kunne legges til grunn også for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Matningsdal/Bratholm (2003) synes på s. 295 å mene det, og begrunner sitt standpunkt med at «*behovet kan være stort dersom det foreligger en betydelig gjentakelsesfare, og det ikke finnes noen annen praktisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet.*» Begrunnelsen gis tilslutning av Jacobsen (2004) på s. 89. Sistnevnte viser til at man overfor tilregnelige lovbrøyttere har den tidsbestemte straffen i bakhånd, noe man ikke har overfor de utilregnelige. Hensynet til samfunnsvernet tilsier da at en også bør kunne verne seg mot uaktsomme voldsforbrytelser. På den annen side, som Jacobsen (2004) fremhever på s. 90, er det klart at straffverdigheten er mindre ved uaktsomhet enn den er ved forsett, hvilket må tilsi «*ein restriktiv bruk av instituttet.*»

Ut fra et samfunnsvernsperspektiv, har teoriens standpunkt mye for seg. Alternativet er å la disse lovbrøytterne gå fri, noe som er en utilfredsstillende løsning dersom det faktisk foreligger et behov for samfunnsbeskyttelse. Samtidig må det spinkle rettskildegrunnlaget anses problematisk, da vi befinner oss på legalitetsprinsippets område. Det kan også vises til at lovgiver hadde all foranledning til å ta opp spørsmålet i forhold til § 39 nr.1, slik den gjorde med § 39c nr.1. At dette ikke ble gjort, kan tas til inntekt for at uaktsomhetsforbrytelser ikke omfattes etter § 39 nr.1. På den annen side stenger ikke ordlyden for å la uaktsomhetsforbrytelser være omfattet. Dette må i kombinasjon med de sterke reelle hensynene som gjør seg gjeldende anses avgjørende. De nevnte betenkeligheter skaper imidlertid et klart behov for å trekke en skarp nedre grense i forhold til hvilke straffebud som kan være aktuelle. Det er etter min mening ikke mulig å presse andre uaktsomhetsforbrytelser enn uaktsomt drap inn under ordlyden «alvorlig voldsforbrytelse» i § 39 nr. 1. Jacobsen (2004) nevner på s. 90 at uaktsom legems-skade (strl. § 237) muligens også er aktuell, men stiller seg samtidig sterkt tvilende til dette.

Til sist nevner jeg at både teorien og Riksadvokaten viser til § 233a og § 132a, som aktuelle⁶³. På bakgrunn av det som ovenfor er skrevet, må det være klart at disse bestemmelsene vil kunne omfattes etter en konkret vurdering. § 233a setter straff for å ha inngått avtale om å begå grov legemsbeskadigelse eller drap. § 132a setter straff for den som rettsstridig har motarbeidet en aktør i rettsvesenet eller dennes nærmeste, ved å begå vold, skadeverk eller fremsette trusler. Aksepterer en først at uaktsomt drap etter § 239 kan medføre bruk av særreaksjonen, må det samme gjelde for § 233 a og § 132 a, som har høyere strafferammer.

4.2.2 Alvorlig seksualforbrytelse

Umiddelbart tenker en på voldtekt (§ 192) og seksuell omgang med barn under 14 år (§ 195). Det er ikke tvilsomt at en overtredelse av disse straffebudene vil kunne utgjøre en «alvorlig seksualforbrytelse», jf. NOU 1990:5 s. 84 og Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 106. Også § 193 (seksuell omgang ved misbruk av stilling, avhengighetsforhold, tillitsforhold mv.) er uttrykkelig nevnt i forarbeidene (ibid.). Spørsmålet blir hvilke av de andre straffebudene i strl. kap. 19 (seksualforbrytelser) som vil kunne oppfylle vilkåret. I teorien er det lagt til grunn at «[a]vhengig av de nærmere omstendigheter vil antakelig også andre alvorlige seksuallovbrudd kunne danne grunnlag for en særreaksjon», se Matningsdal/Bratholm s. 295.

Et straffebud som det er nærliggende å vurdere er § 196(1) om seksuell omgang med barn under 16 år. I Rt. 2004 s. 606, som gjaldt forvaring, var det på det rene at tiltalte hadde overtrådt både § 195(1) andre straffalternativ og § 196(1). Om § 196(1) ble det uttalt: «Bestemmelsen i § 196 er ikke nevnt [i forarbeidene, min uth.]. Selv om det understrekes i forarbeidene at de straffebud som omfattes av første punktum i § 39 c nr. 1 ikke kan angis presist, og at rettspraksis må trekke grensen for hvilke lovbrudd som i det enkelte tilfellet er tilstrekkelig alvorlige, kan det ikke være uten betydning at § 196 ikke nevnes.» Av dette er det klart at det må legges en viss vekt på at § 196 ikke er omtalt i forarbeidene. Førstvoterende viste så til at strafferammen i § 195(1) er dobbelt så høy som i § 196(1), og kom deretter med følgende prinsipputtalelse: «Jeg ser det da slik at det skal mye til før en overtredelse av § 196 første ledd vil kunne være en alvorlig seksualforbrytelse innenfor rammen av straffeloven § 39 c. Ved overtredelser av § 195 skal det atskillig mindre til, men heller ikke da vil enhver overtredelse uten videre kunne betegnes som en alvorlig seksualforbrytelse.» Det ble også påpekt at overtredelsene måtte ses i sammenheng, jf. pkt. 4.1.

Selv om Høyesterett her uttalte seg om § 196(1) «innenfor rammen av straffeloven § 39c», må dommen kunne tas til inntekt for at § 196(1) i alle fall kan være *omfattet* av § 39 nr.1. Dette

⁶³ Se Matningsdal/Bratholm (2003) s. 295 og Riksadvokatens rundskriv nr. 4/2001 s. 4.

fordi ordlyden er lik etter begge bestemmelser («alvorlig seksualforbrytelse»), og det er ingenting som skulle tilsi at forbrytelsen blir noe mindre alvorlig ved at den er begått av en sinnslidende. Samfunnets behov for beskyttelse er akkurat det samme i begge henseender. Dessuten er det riktig som Jacobsen (2004) påpeker på s. 92, at lovgiver har «*sett med særs alvorlige øye på seksuell omgang med mindreårige*»⁶⁴, noe som taler for at § 196(1) etter omstendighetene vil kunne oppfylle den påkrevde alvorsgrad også etter § 39 nr.1. Mer tvilsomt er det om uttalelsen om at det skal «*mye til*», kan gis overføringsverdi. Det som skaper tvilen, er formuleringen i dommen om at «*[k]ravet til lovbruddets alvor må ses i lys av at forvaring, som tidsubestemt straff, er en særdeles tyngende reaksjon.*», jf. avsnitt 12. I alle fall formelt, er forvaring et tyngre inngrep i den personlige integritet enn hva overføring til tvungent psykisk helsevern er. Dette taler for at man kan tillate seg å være noe mindre varsom etter § 39 nr.1. Slik jeg leser dommen, har denne forskjell mellom særreaksjonene satt sitt preg på utformingen av domspremissene. Det kan da ikke uten videre legges til grunn at det skal «*mye til*» for å anse en overtredelse av § 196(1) som alvorlig etter § 39 nr.1. På dette punkt er dommen for spesifikt innrettet mot forvaring til å ha overføringsverdi. Etter gjeldende rett kan uansett § 196(1) gi grunnlag for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Hvor mye som skal til, er mer usikkert. Trolig skal det noe mindre til enn etter § 39c.

Incestbestemmelsene i §§ 197 og 199 har begge 5 år som øvre strafferamme, og vil antakeligvis hver for seg kunne oppfylle alvorsgraden. I praksis vil det ofte også dreie seg om voldtekt i slike saker, slik at bestemmelse(n)e vil anvendes i konkurrans med § 192. I så fall er vilkåret klart oppfylt.

Forbrytelser som blotting, kinking og annen «uanstendig atferd» etter § 201 er neppe alvorlige nok⁶⁵.

4.2.3 Alvorlig frihetsberøvelse

Ifølge forarbeidene omfattes «*først og fremst*» den kvalifiserte frihetsberøvelse etter § 223(2), men det understrekes samtidig at vanlig frihetsberøvelse (§223(1)) og tvang (§ 222) kan lede til en særreaksjonsdom, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 107 og NOU 1990:5 s. 84. § 224 om menneskehandel er utvilsomt alvorlig, men er neppe representativ for hvilke forbrytelser sinnslidende vanligvis begår i praksis.

⁶⁴ Se f.eks. Prop. 97 L (2009-10), som økte strafferammen i § 196(1) fra 5 til 6 år.

⁶⁵ Sml. Jacobsen (2004) s. 92.

4.2.4 Alvorlig ildspåsettelse

Ordlyden dekker i alle fall mordbrannparagrafen (§ 148). Forarbeidene bekrefter dette, og legger til at også §§ 291 (skadeverk) og 292 (grovt skadeverk) etter omstendighetene kan danne grunnlag for en særreaksjon⁶⁶. Departementet uttaler på s. 107 i proposisjonen at «[d]ette vil særlig gjelde når det skyldes tilfældigheter at handlingen ikke medførte slik fare at § 148 ble aktuell, men at det likevel i det konkrete tilfellet er 'voldt ... fare for noens liv eller helbred', jf. § 292 annet ledd. Imidlertid vil slike ildspåsettelser lettere falle inn under det neste alternativet.» Som eksempel på at domstolene heller subsumerer grove skadeverk under «det neste alternativet» («annen alvorlig forbrytelse...»), kan det vises til LB-2007-108574: «Etter rettens syn kan det være noe tvilsomt om brannen objektivt sett utgjorde en fare for andres liv eller helse [etter § 292(2), min uth.] ... For retten er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette, idet retten finner det klart at det grove skadeverket under enhver omstendighet utgjør en «annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare»».

Riksadvokaten tar til orde for at en uaktsom ildspåsettelse etter § 151 vil kunne være aktuell⁶⁷. I denne retning også Matningsdal/Bratholm (2003) s. 296. Strafferammen etter § 151 er 3 år, akkurat som etter § 239 (uaktsomt drap) første straffalternativ. Konsekvenshensyn tilsier da at uaktsom ildspåsettelse etter omstendighetene må kunne omfattes.

4.2.5 Annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller kunne utsette disse rettsgodene for fare

Samlekategorien ble inntatt i lovteksten fordi det er vanskelig å angi virkeområdet for særreaksjonen uttømmende og presist.⁶⁸ Ordlyden («annen») viser at veiledning kan hentes fra de andre kategoriene (strafferammer, straffverdighet mv.). Videre kan en utlede av ordlyden at det må dreie seg om forbrytelser mot den personlige integritet («liv, helse eller frihet»), og at en abstrakt farefremkallelse er nok («kunne utsette disse rettsgodene for fare»), jf. pkt. 4.1. Forarbeidene fremhever spesielt brudd på bestemmelsene i strl. kap. 14 om «Almenfarlige forbrydelser». Spesielt vil §§ 153 (tilsetting av gift), 151a (flykapping), § 151b (datakriminali-

⁶⁶ NOU 1990:5 s. 84.

⁶⁷ Se Riksadvokatens rundskriv nr.4/2001 s. 4.

⁶⁸ NOU 1990:5 s. 86 og Jacobsen (2004) s. 94.

tet) og § 155 (påføre andre HIV) være aktuelle⁶⁹. Forarbeidene nevner også alvorlige tilfeller av ran (§ 267 og § 268), trusler (§ 227) og sprenging (§ 148)⁷⁰.

I Borgarting lagmannsretts dom av 29. august 2013 (LB-2013-79043), ble tiltalte dømt til tvungent psykisk helsevern for gjentatte overtredelser av § 219(2) om grov mishandling i nære relasjoner. Det dreide seg her om mishandling av ektefelle og tre barn over en periode på ca. 9 år. Forholdene ble subsumert under samlekategori: «*Så omfattende og langvarig overtredelse av straffeloven § 219 annet ledd som det er tale om her, faller utvilsomt inn under kategorien «alvorlig forbrytelse som krenker andres liv, helse eller frihet».*» Strafferammen etter annet ledd er 6 år. Etter omstendighetene vil nok også første ledd (strafferamme 4 år) kunne være aktuell. Man kan f.eks. forestille seg et tilfelle der mishandlingen så vidt ikke har vært grov nok til å aktivere annet ledd, men likevel påførte fornærmede store lidelser over en lengre periode.

At abstrakt farefremkallelse omfattes, reiser spørsmålet om betydningen av trusler. Om trusler heter det i forarbeidene: «*Ved trusler vil en særreaksjon særlig være aktuell der det trues med forbrytelser som er nevnt i oppregningen foran.*»⁷¹ Med «*oppregningen foran*» siktes det til de straffebud som eksplisitt er nevnt i forarbeidene. Formuleringen «*særlig aktuell*» viser at en særreaksjon også vil kunne være aktuell ved trusler om andre alvorlige integritetskrenkelser enn de uttrykkelig nevnte. Dernest presiseres skjønnsstemaet nærmere: «*Vanligvis må det kreves at trusselen var alvorlig ment, slik at det objektivt sett var en fare for at den ville bli realisert.*» Formuleringen «*vanligvis*» viser at dette likevel bare er et utgangspunkt og en hovedregel. Det oppstilles så et unntak: «*Imidlertid kan også trusler som ikke var alvorlig ment, men blir oppfattet slik, være egnet til å framkalle alvorlig frykt. Dette er nok etter § 227, og det kan etter omstendighetene føre til en særreaksjonsdom. I unntakstilfeller kan det også være nok at det er fare for at lovbrøyteren skal komme med nye tilsvarende trusler.*»

I Rt. 2006 s. 1137 hadde tiltalte truet noen kvinner på livet. I to av tilfellene hadde han fulgt etter dem. Førstvoterende anså «*særlig den første trusselen, hvor A løp etter D med kniv og truet med å skjære av henne ørene*», som tilstrekkelig kvalifisert. Dommen illustrerer unntaket om at en særreaksjon kan bli resultatet selv om det ikke er bevist at truslene var alvorlig ment: «*Hvorvidt truslene var alvorlig ment, kan ikke være avgjørende. De var uansett av en slik art og fremsatt under slike omstendigheter at de etter mitt syn må anses som en annen alvorlig forbrytelse i § 39s forstand.*» Hvorvidt en trussel er alvorlig nok, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

⁶⁹ Se Jacobsen (2004) s. 94.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 107.

⁷¹ Ot.prp.nr. 87 (1993-94) s. 107.

Rt. 2008 s. 1491 er også interessant i denne forbindelse. Saken dreide seg riktignok ikke om idømmelse av en særreaksjon, men dommen angir rettstilstanden for trusler i forholdet mellom pasient og helsepersonell. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens uttalelse om at «[t]ungtveiende hensyn taler for at pasienter fritt skal kunne snakke med helsepersonell - især med psykiatere og psykologer - om sine tanker og følelser, også om de mest belastende, som drapstanker... Risiko for at deres uttalelser og betroelser skal kunne påføre dem straffansvar, vil kunne ødelegge det grunnleggende tillitsforholdet mellom pasient og behandler, og i sin tur redusere behandlingsmulighetene.» Høyesterett bemerket: «Etter mitt syn skal det... en del til før utsagn som er fremsatt under konsultasjon med psykiater eller psykolog, kan anses som en straffbar trussel.» Men det er likevel ikke helt fritt frem: «Dette - noe reduserte - hensynet til fortrolighet mellom pasient og psykiater må veies opp mot hensynet til de interesser straffebudet skal beskytte.» Det foreligger slik jeg ser det ingen hensyn som taler mot å gi dommen overføringsverdi til § 39. Uttalelsene i dommen fremstår for det første som helt generelle. Dessuten er særreaksjonen i noen grad begrunnet i behandlingshensyn, og slike hensyn må kunne slå til i tilfeller som disse. En svekkelse av tillitsbåndet mellom pasient og helsepersonell vil i stor grad vanskeliggjøre behandlingsutsiktene, noe samfunnet ikke er tjent med. Et behandlingsopplegg basert på tillit er mer konstruktivt, og vil dermed indirekte også kunne bidra til økt samfunnsvern. Når både domspremissenes generelle natur og sterke reelle hensyn taler for å gi dommen overføringsverdi, synes løsningen sikker. Det må kreves noe mer enn ellers for å anse en trussel som tilstrekkelig kvalifisert i disse tilfellene.

Når det gjelder hvilke andre lovbrudd som omfattes av samlekategorien, er det foreløpig liten veiledning å hente fra rettspraksis. I juridisk teori er det lagt til grunn at alvorlige narkotikaforbrytelser etter § 162(2) og (3) må kunne omfattes⁷². Dette til tross for at regelen er den motsatte ved forvaring, jf. NOU 1990:5 s. 114 og Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 111. Forskjellen er nok en gang begrunnet med at man ved forvaring har den tidsbestemte straffen i bakhånd⁷³. Såfremt den grove narkotikaforbrytelsen krenket eller truet noens liv, helse eller frihet, må den etter mitt syn kunne danne grunnlag for tvungent psykisk helsevern. Strafferammene på henholdsvis 10, 15 og 21 år gjør det klart at det er tale om alvorlig kriminalitet. Av andre aktuelle bestemmelser nevner Jacobsen (2004) på s. 95 enkelte brudd på våpenloven, jf. våpenl. § 33, dersom de samtidig har hatt en følge som medførte overtredelse av en (eller flere) av bestemmelsene i strl. §§ 229 flg. Vi har tidligere sett at flere lovbrudd kan kumuleres, jf. pkt. 4.1. Det vil her først og fremst være overtredelsene av §§ 229 flg. som gjør særreaksjonen aktuell, og ikke bruddene på våpenloven i seg selv. Dette fordi våpenloven verner om de ak-

⁷² Se Matningsdal/Bratholm (2003) s. 297 og 316.

⁷³ (ibid.)

tuelle rettsgodene (liv, helse og frihet) mer indirekte. Den inneholder først og fremst regler om erverv, innførsel, utførsel og tilvirkning av skytevåpen. At brudd på våpenloven kan ses i sammenheng med brudd på bestemmelser som mer direkte krenker eller truer rettsgodene, slik at forholdene samlet sett utgjør en alvorlig forbrytelse, må uansett være riktig.

4.3 § 39 nr.2 – mindre alvorlig forbrytelse

Hvis tiltalte tidligere har begått en alvorlig forbrytelse av samme art som nevnt i nr.1, utvides særreaksjonens virkeområde til også å omfatte mindre alvorlige forbrytelser. Begrunnelsen er at en mindre alvorlig forbrytelse vil kunne indikere gjentakelsesfare dersom det kan konstateres et atferdsmønster basert på alvorlig integritetskretnkende kriminalitet⁷⁴. Vedkommende er f.eks. tidligere domfelt for en rekke grove legemsbeskadigelser, mens han denne gangen «bare» ga en ørefik. Objektivt foreligger det her kun legemsfornærmelse etter § 228(1), men forgåelsen vil i kombinasjon med de tidligere alvorlige forbrytelser kunne indikere farlighet.

Ordlyden «mindre alvorlig» tilsier likevel at det ikke kan dreie seg om helt bagatellmessige forhold. En viss alvorsgrad må oppfylles, selv om det ikke kreves like graverende (evt. straffverdige) forhold som etter nr.1. Eksempelvis vil legemsbeskadigelser etter § 229 første og andre straffalternativ kunne være aktuelle. Likeledes en vanlig legemsfornærmelse etter § 228, jf. Rt. 2002 s. 744. Seksuell handling med noen som ikke har samtykket til det etter § 200, vil også kunne omfattes. Dette gjelder særlig § 200(2) der handlingen er utført mot et barn under 16 år. Forarbeidene nevner som eksempel «*[e]n person som gripes etter å ha stjålet en kasse bensin (§ 257, eventuelt § 258), og som tidligere er dømt for å ha satt fyr på et hus (§ 148)*», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 108.

Formuleringen «som nevnt i nr.1» innebærer at man må holde seg innenfor de samme forbrytelseskategorier som nevnt i nr.1⁷⁵, og at det også etter nr.2 er tilstrekkelig at lovbruddet har fremkalt en abstrakt fare⁷⁶. Trusler er omfattet også etter nr.2, jf. f.eks. LB-2014-41. Av ordlyden «begått eller forsøkt å begå» følger det at det ikke er et krav at vedkommende har blitt dømt for den tidligere forbrytelsen. Det er tilstrekkelig at vedkommende har overtrådt gjerningsinnholdet i det aktuelle straffebudet, enten ved fullbyrdelse eller ved forsøk⁷⁷.

⁷⁴ Se NOU 1990:5 s. 86-87.

⁷⁵ Se NOU 1990:5 s. 87

⁷⁶ Se Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 108

⁷⁷ Se Matningsdal/Bratholm (2003) s. 299.

At særreaksjonens virkeområde utvides, begrenses samtidig ved at den nye forbrytelsen må være av «samme art» som i nr.1, dvs. en integritetskrenkelse. Rettssystematisk ville det gi liten mening om det plutselig i nr.2 skulle åpnes for bruk av særreaksjonen overfor ikke-integritetskrenkende forbrytelser. Har vedkommende nå begått underslag, er dette ikke en forbrytelse av «samme art» som nevnt i nr.1. Men som Matningsdal/Bratholm (2003) påpeker på s. 299, må det «*være tilstrekkelig at den nå begåtte forbrytelsen er av samme art som en av dem som nevnes i nr.1, f.eks. at det tidligere forholdet var en brannstiftelse, mens det nå er tale om et seksuallovbrudd...*». Løsningen kan sies å følge direkte av ordlyden.

Lovteksten oppstiller imidlertid en ytterligere begrensning. Det må kunne konstateres en «nær sammenheng» mellom den tidligere og den nå begåtte forbrytelsen. Ordlyden gir liten veiledning utover det som allerede følger av kravet om «samme art». Forarbeidene fremholder om dette kravet at «*[d]et vil det særlig være dersom begge handlingene utspringer fra den samme sinnslidelsen. Spesielt der det er tilfældigheter som førte til at den aktuelle forbrytelsen ikke ble like alvorlig som den første, vil gjentakelsesfaren være tilstrekkelig indisert*», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 108 og NOU 1990:5 s. 87. Formuleringen «*særlig*» indikerer at utspring fra samme sinnslidelse kun utgjør et moment, men at også andre omstendigheter vil kunne være relevante. I denne retning også Matningsdal/Bratholm (2003) s. 300.

Høyesterett uttalte seg om kravet til nær sammenheng i Rt. 2006 s. 1153, som gjaldt forvaring. En mann som i 1994 var blitt dømt til sikring for overtredelse av § 229 3. straffalternativ, jf. § 232, ble i 2006 dømt til forvaring for forsøk på å skade en annen person med et særlig farlig redskap. Som passasjer i en personbil på flukt fra politiet, hadde han kastet tunge gjenstander mot den forfølgende politibil i meget høy hastighet. Høyesterett tok bl.a. utgangspunkt i forarbeidsuttalelsen om utspring fra samme sinnslidelse gjengitt ovenfor, og kom til at det ikke var tilstrekkelig underbygget at begge forholdene sprang ut av hans psykiske avvik. Høyesterett uttalte om vurderingen som måtte foretas: «*Etter min mening må vurderingen i utgangspunktet skje på grunnlag av ytre omstendigheter. Men også likhetstrekk knyttet til psykisk avvik ved gjerningspersonen vil etter omstendighetene kunne trekkes inn i vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig nær sammenheng mellom de straffbare handlingene.*» Høyesterett kom til - etter en konkret sammenligning av slike ytre omstendigheter - at kravet til nær sammenheng ikke var oppfylt: «*Ytre sett er det etter mitt syn ikke nevneverdige likheter mellom dem. Den første voldshandlingen var en ubegripelig, brutal mishandling av en forsvarsløs eldre mann, mens den nå aktuelle handlingen besto i at A, da han var passasjer i en personbil som ble kjørt i meget høy hastighet, hev tunge gjenstander mot en forfølgende politibil.*»

Dommen illustrerer videre at vilkåret om nær sammenheng er et selvstendig vilkår, på tross av uttalelser i forarbeidene som taler for at vilkåret skal vurderes sammen med vilkåret om gjen-

takelsesfare. I proposisjonen på s. 111 heter det: «*Kravet til gjentakelsesfare i forhold til nr 1 kvalifiseres ved at det må antas å være «nær sammenheng» mellom den tidligere og den nå begåtte forbrytelsen.*» Høyesterett bemerket om denne uttalelsen: «*Dette indisierer at departementet har sett vilkåret i sammenheng med vurderingen av gjentakelsesfaren... Men etter ordlyden er det klart at kravet om «nær sammenheng» må vurderes på selvstendig grunnlag, uavhengig av om gjentakelsesfaren er «særlig nærliggende».*» Kravet til nær sammenheng er altså et selvstendig vilkår, slik ordlyden tilsier.

Jacobsen (2004) skriver på s. 132 at andre relevante momenter er om handlingene er et utslag av en fast handlemåte (en *modus operandi*), og om det foreligger en tidsmessig nærhet mellom handlingene. Vurdert i lys av uttalelsene i Rt. 2006 s. 1153 om at det skal tas utgangspunkt i de ytre omstendigheter, må dette være riktig.

4.4 Gjentakelsesfare

På samme måte som det tidligere sikringsinstituttet (jf. pkt. 1.2.2), krever også nåværende § 39 at det påvises en fare for at gjerningspersonen vil begå nye lovbrudd. Men der sikringsreglene *ikke* oppstilte noe krav om at lovbruddet måtte være særlig graverende⁷⁸, følger det av særreaksjonsbestemmelsen at faren må angå alvorlig integritetskrenkende kriminalitet. Det er som nevnt samfunnsvernet som primært begrunner særreaksjonen, og uten at det foreligger en sådan fare har ikke samfunnet noe legitimt behov for beskyttelse. Som uttrykt i NOU 1990:5 på s. 85: «*Det er faren for at lovbrøyteren påny vil begå alvorlig kriminalitet som danner hovedgrunnlaget for idømmelse av en særreaksjon.*»

4.4.1 Generelt om farevurderingen

Ifølge lovteksten må det konstateres «en...⁷⁹ fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet», jf. § 39 nr.1 2.pkt. Faren må altså knytte seg til forbrytelser av samme art som nevnt i nr.1, dvs. alvorlige integritetskrenkelser. En fare for mindre alvorlige integritetskrenkelser er dermed ikke tilstrekkelig. Formuleringen «krenker eller utsetter» viser at det fremtidige lovbruddet rent konkret må utsette de aktuelle rettsgodene for fare, og at en abstrakt farefremkallelse dermed ikke er nok⁸⁰. Ordlyden «fare for» angir at faren må foreligge på domstidspunktet⁸¹. Likevel følger det av formuleringen «på nytt vil begå» at vurderingen også er fremtidsrettet⁸². Ordlyden gir således anvisning på en svært sammensatt vurdering basert på faktorer både i nåtid og inn i fremtiden.

Forarbeidene legger ikke skjul på at dommeren i en slik vurdering vil stå på temmelig usikker grunn. I proposisjonen heter det at «*Departementet er enig med Særreaksjonsutvalget i at det ikke finnes noen sikker vitenskap for å bedømme faren for gjentakelse av alvorlig kriminalitet*», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 60. Departementet skyter imidlertid inn at grunnlaget for en slik bedømmelse vil være sikrere overfor utilregnelige lovbrøytere enn det vil være overfor tilregnelige. Synspunktet bygger på at det «*vil ofte være en sammenheng mellom sinnslidelsen og de kriminelle handlingene.*» (ibid.). Av nettopp denne grunn må gjerningspersonens sykdomsprognose få betydning (ibid.). Videre reiteres at man aldri med «*full sikkerhet*» kan

⁷⁸ Jf. NOU 1974:17 s. 12.

⁷⁹ Kriteriet «nærliggende» behandles i pkt. 4.4.3.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 87 (1993-94) s. 107.

⁸¹ Se Jacobsen (2004) s. 101.

⁸² (ibid.)

bedømme gjentakelsesfaren, men at man overfor utilregnelige lovbrøyttere kan fastslå den med så stor sikkerhet at «samfunnets behov for beskyttelse her må veie tyngre enn hensynet til den enkelte lovbrøytteren.» (ibid.). Samfunnsvernet har med andre ord slått igjennom overfor de betenkeligheter som farevurderingen reiser.⁸³

Lovteksten oppstiller ikke noe krav om at lovbruddet det er fremtidig fare for, må være av helt samme type som det lovbrudd gjerningspersonen nå har begått. Eksempelvis at vedkommende nå har begått voldtekt, og at det dermed kun er faren for fremtidige voldtektsepisoder som kan tas i betraktning. Et slikt krav omtales i teorien som et krav om en *indre sammenheng* mellom lovbruddene.⁸⁴ At det vises til juridisk teori allerede her, er fordi spørsmålet ikke er drøftet i lovforarbeidene. Dessuten oppstilte Høyesterett et slikt krav etter det gamle sikringsregimet, som hadde en tilsvarende ordlyd som dagens § 39 nr.1 2.pkt⁸⁵. Prejudikatet er Rt. 1997 s. 48, der det ble uttalt: «*Det er den fare for nye straffbare handlinger som viser seg gjennom de forhold dommen gjelder, som må være utgangspunktet ved vurderingen. Disse forhold må derfor være et reelt element i begrunnelsen for at det er fare for de straffbare handlinger som skal forhindres ved sikringsbemyndigelsen.*» Jacobsen (2004) observerer på s. 105 at sikringsdommen ble avsagt etter at de mest sentrale forarbeidene til § 39 ble skrevet. I tillegg finner han holdepunkter i forarbeidene for en slik løsning (ibid.). Av NOU 1990:5 s. 85 fremgår det at «*[d]et grunnleggende utgangspunkt for farevurderingen, er selve den forbrytelse domfellelsen gjelder. Omfanget og karakteren av forgåelsen vil i seg selv kunne gi holdepunkter for hvilken sannsynlighet det er for at noe lignende vil kunne skje igjen.*» Formuleringen «*noe lignende*» taler for at det har vært lovgivers intensjon å oppstille et krav om en indre sammenheng mellom lovbruddene.

Rt. 2003 s. 1085, som gjaldt dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, følger opp denne linjen, jf. dommen avsnitt 18: «*Den forbrytelsen domfellelsen gjelder, danner selve utgangspunktet for farevurderingen. Lovgiverens intensjon har vært at forbrytelsens art og omfang kan gi holdepunkter for hvor sannsynlig det er at noe liknende skjer igjen.*» Nøyaktig samme uttalelse finnes også i Rt. 2005 s. 1091. Avgjørelsene signaliserer dermed at det skal innfortolkes et vilkår om en indre sammenheng. Samtidig må det innrømmes at Høyesterett her ikke uttaler seg i klartekst om hvorvidt et slikt vilkår skal gjelde absolutt⁸⁶. Jacobsen (2004) problematiserer dette på s. 105-107, og spør om ikke behovet for et slikt kriterium

⁸³ Uforutsigbarheten det her er redegjort for er kritisert av Warberg (2003) på s. 240-242 og Jacobsen (2004) på s. 101-104.

⁸⁴ Jf. Jacobsen (2004) s. 104.

⁸⁵ Ordlyden i den gamle § 39 nr.1 var at det måtte påvises en fare for at gjerningspersonen «*atter en gang vil foreta en handling som foran nevnt*». Ordlyden ligner dagens § 39 nr.1 2.pkt., ettersom også sistnevnte bestemmelse kun henviser generelt til de lovbrudd som kan danne grunnlag for bruk av reaksjonen.

⁸⁶ Se Jacobsen (2004) s. 105.

«var større under sikringsinstituttet ettersom krava til den kriminaliteten som kunne gje grunnlag for særreaksjonen var – i alle fall prinsipielt sett – langt mindre strenge enn etter dei nye reglane.» Forfatteren peker her på en sentral forskjell mellom sikring og særreaksjonen (jf. pkt. 1.2.2), en forskjell som skaper grunnlag for tvil. Han påpeker imidlertid at et slikt kriterium ikke vil være overflødig selv etter dagens ordning, ettersom det også etter § 39 vil kunne oppstå «*slike brotsverkkombinasjonar som ikkje har ein indre samanheng.*»(ibid.). Han konkluderer så med at de beste grunner taler for at det også etter særreaksjonen må oppstilles et krav om en indre sammenheng mellom lovbruddene (ibid.).

I forlengelsen av dette kan det påpekes at forarbeidenes og Høyesteretts formulering «*noe liknende*» rent språklig ikke betyr «det samme som». Selv om en grov voldshandling og en voldtekt ikke er det samme, kan de likevel etter omstendighetene *likne* på hverandre. Likhetspunktene består i at de begge utgjør integritetskrenkende forbrytelser mot fornærmedes legeme, evt. dennes «liv» eller «helse». Dessuten kan dommenes og forarbeidenes uttalelse om at «*utgangspunktet*» må tas i den forbrytelse domfellelsen gjelder, indikere at det *ikke* gjelder et absolutt krav om en indre sammenheng. Et utgangspunkt betyr simpelthen det stedet man starter på, noe som tilsier at ferden ikke skal stoppe her. I Rt. 2003 s. 1085, der det aktuelle forholdet var drap, benyttes det formuleringer som kan indikere at Høyesterett i den saken vurderte faren for nye alvorlige forbrytelser mer generelt, jf. f.eks. avsnitt 19 i dommen: «*Det fremgår av de psykiatriske erklæringer som er avgitt i saken[...] at faren for at A på nytt vil begå alvorlig forbrytelse, herunder drap, er nært knyttet til faren for et nytt psykotisk gjennombudd.*» Formuleringen «*på nytt vil begå alvorlig forbrytelse, herunder drap*» kan tyde på at Høyesterett også hadde fare for andre alvorlige lovbrudd i tankene, og ikke bare slike lovbrudd som saken gjaldt (drap). Det samme observeres i Rt. 2005 s. 1091: «*Det foreligger således etter min vurdering en kvalifisert fare for aggressiv atferd dersom tvangsmedisineringen av A opphører, og en nærliggende fare for at han da på ny vil begå alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet.*»

Et krav om en indre sammenheng vil være til *gunst* for gjerningspersonen. Dette fordi færre forhold da kan tas i betraktning. Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern utgjør et sterkt inngrep i den personlige integritet, noe som isolert sett kan tale for at det må oppstilles et slikt krav. Problemet er bare at ordlyden i § 39 nr.1 2.pkt. er klar: den fremholder at fare for enhver alvorlig integritetskrenkende forbrytelse vil kunne tas i betraktning. Legalitetsprinsippet kommer således ikke lovbrøtteren til unnsetning her. Dessuten taler hovedbegrunnelsen for særreaksjonen – nemlig hensynet til å beskytte samfunnet – for at også en fare for andre forhold må kunne vektlegges. En kan f.eks. tenke seg en gjerningsperson som nå har begått en alvorlig ildspåsettelse, men hvis sykdomsprognose tilsier at det i realiteten foreligger fare for seksuelle overgrep mot barn. Samfunnet vil ha like stort behov for beskyttelse i et tilfelle som dette.

Etter min mening kan det ikke utledes noe mer av dommene enn at den forbrytelse som domfellelsen gjelder danner det klare utgangspunktet for farevurderingen, og at betydelig vekt må legges på forgåelsens art og omfang ved bedømmelsen av fremtidig farlighet. Jeg kan ikke se at noen av dommene stenger helt for at også fare for *andre* alvorlige integritetskrenkelser vil kunne tas i betraktning. Rt. 1997 s. 48 taler dessuten om at de forhold domfellelsen gjelder vil utgjøre et «*reelt element*» i farevurderingen. Slik jeg tolker utsagnet, sier Høyesterett intet mer her enn at det må legges stor vekt på slike forhold. Dette er ikke det samme som å utelukke andre forhold fullstendig.

Det er ønskelig at Høyesterett i fremtiden avklarer rettsstilstanden nærmere. Men inntil videre taler rettskildene samlet sett for at det ikke skal kreves en indre sammenheng mellom lovbruddene for enhver pris. Gjeldende rett, slik jeg tolker rettskildene, er at det skal tas utgangspunkt i den aktuelle forgåelsen og legges betydelig vekt på denne ved vurderingen av om det er fare for ny, alvorlig kriminalitet.

4.4.2 Momentene

Av § 39 nr.1 3.pkt. følger hvilke momenter som skal vektlegges i farevurderingen. Det «skal... legges vekt på den begåtte forbrytelsen sammenholdt særlig med lovbrüterens atferd, sykdomsutvikling og psykiske funksjonsevne.» Ordlyden («sammenholdt med») gir anvisning på en totalvurdering, der de opplistede momentene må få særlig vekt. Oppregningen er imidlertid ikke uttømmende⁸⁷.

Utgangspunktet skal tas i «den begåtte forbrytelsen». Bunnlinjen er at forbrytelsens art og omfang kan gi holdepunkter for å konstatere gjentakelsesfare, jf. Rt. 2003 s. 1085 og Rt. 2005 s. 1091. I forarbeidene legges det til at det vil lettere påvises gjentakelsesfare der det dreier seg om en «*sammenhengende forbrytelse begått ved flere enkelthandlinger, eller flere handlinger som nå pådømmes samtidig.*», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 107. Dette i motsetning til en forbrytelse som er utslag av en enkeltstående impulshandling (ibid.).

Vektlegges skal også lovbrüterens «atferd». Begrepet favner vidt etter en naturlig, språklig forståelse. Både atferd før og etter lovbruddet kan tas i betraktning⁸⁸. Momentet vil veie tungt spesielt hvis lovbrüterer tidligere har begått kriminelle handlinger (ibid.). Dette kan illustreres med Rt. 2006 s. 1137. Saken omhandlet en lovbrüter som i perioden 1979-2002 var domfelt ti

⁸⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 58 og 107, jf. også NOU 1990:5 s. 86.

⁸⁸ (ibid.)

ganger, hvorav seks ganger for trusler, vold eller ulovlig omgang med skytevåpen eller kniv. En særlig alvorlig trussel ble fremsatt i 1986, da vedkommende hadde siktet på en kvinne med en skarpladd pistol og avfyrt et skudd som traff like ved hennes hode. Utviklingstrekk i lovbrysterens tidligere kriminelle bakgrunn vil også kunne veie tungt, jf. Rt. 2002 s. 1667. Det ble her lagt betydelig vekt på at lovbrysteren gradvis hadde gått over til å begå stadig grovere kriminalitet.⁸⁹ Men også et enkeltstående lovbrudd kan være tilstrekkelig, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 107. Også tidligere aggressiv atferd som ikke resulterte i noe lovbrudd kan tas i betraktning (ibid.).

Det tredje momentet er lovbrysterens «sykdomsutvikling». Også her ser man på utviklingen både forutfor handlingen og helt frem til domstidspunktet (ibid. s. 108). Men aller størst betydning under dette momentet har nok den mer fremtidsrettede vurdering av lovbrysterens sykdomsprognose, jf. Rt. 2003 s. 1085, Rt. 2010 s. 346 og Rt. 2011 s. 385. Det er ikke til å komme fra at dommeren er dårlig rustet til å vurdere sykdomsprognoser, så her må han eller hun støtte seg fullt og helt på de sakkyndiges vurderinger⁹⁰. Rt. 2010 s. 346 gjaldt en lovbryster som led av alvorlig, dyssosial personlighetsforstyrrelse med tillegg av paranoid schizofreni. De sakkyndiges vurdering var at utsiktene for en stabil prognose var fullstendig avhengig av at han holdt seg unna rusmidler av ethvert slag, inkludert alkohol. Dette hadde han klart fra 2009 og frem til domstidspunktet, fordi han hadde oppholdt seg på et rusbehandlingssenter. Men fordi det var høyst usikkert om han i fremtiden ville fortsette slik uten tilsyn og kontroll, talte momentet i retning av gjentakelsesfare. Det vil videre ha betydning hva slags sinnslidelse lovbrysteren har, jf. Rt. 2003 s. 1085. Her uttales det i avsnitt 23: «*De rettspsykiatrisk sakkyndige har i sine skriftlige erklæringer påpekt muligheten for at As psykose kan ha vært av schizofren karakter. Dette har betydning fordi risikoen for tilbakefall til nye psykotiske episoder bedømmes som forholdsvis stor ved schizofreni.*» Av dette følger at selve diagnosen vil kunne få stor betydning, særlig der en eventuell gjentakelsesfare er avhengig av at lovbrysteren på nytt blir aktivt psykotisk⁹¹.

Til sist nevnes lovbrysterens «psykiske funksjonsevne». Momentet er hovedsakelig tatt inn i lovteksten fordi § 39 a om *tvungen omsorg* henviser til § 39 (jf. pkt. 1.2.3), og at det blir feil å tale om en «sykdomsutvikling» for dem hvis utilregnelighet bygger på § 44(2) (høygradig psykisk utviklingshemming)⁹². Særreaksjonsutvalget fremholder imidlertid at momentet også kan få betydning etter § 39, og viser til faktorer som evnen til mestring av egen livssituasjon og til å vurdere egen tilstand og forholdet til omverdenen (ibid.).

⁸⁹ Jf. også Jacobsen (2004) s. 114.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 108.

⁹¹ Se Jacobsen (2004) s. 120.

⁹² NOU 1990:5 s. 86.

Som nevnt kan også andre momenter vektlegges. Forarbeidene fremhever særskilt «*hvilke sosiale forhold lovbryteren eventuelt vil vende tilbake til, hvilket støtteapparat som kan tre til o.s.v.*» (ibid.). Slike momenter ble vektlagt i bl.a. Rt. 1999 s. 1705 og Rt. 2003 s. 1085, jf. pkt. 3.1. Videre har Høyesterett i flere saker lagt vekt på om administrativt tvungent psykisk helsevern etter phvl. kap. 3 gir tilstrekkelig samfunnsvern, jf. bl.a. Rt. 2002 s. 990 og Rt. 2005 s. 1091 (se pkt. 3.1). I Rt. 2006 s. 1143 uttalte Høyesterett at «*det regime innenfor psykiatrien som omgir lovovertræderen, og som han fortsatt må antas å ville leve under, [må] tillegges betydelig vekt.*»

4.4.3 Terskelen etter § 39 nr.1: «nærliggende»

Faren for nye alvorlige integritetskrenkende lovbrudd må «*antas*»⁹³ å være «nærliggende», jf. § 39 nr. 1 2.pkt. Ordlyden formidler at faren ikke kan være for abstrakt eller hypotetisk. Men hvor konkret risiko som må foreligge, gir ordlyden liten veiledning om. Særreaksjonsutvalget fremholder at «*det må kreves en kvalifisert grad av risiko for tilbakefall, og faren må på domstidspunktet vurderes som reell.*», jf. NOU 1990:5 s. 86. En blir ikke umiddelbart klokere av dette. Men det legges til at «*[k]ravet til faregraden vil i praksis i noen grad variere etter hvor grov den begåtte handling er, og hvor alvorlige handlinger det er fare for.*» (ibid.). Det er overlatt til rettspraksis å utpense kravets nærmere innhold⁹⁴.

I Rt. 2002 s. 889 viste Høyesterett til forarbeidenes uttalelser, og la til om «nærliggende»-vilkåret at det «*vil i praksis være det samme vilkår som tidligere ble stilt for dom på sikring.*» Rettspraksis om sikring vil følgelig fortsatt ha relevans (jf. pkt. 1.2.2). Rt. 2004 s. 1119 fastslår at alle de objektive momentene i § 39 nr.1 3.pkt. vil kunne si noe om hvor nærliggende risikoen for gjentakelse er. En dom som illustrerer dette i praksis er Rt. 2010 s. 346: «*I lys av hans historie med vold og trusler, hans mentale tilstand og rusavhengighet, sammenholdt med at bruk av rusmidler i betydelig grad forverrer hans tilstand, er det etter mitt syn en nærliggende fare for at han på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet.*»

⁹³ Se pkt. 1.4 (i.f).

⁹⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 108.

4.4.4 Terskelen etter § 39 nr.2: «særlig nærliggende»

Gjentakelsesfaren må her «antas» å være «særlig nærliggende», jf. § 39 nr.2 2.pkt. Ordlyden viser at terskelen er skjerpet i forhold til nr.1. Begrunnelsen for at kravet til gjentakelsesfaren her er strengere er et ønske om «å begrense anvendelsesområdet for en slik særregel.», jf. NOU 1990:5 s. 87. Departementet tilføyer at dette er rimelig, «siden den overtredelsen lovbrøyteren nå kjennes skyldig i, ikke er av de mest alvorlige.», jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-94) s. 87. For øvrig skal vurderingen bygge på de samme momenter som etter nr.1⁹⁵. Domstolene avgjør om vilkåret er oppfylt i den enkelte sak.

Det var ikke tilfellet i Rt. 2006 s. 1143. De sakkyndige hadde konkludert med at det forelå stor risiko for nye voldsepisoder dersom domfelte ikke fikk tvungen behandling. Han var imidlertid allerede underlagt tvungent psykisk helsevern etter phvl. kap.3, med tett oppfølging og kontroll. Høyesterett la betydelig vekt på at dette opplegget hadde medført en relativt kontrollert tilværelse for domfelte, og la til om det skjerpede kravet til gjentakelsesfare: «Så vidt restriktivt som lovens vilkår er på dette punkt, kan jeg vanskelig se at vilkårene kan være oppfylt i As tilfelle.» Dommen illustrerer at vilkåret skal tolkes strengt.

⁹⁵ Jf. Rt. 2006 s. 1143. Se også Matningsdal/Bratholm (2003) s. 300.

5 Sluttord

Rettstilstanden for de materielle vilkårene i strl. § 39 er herved gjennomgått. Den er i stor grad samsvarende med det som allerede følger av øvrig juridisk litteratur. Den nyere rettspraksis som jeg har undersøkt har ikke rokket nevneverdig ved det allerede kjente. Jeg har imidlertid observert to interessante avgjørelser der det ble tatt stilling til spørsmål som det til nå har vært liten fokus på. Jeg sikter til TOSLO-2007-10419, en dom som oppstiller et hovedårsakskrav i saker om bevisstløshet som følge av selvforskyldt rus (se s. 14-15). Jeg sikter også til den delen av Rt. 2010 s. 346 som angir at det ved rusutløste psykoser der den toksiske virkningen vedvarer, må foretas en bredere vurdering av om psykosen var rusutløst (se s. 13-14).

Min fremstilling er i overenstemmelse med annen juridisk litteratur om bestemmelsen, men jeg vil benytte anledningen her til å påpeke noen nyanseforskjeller. Synspunkter som særpreger denne fremstillingen er de om Rt. 2004 s. 606 på s. 29-30, og de vedrørende Rt. 2008 s. 1491 om trusler i relasjonen pasient og helsepersonell (s. 33). Jeg viser også til drøftelsen av kravet om en «indre sammenheng» mellom lovbruddene på s. 38-40, der jeg konkluderer noe annerledes enn f.eks. Jacobsen (2004).

5.1 En summarisk oppsummering

Det mest basale trekk ved de materielle vilkårene i strl. § 39, er at de samlet sett leder til en høy inngrepsterskel. Dette viser seg særskilt ved den kvalifisering av lovbruddene og gjentakelsesfaren som kreves, og gjennom domstolenes behandling av grunnvilkåret. Gjeldende rett for strl. § 39 er at det ikke skal gjøres bruk av særreaksjonen med mindre det er absolutt nødvendig for å verne samfunnet.

5.2 NOU 2014:10

I NOU 2014:10 er det fremmet forslag om å senke inngrepsterskelen. Etter en gjennomgang av flere dommer der særreaksjonen ikke ble idømt, konkluderer utvalgets flertall med at «*dagens særreaksjonsregel ikke i tilstrekkelig grad gir borgerne vern mot fare.*». På denne bakgrunn ønsker utvalget å la stadig mindre alvorlige integritetskrenkelser være omfattet. Skillet mellom alvorlige og mindre alvorlige forbrytelser er foreslått opphevet⁹⁶. En konsekvens av dette blir at også graderingen «særlig nærliggende» gjentakelsesfare forsvinner (ibid.). Flertal-

⁹⁶ NOU 2014:10 s. 349.

let mener videre at de detaljerte lovbruddskategoriene virker for begrensende, og foreslår en ordlyd som kun angir hvilke interesser som må være krenket eller truet (ibid. s. 351).

Etter min mening er det betenkelig å senke terskelen i forhold til dagens ordning. Jeg viser særlig til at man aldri med full sikkerhet kan fastslå gjentakelsesfare (se pkt. 4.4.1), og at man tross alt har alternativet administrativt tvungent psykisk helsevern i bakhånd. Begge disse kjensgjerningene taler med styrke for å opprettholde den høye terskel. Utvalget innrømmer på s. 348 i innstillingen at det nye forslaget vil «*kunne føre til flere dommer*», men at «*disse omkostningene blir små sammenlignet med det som oppnås av bedre beskyttelse mot alvorlige integritetskrenkninger*». Det virker for meg som en forhastet konklusjon at omkostningene vil bli «*små*». Senker man inngrepsterskelen for et tvangsinngrep som allerede bygger på relativt usikre antakelser om fremtidig atferd, vil omkostningene tvert imot kunne bli ganske store. Det vil nemlig øke risikoen for feilaktige domsavsigelser.

På den annen side går utvalget inn for å opprettholde det medisinske prinsipp i § 44(1), dog med et klarere skille mellom rettens og de sakkyndiges respektive oppgaver⁹⁷. Det skal fremgå tydeligere av lovteksten at det er *retten* som avgjør utilregnelighetsspørsmålet, og de sakkyndige skal utelukkende basere sin (rådgivende) utredning på ICD-10 (ibid.). Flertallet fremholder at det hefter «*usikkerhet og vanskeligheter ved en regel basert på et blandet prinsipp*» (ibid). Det legges til: «*Den dominerende oppfatning har lenge vært og er fortsatt at psykosen rammer sinnet som helhet. Det vil altså være beheftet med stor usikkerhet å ta stilling til om det foreligger årsakssammenheng mellom tilstand og handling, eller om lovbyreren har forstått rekkevidden av handlingen.*»

På dette punkt har altså hensynet til gjerningspersonens rettssikkerhet fått fullt gjennomslag. I lys av at inngrepsterskelen er foreslått senket, fremstår en slik subtil endring av § 44(1) som en god og betryggende løsning i et rettssikkerhetsperspektiv.

Hensynet til samfunnsbeskyttelsen er naturligvis et helt fundamentalt hensyn det også, men lovgiver må forsikre seg om at det ikke betales en for høy pris. Når det gjelder § 39, er mitt håp at inngrepsterskelen forblir uberørt. Skrekkscenariet er at det i langt større grad vil bli reagert strafferettslig mot utilregnelige som vi *tror* er farlige, men som egentlig ikke er det. Slik jeg ser det, vil dette best unngås innenfor rammene av de gjeldende regler.

⁹⁷ NOU 2014:10 s. 22-23.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

LOV 1814-05-17: Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

LOV 1842-08-20: Den norske straffelov - Lov angaaende forbrydelser (Kriminalloven)

LOV 1902-05-22 nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

LOV 1961-06-09 nr.1: Lov om skytevåpen og ammunisjon m.v. (Våpenloven)

LOV 1981-05-22 nr. 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

LOV 1999-05-21 nr. 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)

LOV 1999-07-02 nr. 62: Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (Psykisk helsevernloven)

6.2 Forarbeider

NOU 1974:17 - Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner

NOU 1983:57 - Straffelovgivningen under omforming

NOU 1990:5 - Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner

NOU 2014:10 – Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern

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 enkelte andre lover (endringer og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239)

Ot.prp. nr. 90 (2003-04) - Om lov om straff (straffeloven)

Prop. 97 L (2009-2010) – Endringer i straffeloven av 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)

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

Innst.O. nr. 113 (2000-2001) - Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og enkelte andre lover (endringer og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven § 238 og § 239)

6.3 Rettsavgjørelser

6.3.1 Høyesterett

Rt. 1965 s. 128

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 1979 s. 143

Rt. 1982 s. 1594

Rt. 1992 s. 1428

Rt. 1997 s. 48

Rt. 1999 s. 1705

Rt. 2002 s. 744

Rt. 2002 s. 889

Rt. 2002 s. 990

Rt. 2002 s. 1667

Rt. 2002 s. 1677

Rt. 2002 s. 1683

Rt. 2003 s. 23

Rt. 2003 s. 1085

Rt. 2003 s. 1257

Rt. 2004 s. 606

Rt. 2004 s. 1119

Rt. 2005 s. 1091

Rt. 2006 s. 1137

Rt. 2006 s. 1143

Rt. 2006 s. 1153

Rt. 2008 s. 549

Rt. 2008 s. 1491
Rt. 2010 s. 346
Rt. 2011 s. 385

6.3.2 Underinstansene

Oslo Tingretts dom av 8. juni 2007 (TOSLO-2007-10419)
Namdal Tingretts dom av 2. november 2007 (TNAMD-2007-120839)
Oslo Tingretts dom av 24. august 2012 (RG 2012 s. 1153)
Oslo Tingretts dom av 30. august 2013 (TOSLO-2013-61523)
Oslo Tingretts dom av 25. oktober 2013 (TOSLO-2013-53485)
Alstahaug Tingretts dom av 5. september 2014 (TALST-2014-126578)

Borgarting lagmannsretts dom av 1. november 2007 (LB-2007-108574)
Agder lagmannsretts dom av 12. februar 2009 (LA-2008-158889)
Borgarting lagmannsretts dom av 5. mai 2011 (RG-2011-498)
Borgarting lagmannsretts dom av 29. august 2013 (LB-2013-79043)
Hålogaland lagmannsretts dom av 15. januar 2014 (LH-2013-180127)
Borgarting lagmannsretts kjennelse av 20. mars 2014 (LB-2013-196125-1)
Borgarting lagmannsretts kjennelse av 7. mai 2014 (LB-2014-41)
Borgarting lagmannsretts dom av 21. mai 2014 (LB-2013-196125-3)

6.4 Litteratur

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess. 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. Oslo, 2009

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne. Statsforfatningen i Norge. 10. utg. Oslo, 2006

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001

Eskeland, Ståle. Strafferett. 2. utg. Oslo, 2006

Hennum, Ragnhild Helene. Nye strafferettslige særreaksjoner. Materialisten: Tidsskrift for forskning, fagkritikk og teoretisk debatt. 30(1/2), s. 24- 42, 2002

Høyer, Georg og Dalgard, Odd Steffen. Lærebok i rettspsykiatri. 1. utg. Oslo, 2002

Jacobsen, Jørn RT. Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern: Straffeloven § 39. 1. utg. Bergen, 2004

Mathiesen, Thomas. Kan fengsel forsvares? 3. utg. Oslo, 2007

Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. Straffeloven kommentarutgave. Første del. Almindelige Bestemmelser. 2. utg. Oslo, 2003

Warberg, Lasse. Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Om de nye reglene i strl. § 39, og i lov om psykisk helsevern kapittel 5 mv. Inntatt i Andenæs, Kristian og Papendorf, Knut, Fortsatt uferdig (festskrift til Thomas Mathiesen). Oslo, 2003

6.5 Annet

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 4/2001. Utilregnelighetsregler og særreaksjoner

