

Varetektssurrogat i institusjon¹

Øyvind Holst og Martin Mindestrømmen²

Øyvind Holst, cand. jur., Universitetet i Bergen (1995), ph.d., Universitetet i Bergen (2020). Ansatt i påtalemyndighet og domstoler 1996–2008, etter dette ved Oslo universitetssykehus (SIFER).

uxhoya@ous-hf.no

Martin Mindestrømmen, master i rettsvitenskap, Universitetet i Bergen (2015) og bachelor i filosofi og idéhistorie, Universitetet i Bergen (2012). Ansatt som advokatfullmektig og advokat i Advokatfirmaet Furuholmen Dietrichson AS, 2015-2018. Fra 2018, rådgiver ved Helse Bergen (SIFER - i permisjon). Fra 2019 - ph.d. stipendiat ved det Juridiske Fakultet, Universitetet i Bergen.

Martin.Mindestrommen@uib.no

Sammendrag:

Varetektssurrogat etter strpl. § 188 skal ivareta samme hensyn som ordinær varetektsfengsling. Surrogatet kan gjennomføres på flere vis. I denne artikkelen belyses varetektssurrogat i institusjon i helsevesenet. Etter en lovendring i 2016 kan retten, etter angitte vilkår, beslutte plassering i institusjon uten institusjonens samtykke. Lovendringen i 2016 er i tillegg både berørt av endringer i strafferettens tilregnelighetsregler og av Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-2462-U. I artikkelen drøftes vilkår for institusjonsplassering og gjennomføringsregler ved slike institusjonsopphold.

Nøkkelord: alvorlig sinnslidelse, institusjon, skyldene, tilregnelighet, varetektsfengsling, varetektssurrogat.

¹ Takk til anonyme fagfeller for konstruktive og svært nyttige kommentarer.

² Forfattere oppgitt i alfabetisk rekkefølge. Artikkelen er utarbeidet i felleskap. Vi kjenner ingen interessekonflikter ved publiseringen av artikkelen i tidsskriftet.

1. Innledning

Et varetektssurrogat er et alternativ til ordinær varetektsfengsling.³ Varetektssurrogat kan gjennomføres i et bredt spekter av former som innlevering av pass, meldeplikt hos politiet, sikkerhetsstillelse, plassering i institusjon eller plassering i kommunal boenhet.⁴ Varetektssurrogat i institusjon innebærer at en siktet pålegges et tidsavgrenset opphold på en institusjon fremfor et tidsavgrenset opphold bak fengselsmurene. Slike institusjonsopphold kan komme i stand på ulike måter. Det kan tenkes at en person som allerede er innlagt for psykiatrisk behandling på et sykehus, likevel undergis formell varetektsfengsling etter straffeprosessloven (strpl.) § 171, for å ha tilstrekkelig kontroll på siktede mens vedkommende er på institusjonen. Det kan tenkes at en person som er undergitt ordinær varetektsfengsling etter strpl. § 171, underveis i varetektssurrogatet, blir så syk at innleggelse for behandling i psykiatrisk institusjon blir nødvendig. I noen tilfeller vil siktedes opphold på institusjon etter lov om psykisk helsevern kunne bli ansett tilstrekkelig for å ivareta de formål en ordinær varetektsfengsling ellers ville hatt til hensikt å oppfylle. I den perioden hvor den aktuelle personen av ulike grunner befinner seg på et sykehus, i stedet for i varetektsfengsel, omtales gjerne som et varetektssurrogat i institusjon.

Temaet for denne artikkelen er den straffeprosesuelle reguleringen av *rettens* adgang til å beslutte at siktede skal ta opphold på en institusjon. Også denne formen for varetektssurrogat skal ivareta de samme hensyn som ordinær varetektsfengsling, nærmere bestemt forhindre unndragelse, bevisforspillelse eller gjentakelse. Rettens beslutning om institusjonsopphold som varetektssurrogat, forutsatte inntil lovendring i 2016 at mottakende institusjon samtykket til institusjonsoppholdet.⁵ Etter lovendringen åpner § 188 for at retten, etter angitte vilkår, kan beslutte plassering i institusjon også uten institusjonens samtykke.

Bestemmelsen er aktuell av flere årsaker. For det første ble 2016-lovendringen evaluert i 2020. Evalueringen konkluderte med at varetektssurrogat har uklart anvendelsesområde, uklart omfang og uklar gjennomføring.⁶ Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten (UKOM) sluttet seg til denne vurderingen i 2021.⁷ For det andre har Høyesterett behandlet § 188 i en kjennelse av 13.12.21.⁸ I kjennelsen har Høyesterett søkt å rydde opp i enkelte uklarheter knyttet til vilkårene for varetektssurrogat. Forsøket på avklaring er i resultatet delvis godt, men begrunnelsen er tvilsom. Dette skal vi komme tilbake til. Det skal tilføyes at lite er skrevet om varetektssurrogat i juridisk litteratur.

³ I forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 er varetektssurrogat beskrevet slik: «Med varetektssurrogater tenker en på alternative ordninger som tar sikte på å oppnå de samme resultater som en ønsker å nå med varetektsfengsling.», se NOU 1980: 28, s. 58.

⁴ Se, straffeprosessloven § 188, jfr. § 181.

⁵ Lovendringen trådte i kraft 1. oktober samme år, se LOV-2016-04-29-7 og FOR-2016-09-09-1045.

⁶ Senneseth, M., Holst, Ø., Mindestrømmen, M., Flåan, O., Rypdal, K. (2021). *Evaluering av konsekvensene av lovendring om særreaksjoner og varetektssurrogat. Rapport 2*. Bergen: Nasjonalt kompetansenettverk for sikkerhets-, fengsels-, og rettspsykiatri (SIFER), s. 7.

⁷ Statens undersøkelseskommissjon for helse- og omsorgstjenesten (UKOM), *Hva kan vi lære etter et drap begått i psykotisk tilstand*, Rapport 5-2021, s. 6 og 16.

⁸ HR-2021-2462-U.

I det følgende skal vi i punkt 2 redegjøre for varetektssurrogatets bakgrunn, med vekt på legislative hensyn knyttet til varetektssurrogat i institusjon. Punkt 3 omhandler vilkårene for varetektssurrogat på institusjon, med særlig vekt på bidragene fra Høyesterett. I punkt 4 tar vi for oss helsevesenets gjennomføring av institusjonsoppholdet, med særlig vekt på spenningsfeltet mellom strafferettslige og helserettslige hensyn. I punkt 5 skal vi knytte enkelte rettspolitiske vurderinger til strpl. § 188.

2. Bestemmelsens bakgrunn

Allerede straffeprosessloven av 1887 hadde bestemmelser om alternativer til varetektsfengsling, se denne lovens §§ 245 følgende. Blant de alternative reaksjoner var opphold på anvist sted, møteplikt for politiet og sikkerhetsstillelse. Bestemmelsene om alternative reaksjoner ble videreført straffeprosessloven av 1981, nærmere bestemt i §§ 188 følgende.⁹

Nåværende utforming av § 188 er nært knyttet til *særreaksjonsreformen*. Denne reformen, vedtatt 1997 og iverksatt 2002, var et resultat av flere tiårs lovforarbeider.¹⁰ Ved reformen ble det såkalte sikringsinstituttet erstattet av tre nye strafferettslige reaksjoner; dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, dom på tvungen omsorg og forvaring. Etter tradisjonell forståelse er formålet med strafferettslige særreaksjoner å ivareta samfunnets behov for vern mot gjentatt kriminalitet, utført av både tilregnelige og utilregnelige gjerningspersoner.¹¹

Blant spørsmålene som ble drøftet under reformarbeidet, var varetektsfengsling av potensielt utilregnelige lovbytere.¹² Utfordringen var å finne ordninger som både ivaretar strafferettslige hensyn og de særskilte hensyn som kan være knyttet til utilregnelige lovbytere. For enkelte grupper utilregnelige reiste dette særlige utfordringer. Etter departementets oppfatning dreide det seg for eksempel om å forene hensynet til psykisk utviklingshemmedes krav på human behandling, med hensynet til omgivelsenes sikkerhet.¹³ Imidlertid var utfordringene ikke bare knyttet til varetektsfengsling av psykisk utviklingshemmede lovbytere. Departementet viste til at også «f.eks. meget unge eller meget gamle lovbytere, kan være i en parallell situasjon».¹⁴ Drøftelsene dreide seg primært om opphold i institusjoner som ellers ikke har hjemmel til frihetsberøvelse. For å imøtekomme strafferettens sikkerhetshensyn, ble det klargjort at retten

⁹ Under lovforarbeidene ble hevdet at sikkerhetsstillelse var «så vidt upraktisk» at ordningen kunne utgå. Departementet anså imidlertid sikkerhetsstillelse som en «rimelig løsning i særegne tilfelle», se Ot. prp. nr. 35 (1978-1979), s. 173.

¹⁰ Se særlig Straffelovrådets NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner, Straffelovkommisjonens NOU 1983: 57 Straffelovgivning under omforming, og Særreaksjonsutvalgets NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner.

¹¹ Strafferettslige særreaksjoner ble opprinnelig oppfattet som tidsubestemte reaksjoner begrunnet i samfunnsvern hensyn, se Aslak Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede - Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemiddel*, Oslo: Ad Notam Gyldendal 1995, s. 585. De er således løsrevet fra forholdsmessighetsbetraktninger som ellers gjør seg gjeldende ved straffutmåling, se eksempelvis Ot. prp. nr. 90 (2003-2004), s. 126. Basert på en slik forståelse ble forvaring ansett som en særreaksjon, se NOU 1990: 5. I ettertid synes forståelsen å være endret, slik at strafferettslige særreaksjoner nå synes å være begrenset til samfunnsvernreaksjoner mot utilregnelige, se eksempelvis NOU 2014: 10, s. 303.

¹² Ot. prp. nr. 46 (2000-2001), s. 50 flg.

¹³ Ot. prp. nr. 46 (2000-2001), s. 50.

¹⁴ Ot. prp. nr. 46 (2000-2001), s. 50.

kan fastsette at siktede kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet. Det ble imidlertid satt som vilkår at institusjonen eller kommunen samtykket til oppholdet.¹⁵ Vilkåret om samtykke omfattet ikke «siktede som er psykisk utviklingshemmete og antas å være utilregnelige», ettersom den (da) nyopprettede fagenhet for tvungen omsorg er «forpliktet til å ta imot slike siktede».¹⁶

Spørsmål om fordeling av ansvar under gjennomføring av institusjonsoppholdet ble også berørt.¹⁷ Lovgiver åpnet som nevnt for at retten kan «fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet». Videre fremgår av lovforarbeidene at politiet har «ansvaret for sikkerheten», og at retten må vurdere om det kan etableres en «forsvarlig ordning».¹⁸

Stortingets justiskomiteé forutsatte at særreaksjonsreformen skulle være gjenstand for etterkontroll etter 5 år.¹⁹ I 2006 oppnevnte Justis- og beredskapsdepartementet en utredningsgruppe til å gjennomføre etterkontrollen. Ett av punktene i mandatet dreide seg om hvorvidt helsevesenets forpliktelser burde skjerpes:

Utredningsgruppen bes vurdere om varetektssurrogatsreglene bør endres slik at det psykiske helsevernet får en plikt til å ta imot siktede som antas å være utilregnelige pga psykose/bevisstløshet.²⁰

Utredningsgruppen anslo at omtrent ti klart utilregnelige personer, i løpet av en femårsperiode, hadde vært plassert i fengsel i varetektstiden.²¹ Basert på «grunntanken om at strafferettslig utilregnelige personer ikke bør anbringes i fengsel», anbefalte utredningsgruppen at § 188 ble endret. Endringsforslaget var at retten – også uten institusjonens samtykke – skulle kunne beslutte at siktede som antas å være strafferettslig utilregnelig på grunn av psykose, skulle kunne innlegges i psykiatrisk institusjon.²²

Flere høringsinstanser var kritiske til en slik lovendring.²³ Innvendingene dreide seg dels om *hvem* som skulle beslutte *hvem* som skulle være i helsevesenets institusjoner, og dels om *kvaliteten på beslutningsgrunnlaget*. Innvendingene var i korthet tuftet på betraktninger om at domstolene ikke har faglige forutsetninger for å beslutte hvem som burde være på institusjon, og at det er vanskelig å vite tidlig i etterforskningen hvilke lovbrytere som kan komme til å bli vurdert som utilregnelige. Departementet søkte å imøtekomme innvendingene ved å presisere i

¹⁵ Se LOV-2001-06-15-64.

¹⁶ Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 51. Den sentrale fagenheten for tvungen omsorg er underlagt St. Olavs hospital i Trondheim.

¹⁷ Bakgrunnen var at et kommunalt samarbeidsorgan etterlyste avklaring av «hvem som skal ha det faglige og sikkerhetsmessige ansvaret for ordningen», se Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 51 og 71.

¹⁸ Se Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 51 og 71.

¹⁹ Se Ot. prp. nr. 87 (1993–1994), s. 105, og Innst. O. nr. 34 (1996–1997), s. 24.

²⁰ Se «Etterkontroll av reglene om strafferettslig utilregnelighet, strafferettslige særreaksjoner og forvaring», Rapport fra utredningsgruppe oppnevnt av Justis- og politidepartementet 18. mai 2006, s. 24.

Utredningsgruppen omtales gjerne som Mæland-utvalget.

²¹ S. st., s. 237.

²² S. st., s. 239.

²³ Om høringen, se Prop. 122 L (2014–2015), s. 6.

lovteksten at vurderingen må «bygge på en entydig sakkyndig utredning», se § 188 tredje ledd tredje punktum. Slik ble også den endelige loven.

I sum skjerpet lovendringen helsevesenets forpliktelser overfor strafferettspleien, og endringene kan slik sett forstås som et ledd i en mer generell utvikling.²⁴ I hvilken grad strafferettspleien faktisk har gjort seg nytte av adgangen til å pålegge helseinstitusjonene å ta imot utilregnelige lovbrøyttere de ellers har motsatt seg å ta inn er imidlertid uklart. Som påpekt i SIFER sin evalueringsrapport fra 2021, er det både mangelfull registrering og koordinering av personer innlagt til institusjonsopphold som varetektssurrogat.²⁵ Psykiatrigruppen ved Oslo politidistrikt kan likevel rapportere om en generell økning i forsøk på å få siktede innlagt uten samtykke fra institusjonen i de senere år, noe som sees i sammenheng med at flere påtalejurister den siste tiden er blitt klar over muligheten.²⁶ Det kan derfor antas at det er, og fortsatt vil være, en økning i bruken av institusjonsopphold som varetektssurrogat uten institusjonens samtykke etter straffeprosessloven, § 188, tredje ledd, uten at det for oss er mulig å gi eksakte estimater for hvor stor denne økningen vil kunne ventes å bli. Den rettslige forståelsen av vilkårene i § 188, tredje ledd, vil også her kunne få betydning. Vilkårene er temaet for neste punkt.

3. Vilkår for varetektssurrogat på institusjon

3.1 Bestemmelsens ordlyd

Bruk av varetektssurrogat i institusjon etter strpl. § 188, fordrer at vilkårene for varetektsfengsling i strpl. §§ 170a og 171 må være oppfylt.²⁷ I tillegg oppstiller strpl. § 188 enkelte selvstendige vilkår. Bestemmelsen har nå følgende ordlyd:

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Slik plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker.

Samtykke ved beslutning etter annet ledd er likevel ikke nødvendig når siktede på fengslingstidspunktet har en sterkt avvikende sinnstilstand eller psykisk utviklingshemming og antas å være straffri etter straffeloven § 20 annet ledd bokstav a eller c, jf. tredje ledd. Vurderingen av om siktede antas å være straffri etter straffeloven § 20 annet ledd bokstav a, jf. tredje ledd må bygge på en entydig sakkyndig utredning. Det regionale helseforetaket i den siktedes bostedsregion bør få anledning til å uttale seg før beslutningen treffes. Det regionale helseforetaket avgjør ellers hvilken

²⁴ Holst og Kilden, Justissektorens inntog i norsk psykiatri, *Tidsskr Nor Legeforen* 2021 doi: 10.4045/tidsskr.21.0222

²⁵ Senneseth, Holst, Mindestrømmen, Flåan og Rypdal (2021) s. 13 og 18.

²⁶ Formidlet i telefonsamtale med representant fra psykiatri gruppen den 18.01.2023.

²⁷ Det er verdt å merke seg at forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a kan stille seg annerledes ved bruk av varetektssurrogat, enn ved bruk av ordinær varetektsfengsling. I tilfeller der varetektsfengsling kan anses som et uforholdsmessig inngrep, kan varetektssurrogat tenkes å være forholdsmessig, se Prop. 122L (2014–2015), s. 44.

institusjon siktede skal oppholde seg i. Dersom siktede er psykisk utviklingshemmet, skal plassering skje i fagenheten for tvungen omsorg, jf. straffeloven § 63.

Når den siktede skal oppholde seg i institusjon eller kommunal boenhet, kan retten fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet.

Reglene i §§ 184, 185 og 187 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsens tredje ledd åpner altså for at det på visse vilkår kan gjøres bruk av institusjonsplassering som varetektssurrogat, selv om den aktuelle institusjonen ikke skulle samtykke til dette. To hovedvilkår må i så fall være innfridd. Med tanke på *gjerningstidspunktet* må siktede «antas å være straffri etter straffeloven § 20 annet ledd bokstav a eller c, jf. tredje ledd». Videre må siktede på *fengslingstidspunktet* ha en «sterkt avvikende sinnstilstand eller psykisk utviklingshemming». Det stilles i tillegg enkelte skjerpede krav til bevis. Vi vil i det følgende utdype hva som ligger i dette.

3.2 Hvilke krav stilles til siktedes tilstand på gjerningstidspunktet?

Kravet til siktedes tilstand på *gjerningstidspunktet* er formulert som et krav om at siktede må «antas å være straffri etter straffeloven § 20 annet ledd bokstav a eller c, jf. tredje ledd». Det er i forarbeidene forklart at termen «antas» her ble valgt for å signalisere et krav om overveiende sannsynlighet.²⁸ Kravet kan dermed forstås som en anvisning til retten om hvor stor grad av overbevisning det må være for at siktede, som følge av sin sinnstilstand på gjerningstidspunktet, *ville* ha blitt funnet utilregnelig i en hovedforhandling.

Lovforarbeidene forklarer imidlertid at det forhøyede beviskravet bare kommer til anvendelse der det er usikkerhet om sakens *faktiske forhold*, ikke for spørsmålet om hvordan disse forholdene eventuelt *rettslig sett* skal klassifiseres:

Beviskravet får betydning ved faktisk usikkerhet, det vil si ved tvil om hvilke symptomer siktede hadde, men ikke ved rettslig tvil, det vil si ved tvil knyttet til den rettslige klassifiseringen av disse symptomene. Det strenge beviskravet innebærer både at det må foreligge høy grad av sannsynlighet for at siktede hadde sterke psykotisk symptomer på gjerningstidspunktet, og at vurderingen av sannsynlighet bygger på et godt utredet bevisgrunnlag.²⁹

Spørsmålet blir da om det er tiltaltes faktiske tilstand, eller den rettslige konklusjonen tilstanden vil kunne lede til, som må være *overveiende* sannsynlig. Signaliserer «antas» et krav til sakens beviser, eller et krav til rettens prognose om hvordan den videre saksgangen vil forløpe seg?

Revisjonen av utilregnelighetsreglene i 2020 ser her ut til å forkludre lovgivers premisser. Mens det tidligere ville være en stor grad av overlapp mellom en vurdering av medisinsk tilstand og rettslig subsumsjon, legger dagens utilregnelighetsregel opp til en kompleks og sammensatt vurdering med rettslig skjønnsutøvelse i alle ledd. Det er ikke gitt at retten vil anse en

²⁸ Prop. 122 L (2014--2015) s. 48.

²⁹ Ibid.

gjerningsperson med sterke psykotiske symptomer som strafferettslig utilregnelig. Samtidig, vil den medisinske betegnelsen som brukes for å beskrive det aktuelle symptom bildet antageligvis ha mindre betydning enn tidligere.³⁰ Dette trekker i retning av at «antas» her må leses som et krav til rettens fremtidsprognose.

Også bestemmelsens formål taler for det. Lovgiver åpnet for institusjonsopphold uten institusjonens samtykke blant annet for å sikre at utilregnelige personer ikke skulle bli fengslet:

Departementet mener i likhet med utredningsgruppen og flere av høringsinstansene at personer som er psykotiske og som med stor grad av sikkerhet er så syke at de oppfyller straffelovens kriterier for å bli ansett strafferettslig utilregnelige, ikke bør utholde varetekt i fengsel. Både hensynet til at alvorlig syke ikke bør være i fengsel og hensynet til å unngå at personer som ikke er strafferettslig ansvarlige blir sittende i fengsel, taler for en slik løsning.³¹

I samme retning trekker ankeutvalgets tilslutning til lagmannsrettens lovtolkning i HR-2021-2462-U, avsnitt 17:

Lagmannsretten har funnet at det er sannsynlighetsovervekt for at det vil bli reist sak om overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 62, men at vilkårene for å anvende straffeprosessloven § 188 tredje ledd ikke er oppfylt. Etter lagmannsrettens syn følger det av vilkåret om at utilregnelighet må være dokumentert ved «en entydig sakkyndig vurdering», at det gjelder et «skjerpet krav til sannsynlighet for utilregnelighet». Dette gir uttrykk for en riktig lovtolkning.

At *utilregnelighet* skal være «dokumentert ved «en entydig sakkyndig vurdering», slik lagmannsretten her synes å ha lagt til grunn, kan imidlertid ikke være riktig. Som revisjonen av utilregnelighetsregelen i 2020 var ment å fremheve, er det å ta stilling til om noen er utilregnelig et rettslig spørsmål, som det ikke er opp til de sakkyndige men *retten* å avgjøre.

Ettersom de sakkyndige ikke lenger skal foreta rettslige vurderinger i sine utredninger, må kravet om en «entydig sakkyndig utredning», her forstås som et krav om en sakkyndig utredning som ikke etterlater tvil om de sakkyndiges beskrivelse av siktedes *faktiske tilstand* er riktig. Det riktige må dermed være at «antas» her leses som et krav om at en *fremtidig utilregnelighetskonklusjon* fremstår overveiende sannsynlig, og at kravene om en «entydig sakkyndighetsutredning» og at det regionale helseforetaket skal høres, leses som et krav til hvilket informasjonsgrunnlag retten skal bygge sin utilregnelighetsprognose på.

Rettens vurdering av siktedes tilstand på gjerningstidspunktet blir dermed tredelt:

- Først må det tas stilling til om den sakkyndige utredningen tegner et entydig bilde av siktedes sykdomsbilde.

³⁰ Dette med mindre tvilen knytter seg til spørsmålet om siktede egentlig bare har en personlighetsforstyrrelse, noe som i så fall vil utelukke en konklusjon om utilregnelighet. Se, Prop. 154 L (2016–2017) s. 76.

³¹ Prop. 122 L (2014–2015) s. 47.

- Deretter må det tas stilling om siktede, alle bevis i saken tatt i betraktning, befant seg i en faktisk tilstand på gjerningstidspunktet som kvalifiserer til den respektive rettslige betegnelsen i straffeloven § 20, annet ledd. Her vil eventuelle vurderinger fra aktuelt sykehus kunne være relevante, særlig dersom vedkommende har, eller har hatt, et nylig opphold der.
- Til sist må det tas stilling til om det er en høy grad av sannsynlighet for at en fremtidig domstol vil anse gjerningspersonen som strafferettslig utilregnelig, noe som etter strl. § 20, tredje ledd, jf. andre ledd, innebærer at det ikke vil ansees rimelig og rettferdig å straffe vedkommende.³²

3.3 Hvilke krav stilles til siktedes sinnstilstand på fengslingstidspunktet?

En sentral premiss for den følgende drøftelsen av sinnstilstand på *fengslingstidspunktet* er allerede nevnt i forrige kapittel: Med lovendringen i 2020 ble det trukket et tydeligere skille mellom kriterier knyttet til strafferettslig utilregnelighet grunnet sinnstilstand, og medisinsk terminologi. Som vi i det videre vil utdype, får lovendringene fra 2020 konsekvenser for tolkningen av 2016-vilkårene om domstolpålagt institusjonsopphold.

Bestemmelsens vilkår er at siktede har en «sterkt avvikende sinnstilstand», jfr. strpl. § 188 tredje ledd første setning. Vilkåret er identisk med ett av vilkårene i strafferettens utilregnelighetsregel, nærmere bestemt bokstav a i strl. § 20 andre ledd. Lovgiver har med andre ord valgt et strafferettslig tilregnelighetsvilkår fremfor et helserettlig kriterium knyttet til institusjonsopphold. Tatt i betraktning at tema nettopp er innleggelse på institusjon, er valget av et strafferettslig tilregnelighetsvilkår langt fra opplagt.³³ Innvendingene er av to slag. For det første – som nevnt over – er det ikke nødvendigvis noen sammenheng mellom strafferettslig utilregnelighet grunnet sinnstilstand og et *behov* for opphold på psykiatrisk institusjon.³⁴ For det andre er skyldevne knyttet til *gjerningstidspunktet*. Skyldevne på alle andre tidspunkter enn gjerningstidspunktet er ellers i både strafferetten og straffeprosessen irrelevant. Hvorfor har lovgiver likevel valgt å knytte utilregnelighetsvilkåret til fengslingstidspunktet?

Går vi tilbake til lovforarbeidene i Prop. 122 L (2014–2015), gjengitt i forrige punkt, finner vi en sammensatt argumentasjon for domstolpålagt institusjonsopphold. Lovforarbeidenes første argument for institusjonsopphold er av generell karakter, og dreier seg om at siktede som antas å mangle skyldevne heller ikke bør varetektsfengsles. Argumentet knytter an til skyldevne, og dermed til gjerningstidspunktet. Det forklarer ikke hvorfor skyldevne på fengslingstidspunktet skal ansees som relevant. Ser vi nærmere på lovforarbeidene, finner vi også et annet argument av generell karakter: Alvorlig syke mennesker bør ikke være i fengsel. I motsetning til det forrige argumentet, knytter dette argumentet an til tilstand på fengslingstidspunktet. Lovgivers resonnement synes å være følgende: I tilfeller hvor det *både* er utsikt til straffrihet grunnet

³² Se, Prop. 154 L (2016-2017) s. 230. I saker hvor bruk av institusjonsopphold uten samtykke som varetektssurrogat kan være aktuelt, står retten dermed ovenfor et relativt komplekst spørsmål. Det er imidlertid ikke mer komplekst enn å vurdere sannsynligheten for at «sak om overføring til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 62 eller tvungen omsorg etter straffeloven § 63», vil bli reist, og som lovgiver i strpl. § 171 tredje ledd, forventer at retten også skal være i stand til å vurdere.

³³ I denne sammenheng fremstår «alvorlig sinnslidelse», knyttet til tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 nr. 3, som den nærmeste helserettslige parallellen.

³⁴ Se eksempelvis drøftelsene i Stortingets justiskomiteé, Innst. 296 L (2018–2019), s. 8 flg.

manglende skyldene på gjerningstidspunktet, og siktede er alvorlig syk på fengslingstidspunktet, kan samfunnet pålegge psykiatrien å ta ansvar for siktede. Resonnementet gir imidlertid fortsatt ingen forklaring på hvorfor lovgiver har valgt et strafferettslig tilregnelighetsvilkår for å beskrive sinnstilstand på fengslingstidspunktet.

Går vi på nytt tilbake til lovforarbeidene, finner vi at Justis- og beredskapsdepartementet benyttet et varierende ordvalg når det gjelder sinnstilstand på fengslingstidspunktet. Hensynet til å unngå fengsling av *alvorlig syke* er allerede nevnt. Videre viser lovforarbeidene til de *psykotiske*, de *aktivt psykotiske* og de som er *tungt psykotiske* på fengslingstidspunktet.³⁵ Selv med varierende ordvalg, peker ordene mer mot alvorlig sinnslidelse enn mot strafferettslig skyldene. Som bakteppe for uklarheten kan vi både tenke oss at departementet er «på bortebane» når det gjelder terminologi om sinnslidelser, og at strafferettens utilregnelighetsregel i årene 2002 til 2020 selv brukte medisinsk terminologi ved utformingen av strafferettslige vilkår. Noe av formålet med 2020-lovendringen var nettopp å unngå forvirring om likheter og ulikheter mellom medisinsk terminologi og rettslige begrep.³⁶ I lys av dette synes valget av et strafferettslig tilregnelighetsvilkår på fengslingstidspunktet ikke å bero på en lovgivervilje om å knytte skyldene an til fengslingstidspunktet, men på en slik forvirring som Justis- og beredskapsdepartementet selv ønsket å unngå.

For rettsanvenderen innebærer forvirringen at § 188 feilaktig leder oppmerksomheten mot skyldene på fengslingstidspunktet. Det er en misforståelse, oppmerksomheten skal rettes mot alvorsgraden av siktedes psykiske lidelse på fengslingstidspunktet. Lovens krav til sinnstilstand på fengslingstidspunktet er altså *ikke* et spørsmål om utilregnelighet, men om alvorlig psykose.³⁷ Også spørsmål om siktede har en tilstrekkelig alvorlig psykisk sykdom kan være beheftet med tvil. Det må da være opp til retten å avgjøre om psykosetilstanden skal ansees tilstrekkelig bevist eller ikke.

I saken som stod til prøving i HR-2021-2462-U, var et sentralt spørsmål for lagmannsretten om det skjerpede beviskravet også måtte gjelde for vurderingen av siktedes sinnstilstand i dag. Høyesteretts ankeutvalg kommer ikke overraskende til at det samme beviskravet gjelder for vurderingen av siktedes sinnstilstand på fengslingstidspunktet som for siktedes tilstand på gjerningstidspunktet.³⁸ Selv om det rent språklig kanskje er mulig å lese formuleringen «har en sterk avvikende sinnstilstand» som et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, var forutsetningen i forarbeidene, at det skulle stilles skjerpede krav til vurderingen av siktedes sykdom, uavhengig av hvilket tidspunkt denne vurderingen skulle skje på:

³⁵ Prop. 122 L (2014–2015), s. 47-48.

³⁶ Se Prop. 154 L (2016–2017), s. 55 flg. og Innst. 296 L (2018–2019), s. 8 flg. Justis- og beredskapsdepartementet oppsummerte bl.a. slik: «Departementet mener, i likhet med en rekke høringsinstanser, at det er forvirrende når det samme begrepet «psykotisk» brukes i både medisinsk og rettslig forstand, men med forskjellig innhold», Prop. 154 L (2016–2017), s. 12.

³⁷ Hverken ankeutvalget eller lagmannsrettene synes gjennom sin bruk av terminologi her å være tilstrekkelig oppmerksom på den endringen i rettsstilstanden som revisjonen av utilregnelighetsreglene har medført, se HR-2021-2462-U og LA-2022-12552.

³⁸ HR-2021-2462-U, avsnitt 17-19.

«Departementet mener i likhet med utredningsgruppen og flere av høringsinstansene at personer som er psykotiske og som med stor grad av sikkerhet er så syke at de oppfyller straffelovens kriterier for å bli ansett strafferettslig utilregnelige, ikke bør utholde varetekt i fengsel. Både hensynet til at alvorlig syke ikke bør være i fengsel og hensynet til å unngå at personer som ikke er strafferettslig ansvarlige blir sittende i fengsel, taler for en slik løsning.».³⁹

Det må dermed være riktig, som ankeutvalget kom til, at også siktedes sinnstilstand på fengslingstidspunktet må være bevist med en høy grad av sannsynlighet.

3.4 Hvilke krav stilles til informasjonsgrunnlaget?

Bestemmelsen krever ikke bare at retten i tilstrekkelig grad må la seg overbevise om at siktede oppfyller vilkårene om tilstand på gjerningstidspunkt og på fengslingstidspunkt, men har av hensyn til avgjørelsesgrunnlagets kvalitet også oppstilt et krav om at rettens overbevisning må bygge på en «entydig sakkyndig utredning».⁴⁰ Det oppstår dermed et spørsmål om hvilke krav som med dette må stilles til det medisinske informasjonsgrunnlaget for vurderingene av siktedes sinnstilstand

I avgjørelsen som stod til prøving for Høyesteretts ankeutvalg i HR-2021-2462-U, hadde lagmannsretten lagt en vid tolkning av uttrykket «sakkyndig utredning» til grunn, slik at dette ikke bare omfattet «de rettsoppnevnte sakkyndiges syn, men også til behandlingsmiljøets syn».⁴¹ Ankeutvalget tar ikke konkret stilling til riktigheten av dette, da lagmannsretten uansett hadde «konkludert med at det ikke foreligger klar sannsynlighetsovervekt for sterkt avvikende sinnstilstand på fengslingstidspunktet».⁴² Det skulle de kanskje ha gjort, ettersom lagmannsrettens utgangspunkt her ikke kan være riktig. Om lagmannsrettens tolkning av «sakkyndigutredning» legges til grunn, ville en uenighet mellom fagpersoner på den aktuelle institusjonen selv, og de rettsoppnevnte sakkyndige, kunne være til hinder for at retten kan pålegge institusjonen å ta imot siktede, selv om retten skulle finne klar sannsynlighetsovervekt for at siktede oppfylte vilkårene for institusjonsplassering som varetektssurrogat. Bestemmelsen om bruk av varetektssurrogat *uten* den aktuelle institusjonens samtykke ville da stå igjen som tilnærmet virkningsløs.⁴³

Kravet om entydighet i sakkyndigutredningen, må etter vår mening derfor tolkes i tråd med det som også følger direkte av ordlyden. Det er et krav om entydighet i de sakkyndiges syn på den siktedes medisinske tilstand på *gjerningstidspunktet*, ikke et krav om enighet mellom de sakkyndige og eventuelle andre fagpersoner om siktedes tilstand på *fengslingstidspunktet*, og i alle tilfeller ikke et krav om enighet mellom de sakkyndige og andre medisinskfaglige personer om hvordan den aktuelle tilstanden rettslig sett skal subsumeres. Hvilken betydning en

³⁹ Prop 122 L (2014–2015) s. 47.

⁴⁰ Prop. 122 L (2014–2015) s. 48.

⁴¹ HR-2021-2462-U, avsnitt 20.

⁴² HR-2021-2462-U, avsnitt 20.

⁴³ Den mest åpenbare grunnen til at en institusjon ikke ville samtykke til institusjonsopphold som varetektssurrogat er jo nettopp faglig uenighet mellom de rettsoppnevnte sakkyndige og institusjonen om den siktedes diagnoser, slik avgjørelsen i LA-2022-12552 illustrerer.

eventuell uenighet mellom rettsoppnevnte sakkyndige og andre fagpersoner skal ha, må det selvfølgelig være opp til retten å avgjøre.

Selv om sakkyndigutredningen skulle være entydig, står retten i vurderingen av om en fremtidig utilregnelighetskonklusjon er overveiende sannsynlig, eller i vurderingen av om siktede er psykotisk på fengslingstidspunktet, selvfølgelig fritt til å ta i betraktning andre faktakilder. At det regionale helseforetaket skal høres, kan forstås som en oppfordring til nettopp det.

4 Gjennomføring av varetektssurrogat på institusjon

Vi skal gå fra de rettslige vilkårene for institusjonsopphold, til helsevesenets gjennomføring av institusjonsoppholdet. Hvordan skal helsevesenet forholde seg til siktede som legges inn på institusjon etter strpl. § 188? Spørsmålet er relevant både for de tilfeller hvor institusjonen har samtykket til oppholdet, og de tilfeller hvor retten har besluttet innleggelse uten institusjonens samtykke.

Straffeprosessloven § 188 gir helsevesenet få holdepunkter om gjennomføringen. Kun to sider ved gjennomføringen er regulert i bestemmelsen. For det første regulerer bestemmelsen hvem som skal utpeke institusjon. Det fremgår av § 188 tredje ledd at det regionale helseforetaket avgjør *hvilken institusjon* siktede skal oppholde seg i. Ordlyden har en parallell i psykisk helsevernloven § 5-2 første ledd, som omhandler dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Parallellen er tilsiktet, og i tråd med Mæland-utvalgets forslag.⁴⁴ Tanken bak å legge utpekingsmyndigheten til det regionale helseforetaket er å sikre at institusjonene etterlever mottakplikten, og slik hindre at institusjonene, under henvisning til asylsuvereniteten, trenerer eller avviser siktede.⁴⁵

For det andre regulerer bestemmelsen forholdet til rømmningsfare. Det fremgår av § 188 fjerde ledd at retten kan fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet. Det dreier seg altså om en domstoltildelt fullmakt for personale og politi til å anvende tvang.

Ordlyden har likhetstrekk med psykisk helsevernlovens § 3-6 annet ledd, som også omhandler avhenting og bruk av tvang ved institusjoner. Lov om psykisk helsevern § 3-6 annet ledd er i juridisk litteratur tolket slik at det *kun* er politiet som kan anvende tvang *utenfor* institusjon, ikke institusjonens ansatte.⁴⁶ Gitt ordlyden i phvl. § 3-6 er dette en nærliggende tolkning.⁴⁷ Imidlertid har strpl. 188 en noe annen ordlyd enn phvl. § 3-6 på dette punktet. I lys av den pågående debatten mellom helsevesen og politi, kan det ha interesse å se nærmere på hvordan

⁴⁴ Se Mæland-utvalgets rapport, s. 239.

⁴⁵ I lovforarbeidene til særreaksjonen dom på tvungent psykisk helsevern fremgår at justiskomiteens flertall støttet forslaget om å legge utpeking av institusjon til det regionale helseforetaket, for å ”unngå at pasienter blir kasterboller mellom de ulike institusjonsanbringelsene”, se Innst. O. nr. 34 (1996–1997), s. 13.

⁴⁶ Se Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Oslo: Gyldendal 2016, s. 165.

⁴⁷ Uten at det er problematisert, synes en slik tolkning å anees som en *generell* regel om kompetanseforholdet mellom politi og helsevesen når det gjelder bruk av tvang *utenfor* helseinstitusjoner. Justis- og beredskapsdepartementets lovtolkning i brev av 10.10.22 til Politidirektoratet synes å gå i tilsvarende retning, se departementets ref.nr. 22/1703 SK.

strpl. § 188 regulerer spørsmålet om tvang utenfor helsevesenets institusjoner.⁴⁸ Etter ordlyden i strpl. § 188 fjerde ledd kan retten, som nevnt over, fastsette at tvang kan anvendes ved tilbakeholdelse og ved tilbakehenting. Det fremgår videre at tilbakeholdelse og tilbakehenting om nødvendig kan skje med tvang og med bistand fra offentlig myndighet. Ordlyden indikerer at institusjonspersonalet kan anvende tvang *både* med og uten bistand fra politiet. Spørsmålet blir så: Innebærer det at institusjonens ansatte – uten bistand fra politiet – kan anvende tvang også *utenfor* institusjonen? Bestemmelsens ordlyd gir liten veiledning, men lovforarbeidene berører spørsmålet. I lovforarbeidene fremgår følgende om tvangsanvendelsen:

retten kan fastsette at personalet ved institusjonen eller tjenestetilbudet fysisk kan hindre den siktede i å forlate boligen eller institusjonen.⁴⁹

Forarbeidene åpner dermed for at institusjonsansatte «fysisk» kan hindre den siktede i å forlate institusjonen, men tilsvarende er ikke nevnt om tilbakehenting. Til tross for ulik ordlyd tilsier forarbeidene at strpl. § 188 må tolkes på samme vis som i phvl. § 3-6 når det gjelder tvang utenfor institusjon.

For øvrig har det fra Justis- og beredskapsdepartementets side ikke vært gjort noen innsats for å avklare siktedes rettslige stilling under gjennomføring av institusjonsoppholdet. Helse- og omsorgsdepartementet har imidlertid berørt spørsmålet om gjennomføringsregler. I Ot. prp. nr. 65 (2005–2006) konstaterte departementet:

I det psykiske helsevernet gjennomføres det til en viss grad institusjonsopphold som har hjemmel i annen lovgivning.⁵⁰

Mer konkret nevnte departementet vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven, vedtak om tilbakehold av rusmiddelbrukere etter sosialtjenesteloven, og institusjonsopphold i forbindelse med rettspsykiatrisk undersøkelse etter strpl. § 167.⁵¹ Departementet presiserte innledningsvis at det her dreier seg om *regler for gjennomføring*, som må skilles fra *regler for etableringsvedtak*. Departementet formulerte spørsmål og bakgrunn slik:

Når et institusjonsopphold gjennomføres i det psykiske helsevernet etter vedtak med hjemmel i annen lov aktualiseres spørsmålet om hvilke regler som gjelder for denne gjennomføringen. I hvilken grad er det for eksempel anledning til å foreta beslag i gjenstander pasienten oppbevarer, og hvem er klageinstans for et slikt vedtak. I psykisk helsevernloven finnes det i dag ingen bestemmelse om lovens virkeområde.⁵²

Departementets oppmerksomhet var i utgangspunktet rettet mot utfordringer knyttet til institusjonsopphold som reguleres av *ulike* gjennomføringsregler.⁵³ Imidlertid ble departementet under høringen kjent med at det også forekommer institusjonsopphold *uten*

⁴⁸ Om debatten, se bl.a. Helsedirektoratets brev av 15.03.22 til Helse- og omsorgsdepartementet, ref.nr. 21/36000-101.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 71.

⁵⁰ Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 48.

⁵¹ Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 48.

⁵² Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 48.

⁵³ Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 50.

gjennomføringsregler. Konkret pekte departementet på gjennomføring av rettspsykiatrisk undersøkelse etter strpl. § 167. Departementet anså gjennomføring av slike institusjonsopphold som et lovtomt område: «Dersom ikke psykisk helsevernlovens bestemmelser skulle komme til anvendelse i et slikt tilfelle ville forholdet vært uregulert.»⁵⁴ Lovforarbeidene munnet ut i phvl. § 1-1a, om lovens virkeområde. Her fremgår at ved opphold i medhold av annen lov enn psykisk helsevernloven, gjelder bestemmelsene i kapittel 4, med unntak av §§ 4-4, 4-4a, 4-5 annet ledd, 4-7a annet ledd, 4-9 og 4-10.⁵⁵ Departementet nevnte ikke institusjonsopphold etter strpl. § 188. Årsaken er antagelig at departementet ikke var gjort oppmerksom på eksistensen av § 188. Uansett etterlater ordlyden i phvl. § 1-1a annet ledd ikke tvil om *alle* institusjonsopphold i det psykiske helsevernet i medhold av annen lov, er ment å omfattes av bestemmelsen.

Samtidig er det grunn til å stoppe opp ved Helse- og omsorgsdepartementets begrunnelse for å la et utvalg bestemmelser fra psykisk helsevernlovens kapittel 4 komme til anvendelse. Som nevnt anså departementet gjennomføring av varetektssurrogat på institusjon som «uregulert», uten gjennomføringsbestemmelser fra kapittel 4.⁵⁶ Etter vår oppfatning, er dette imidlertid ikke en dekkende beskrivelse fra departementets side. Det er langvarig rettspraksis for at ulike former for restriksjoner etter strpl. § 186 kan kombineres med varetektssurrogat etter strpl. § 188. Det innebærer at siktede kan ha opphold på institusjon, og samtidig være underlagt eksempelvis brev- og besøksforbud etter strpl. § 186 annet ledd.⁵⁷

En rettslig utfordring ved denne praksisen er at strpl. § 188 femte ledd gir §§ 184, 185 og 187 anvendelse, men ikke § 186. Utformingen av femte ledd kan dermed tolkes slik at restriksjoner etter § 186 bevisst er utelukket fra varetektssurrogat. Et tilbakeblikk på forhistorien til strpl. § 188 viser imidlertid at så ikke er tilfelle. De opprinnelige varetektssurrogatene etter strpl. § 188 var etter sin art lite egnet for situasjoner med fare for bevisforspillelse.⁵⁸ I et slikt lys hadde restriksjoner etter § 186 ingen plass, og fikk det heller ikke. Senere er institusjonsopphold uttrykkelig innlemmet blant varetektssurrogatene, uten at lovgiver synes å ha vært oppmerksom på at slike institusjonsopphold aktualiserte situasjoner med bevisforspillelsesfare. Vi står dermed ikke ovenfor en bevisst utelatelse av § 186, men overfor et tilfelle hvor lovgiver ikke innså institusjonsoppholdenes ringvirkninger. Det er ikke kjent for oss om den manglende henvisningen til § 186 har vært problematisert i rettspraksis. Det kan tenkes at praksis har vært basert på en uuttalt «fra det mer til det mindre»-premiss; når siktede kan varetektsfengsles med restriksjoner, må siktede også kunne ha institusjonsopphold med restriksjoner.⁵⁹

Helsedirektoratet har i ulike sammenhenger berørt forholdet til restriksjoner på institusjon. I 2011 pekte direktoratet på at det er straffeprosessuelle restriksjoner som benyttes i praksis, og

⁵⁴ Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 51.

⁵⁵ For hophold etter helse- og omsorgstjenesteloven gjelder egne regler, se § 1-1a siste setning.

⁵⁶ Ot. prp. nr. 65 (2005–2006), s. 51.

⁵⁷ Se eksempelvis Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12.08.22, saksnr. 22-113191SAK-BORG/04. Her ble varetektssurrogat på institusjon vurdert som egnet til å avverge både bevisforspillelsesfare og gjentakelsesfare.

⁵⁸ Se, NOU 1980:28, s. 58.

⁵⁹ I så fall en parallell til Justis- og beredskapsdepartementets argumentasjon for at domstolene kan bestemme at institusjonsansatte kan anvende tvang (tilbakeholdelse og avhenting), jf. strpl. § 188 fjerde ledd, selv om institusjonen ellers ikke har hjemmel til slik frihetsberøvelse, se Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 50 flg.

at institusjonene «ofte ikke benytter seg av gjennomføringsbestemmelsene» fra psykisk helsevernloven kapittel 4.⁶⁰ Helsedirektoratet konstaterte samtidig, uten begrunnelse, at restriksjoner hjemlet i straffeprosessloven kan benyttes under institusjonsoppholdet. Senere er det samme tilføyd i Helsedirektoratets kommentar til phvl. § 1-1a: «Det legges til grunn at brev- og besøksforbud ilagt av retten, må kunne følge varetektsfengslede som har opphold i det psykiske helsevernet».⁶¹

Så langt viser denne gjennomgangen av rettskildene at rettspraksis legger til grunn at restriksjoner etter strpl. § 186 kan benyttes i kombinasjon med institusjonsopphold, og at Helsedirektoratet støtter en slik praksis. Samtidig viser lovforarbeidene at lovgiver ikke har berørt spørsmålet.

Nært knyttet til spørsmål om rettslig grunnlag for restriksjoner, er spørsmål knyttet til *hvem* som skal håndheve straffeprosessuelle restriksjoner. Må politiet sørge for at restriksjonene overholdes, eller kan dette overlates til institusjonens ansatte? Og hvis institusjonen ikke samtykker til å håndheve straffeprosessuelle restriksjoner, kan retten pålegge institusjonen å håndheve restriksjonene, slik retten kan pålegge institusjonen å ta hånd om siktede? Disse spørsmålene har lovgiver ikke tatt stilling til, og de er så vidt vites heller ikke berørt i rettspraksis eller litteratur.

Vi skal nærme oss disse spørsmålene via strpl. § 188 fjerde ledd, som inneholder hjemmel for visse lignende restriksjoner. Som nevnt åpner fjerde ledd for at domstolene kan fastsette at siktede «skal kunne» holdes tilbake og hentes av institusjonens ansatte, om nødvendig med tvang og med bistand fra politiet. Men vil en slik domstoltildelt tvangsfullmakt *forplikte* institusjonens ansatte til fysisk å holde siktede tilbake eller eventuelt hente siktede? Fjerde ledd tyder ikke på at den er utformet som et pålegg til institusjon eller dens ansatte.

Det er ellers verdt å merke seg at den domstoltildelte tvangsfullmakten ble innført samtidig med en ordning som «uttrykkelig» presiserte at institusjonens samtykke til oppholdet var en forutsetning.⁶² Både opphold og anvendelse av tvangsfullmakter var med andre ord opp til institusjonen. Lovendringen i 2016 som innførte adgang for domstolene til å pålegge opphold, nevnte ikke tvangsfullmaktene. Det er dermed ikke noe i lovforarbeidene som tyder på at adgangen til å pålegge institusjonen å ta imot siktede, også var tenkt å skulle innebære et pålegg til institusjonen å anvende tvangsfullmakter. I lys av dette foreligger det heller ingen holdepunkter for at straffeprosessuelle restriksjoner hjemlet *utenfor* § 188 innebærer noen forpliktelser for helsevesenets institusjoner.

Vi skal så gå tilbake til de særskilte bestemmelser i lov om psykisk helsevern kapittel 4, som kommer til anvendelse etter phvl. § 1-1a. For det første er det verdt å merke seg at departementet ikke drøftet grunnlag for helsehjelp under varetektssurrogatet. Helsevesenet må følgelig

⁶⁰ Uttalelsen omhandlet institusjonsopphold etter strpl. § 167, se Helsedirektoratets brev av 15.04.11, ref. 10/6077. Uttalelsen gir tilkjenne at Helsedirektoratet var kjent med at gjennomføring ikke nødvendigvis er å betrakte som «uregulert» uten bestemmelsene fra psykisk helsevernlovens kapittel 4.

⁶¹ [Alminnelige bestemmelser - Helsedirektoratet](#), besøkt 08.11.22

⁶² Ot. prp. nr. 46 (2000–2001), s. 71, se også s. 50 om institusjonens samtykke til oppholdet i forbindelse med restriksjoner.

forholde seg til hovedregelen om samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, jf. phvl. § 1-5. Situasjonen er med andre ord at institusjonsoppholdet er tvungent, men eventuell behandling frivillig.

Situasjonen blir en annen dersom siktede samtidig oppfyller vilkårene for tvungen observasjon i phvl. § 3-2, eller oppfyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern i phvl. § 3-3. En slik situasjon kan imidlertid fremstå som lite praktisk, ettersom siktede i slike tilfeller trolig ville ha vært, eller vil bli, tvangsinnlagt på et helserettslig grunnlag. I et slik lys er målgruppen for varetektssurrogat siktede som antas å ha vært strafferettslig utilregnelige på handlingstidpunktet, og er psykotiske på fengslingstidspunktet, men som *likevel ikke* er innlagt etter et helserettslig grunnlag. Tatt i betraktning at § 188 etter siste lovendring synes å kreve *alvorlig sykdom i form av psykose* på fengslingstidspunktet (se punkt 3.3 over) kan det argumenteres for at det egentlige anvendelsesområdet for varetektssurrogat, uten samtidig innleggelse etter phvl. §§ 3-2 til 3-3, er marginalt.

Som typetilfeller innenfor dette marginale anvendelsesområdet, kan vi tenke oss tilfeller hvor vedkommende anses å fylle vilkårene for tvangsinnleggelse etter psykisk helsevernloven, men hvor aktuelle institusjoner ikke har plass til vedkommende. Vi kan også tenke oss tilfeller hvor psykiatriens institusjoner mener at vedkommende *ikke* fyller vilkårene for tvangsinnleggelse i lov om psykisk helsevern, men hvor domstolene anser siktede for å ha en kvalifiserende psykose. I førstnevnte tilfelle vil institusjonen måtte rydde plass til varetektssurrogatet, som slik sett vil skaffe siktede en behandlingsplass han/hun ellers ikke ville fått. I sistnevnte tilfelle vil siktede få opphold på institusjon, og kunne gis helsehjelp basert på samtykke.

For de tilfeller hvor siktede ikke oppfyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern, fremgår av phvl. § 1-1a at følgende bestemmelser i kapittel 4 likevel får anvendelse: Siktede har krav på individuell plan etter § 4-1. Siktede har krav på vern om personlig integritet, slik dette er regulert i § 4-2. Siktede kan holdes skjermet, helt eller delvis, fra medpasienter og personell etter § 4-3. Siktede kan ikke underlegges innskrenkninger i retten til å motta besøk og benytte telefon, samt sende og motta brev og pakker, slik det ellers er åpnet for i § 4-5 annet ledd. Siktede kan underlegges kroppsvisitasjon og ellers undersøkelse av rom og eiendeler etter § 4-6. Funn som blir gjort kan etter § 4-7 beslaglegges. Siktede kan etter § 4-7a første ledd samtykke til rusmiddeltesting, men den faglig ansvarlige på institusjonen kan etter annet ledd ikke vedta slik testing. Siktede kan underlegges bruk av tvangsmidler som nevnt i § 4-8, herunder bruk av belter, bruk av korttidsvirkende legemidler, samt innelåsning og fastholding.

Utvalget av bestemmelser fra psykisk helsevernloven kap. 4 er ikke nærmere begrunnet i lovforarbeidene. Enkelte av bestemmelsene er åpenbart myntet på en pasienttilværelse, slik som individuell plan etter phvl. § 4-1. Andre bestemmelser, slik som bestemmelsene om ransaking, beslag og tvangsmidler, har nærliggende paralleller i straffegjennomføringsloven, se eksempelvis strgf. § 38.

Likheter og ulikheter gjenspeiler at på samme vis som kapittel 4 i lov om psykisk helsevern er utformet med tanke på en pasienttilværelse, er de samme bestemmelsene *ikke* utformet med tanke på de hensyn som gjør seg gjeldende under etterforskning av straffesaker, noe som er egnet til å skape ufordringer for den praktiske gjennomføringen.

5 En hensiktsmessig ordning?

Lovendringen som åpnet for domstolpålagt institusjonsopphold ble som nevnt evaluert i 2020. I den evalueringen som SIFER foretok på vegne av helsedepartementet, meldte respondentene fra helsevesenet at siktede med institusjonsopphold etter § 188 tredje ledd fortrenget andre pasienter, slik at innlagte pasienter måtte skrives ut tidligere enn planlagt og ved at andre ikke har fått innleggelse de har hatt behov for.⁶³ Slike tilbakemeldinger åpner for spørsmål om domstolene – i enkelte tilfeller – sender «feil» mennesker til institusjonene. Vi er her tilbake ved helsevesenets innvendinger under høringsrunden, nærmere bestemt om domstolene har faglige forutsetninger for å beslutte hvem som bør være på institusjon.

Selv om vi her har stilt oss kritiske til både lovgivers og domstolenes forståelse av skillet mellom strafferettslig relevante kriterier og helsefaglig relevante kriterier, så kan oppfordringen om å la de aktuelle helseforetakene uttale seg før avgjørelsen treffes, komme til å styrke institusjonenes posisjon mot justissektorens forventninger. Adgangen til å vektlegge ikke bare de rettsoppnevnte sakkyndiges vurderinger, men også vurderinger fra institusjonens egne fagfolk, innebærer at helsevesenet har fått beholde «en hånd på rattet» når det gjelder disponering av et stadig minkende antall behandlingsplasser.

Tiden synes uansett å være inn for å foreta en lovmessig opprustning av regelverket, slik at det blir klarere hvilke regler som skal anvendes på hvilken måte dersom institusjonsopphold i psykisk helsevern skal bli et varetektssurrogat av større relevans.

⁶³ Senneseth, M., Holst, Ø., Mindestrømmen, M., Flåan, O., Rypdal, K. (2021). *Evaluering av konsekvensene av lovendring om særreaksjoner og varetektssurrogat. Rapport 2*. Bergen: Nasjonalt kompetansenettverk for sikkerhets-, fengsels-, og rettspsykiatri (SIFER), s. 13