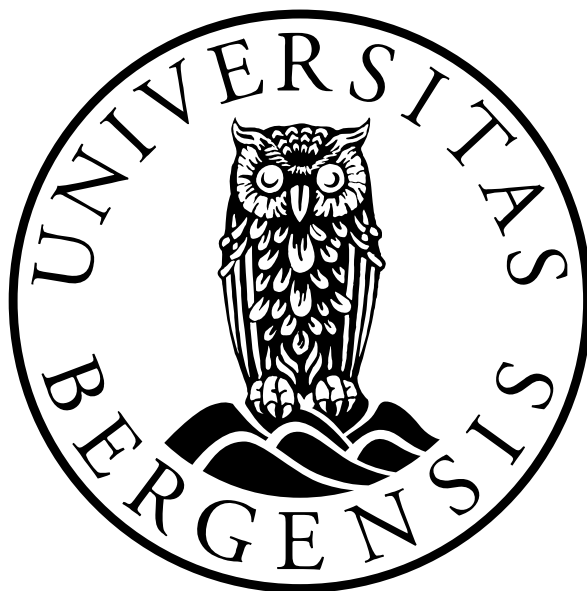


Konvertering av strafferettslig særreaksjon

Kandidatnummer: 62.

Antall ord: 12 955.



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2024.

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	3
1.1. TEMA OG AKTUALITET	3
1.2. VILKÅRENE FOR IDØMMELSE AV STRAFFERETTLIG SÆRREAKSJON	5
1.3. NÆRMERE UTDYPING AV PROBLEMSTILLINGEN	6
1.4. KILDEBRUK	8
1.5. FREMSTILLING	9
<i>1.5.1. Avgrensning</i>	<i>9</i>
<i>1.5.2. Fremstilling videre</i>	<i>9</i>
2. RETTSLIG ADGANG TIL KONVERTERING	10
2.1. INNLEDNING	10
2.2. TOLKNINGSBIDRAG FRA LOVTEKST	10
2.3. TOLKNINGSBIDRAG FRA LOVFORARBEIDENE	11
2.4. UNDERRETTS PRAKSIS OG REELLE HENSYN	12
2.5. TIDSPUNKT FOR KONVERTERING	13
2.6. KONKLUSJON	14
3. RETNINGSLINJER FOR VALG AV SÆRREAKSJON	15
3.1. INNLEDNING OG FREMGANGSMÅTE	15
3.2. UTGANGSPUNKT FOR VALG AV SÆRREAKSJON	16
<i>3.2.1. Analyse av lov og forarbeider</i>	<i>16</i>
<i>3.2.2. Analyse av systembetraktninger</i>	<i>17</i>
3.3. ANALYSE AV HENSynet TIL BEHANDLING OG OMSORG	19
<i>3.3.1. Innledning</i>	<i>19</i>
<i>3.3.2. Begrepsavklaring</i>	<i>19</i>
<i>3.3.3. Bakgrunnen for tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg</i>	<i>21</i>
<i>3.3.4. Retningslinjer for valget av særreaksjon ved opprettholdelse</i>	<i>24</i>
<i>3.3.5. Samvirket mellom hensynet til samfunnsvern, behandling og omsorg</i>	<i>25</i>
3.4. ANALYSE AV ANDRE HENSYN	27
<i>3.4.1. Innledning</i>	<i>27</i>
<i>3.4.2. Hensynet til partene</i>	<i>27</i>
<i>3.4.3. Økonomiske hensyn</i>	<i>28</i>
4. RETTSPOLITISK VURDERING	31
4.1. INNLEDNING	31
4.2. VURDERING AV RETTENS HANDLINGSROM	32
4.3. VEIEN VIDERE	34
KILDEREGISTER	35
LITTERATURREGISTER	37

1. INNLEDNING

1.1. Tema og aktualitet

Opgavens tema er konvertering av strafferettslig særreaksjon for utilregnelige lovbryttere. Mer konkret er problemstillingen om retten kan endre fra dom på tvungent psykisk helsevern til tvungen omsorg, eller motsatt, og i såfall etter hvilke kriterier. Jeg vil i fortsettelsen omtale et slikt bytte som «konvertering», fordi det fremhever at man endrer formen på dom på strafferettslig særreaksjon.¹ Før vi går nærmere inn på problemstillingen, skal jeg knytte noen innledende kommentarer til de strafferettslige særreaksjonenes bakteppe.

Kriminalitet er et konstant samfunnsproblem.² Samfunnet har derfor et behov for å sikre kriminalitetsvern, siden kriminalitet enten krenker fellesskapets goder eller borgernes rettigheter. Behovet for kriminalitetsvern er større, desto mer alvorlige lovbrudd det er fare for.³ Det fremgår av Grunnloven § 92 at “[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene”. På samme måte stadfester EMK art. 1 at staten “shall secure [...] the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”. Grunnlovens § 92 og EMK art. 1 gir uttrykk for statens sikringsplikt, som angir at staten er ansvarlig for å sikre det nevnte kriminalitetsvernet.⁴ Det er fordi bestemmelsene tolkes slik at staten er forpliktet til å både avstå fra krenkende handlinger og forhindre at borgere krenker andre borgere sine rettigheter.⁵ Staten har derfor en viss aktivitetsplikt, til å forhindre kriminalitet. Denne plikten retter seg mot alle statlige myndigheter.⁶ Staten må følgelig ta stilling til hvilke aktører som skal dekke samfunnets behov for kriminalitetsvern.

Borgere som utgjør en risiko for kriminalitet og er psykisk syke eller har psykisk utviklingshemming, reiser særlige utfordringer for ivaretagelsen av kriminalitetsvernet. Bakgrunnen for dette, er kort fortalt at fengselsstraff for begåtte handlinger ikke kan tjene som vern mot nye straffbare handlinger, dersom gjerningspersonen er strafferettslig utilregnelig. Spørsmålet som oppstår, er hvilke reaksjoner samfunnet kan eller bør benytte i slike tilfeller.

Helsevesenet har prinsipielt sett ansvar for håndtering av syke mennesker.⁷ Lov om psykisk helsevern gir helsevesenet en viss adgang til å kunne sikre kriminalitetsvern. Paragraf 3-3 gir det psykiske helsevern adgang til å treffe vedtak om tvungent psykisk helsevern overfor

¹ Ordet «konvertering» ble også brukt til å beskrive overgangen fra sikringsdom til dom på forvaring i HR-2004-1694-A. Dette underbygger at «konvertering» er godt egnet til å beskrive en overgang fra en reaksjon som sikter på å ivareta samfunnsvern, til en annen.

² Statistisk sentralbyrå (2024).

³ Aall (2022) s. 179.

⁴ Høyesterett omtaler det som statens sikringsplikt i HR-2013-881-A (45) og HR-2015-206-A (59).

⁵ Henholdsvis HR-2024-826-A (38) og Osman v. The United Kingdom (115).

⁶ Sikringsplikten retter seg mot statens myndigheter i videste forstand, jf. HR-2022-401-A (46).

⁷ Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

borgere med en «alvorlig sinnslidelse». Det betinges av at pasienten «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Slike vedtak er likevel ikke tilstrekkelig til å sikre kriminalitetsvernet i praksis, fordi pasienten kan skrives ut så fort hen ikke lenger har en «alvorlig sinnslidelse». Utskrivelse vil da skje uavhengig av hvor farlig den innlagte er.⁸ Bestemmelsen åpner heller ikke for å legge inn farlige personer med psykisk utviklingshemming, ettersom disse faller utenfor vilkåret «alvorlig sinnslidelse».⁹ På denne måten gir ikke helselovgivningen tilstrekkelig kriminalitetsvern mot farlige individer med psykisk sykdom eller utviklingshemming. Derfor bør utgangspunktet om at psykisk syke er helsevesenets ansvar, kunne fravikes for å sikre kriminalitetsvernet.

På denne bakgrunn er det aktuelt å stille spørsmål om strafferetten kan sikre kriminalitetsvern mot personer som er psykisk syk eller har en psykisk utviklingshemming. Innledningsvis er det grunn til å understreke at strafferetten som utgangspunkt er tilbakeskuende. Formålet med strafferetten, er å gjengjelde handlinger som allerede er begått.¹⁰ Legalitetsprinsippet stiller krav til at man ikke kan straffes uten å ha handlet i strid med et straffebud, jf. GrL. § 97 og EMK. art 7. I lys av legalitetsprinsippet må den som utgjør en fare for kriminalitet allerede ha begått et lovbrudd, for at det kan være aktuelt å bruke strafferetten.

Utfordringen med å bruke strafferetten til å verne samfunnet mot lovbrøyttere med psykisk sykdom eller utviklingshemming, er at den bygger på skyldprinsippet. Dette prinsippet angir at kun den som kan klandres for sine handlinger, kan holdes ansvarlig og straffes.¹¹ Skyldprinsippet kommer til uttrykk i strl. § 20, som stiller krav til at lovbrøytteren har «skyldevne». Etter § 20 er således utgangspunktet at lovbrøytteren ikke kan straffes, dersom hen «er utilregnelig på grunn av en [...] a. sterkt avvikende sinnstilstand [...] b. sterk bevissthetsforstyrrelse eller [...] c. høygradig psykisk utviklingshemming». Dersom lovbrøytteren er strafferettslig utilregnelig, skal vedkommende anses som uskyldig.¹² Straff kan derfor ikke brukes som virkemiddel for å sikre kriminalitetsvernet overfor lovbrøyttere med psykisk sykdom eller utviklingshemming, dersom disse anses som «utilregnelig» etter strl. § 20.

Til tross for skyldprinsippet, har strafferetten imidlertid blitt utpekt til å verne samfunnet mot utilregnelige lovbrøyttere. Lovgiver har supplert helsevesenets adgang til å anholde farlige syke, med en mulighet til på gitte vilkår å iverksette strafferettslige særreaksjoner mot denne gruppen lovbrøyttere.¹³ Strafferettslige særreaksjoner kan idømmes utilregnelige lovbrøyttere for å verne samfunnet mot fremtidige lovbrudd.¹⁴ Vi har særreaksjonene tvungent psykisk helsevern (TPH) og tvungen omsorg (TO) for utilregnelige lovbrøyttere, som reguleres i

⁸ Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

⁹ Psykisk utviklingshemming har ikke «en nær tilknytning til psykose», jf. Ot.prp.nr.11 (1998-199) s. 154.

¹⁰ Ifølge Andenæs er kjernen av begrepet straff at «en person blir utsatt for et onde på bakgrunn av et normbrudd» (2016). Definisjonen har lenge vært dominerende og viser at strafferetten er tilbakeskuende, se NOU 2008:15 s. 21.

¹¹ NOU 2020:4 s. 50 og omtalen i boken til Grønning, Husabø og Jacobsen (2023) s. 48.

¹² Prop. 154 L (2016-2017) s. 228.

¹³ NOU 1990:5 s. 72 og Prop. 154 L (2016-2017) s. 155.

¹⁴ Prop. 154 L (2016-2017) s. 15.

straffeloven kapittel 12. Den utilregnelige blir da formelt frifunnet og i stedet dømt til en særreaksjon, jf. strl. §§ 62 og 63.

Idømmelse av for eksempel TPH innebærer at lovbrøyteren overføres til spesialisthelsetjenesten, slik at helsevesenet pålegges ansvaret for både oppfølging og samfunnsvern.¹⁵ Overføring kan skje til tross for at vilkårene i phvl. § 3-3 ikke er oppfylt. I slike tilfeller vil en overføring utgjøre et brudd på asylsuvereniteten, som angir at det er overlegen ved institusjonen som bestemmer hvem som skal legges inn.¹⁶ Lovgiver har begrunnet overføringen til helsevesenet med at syke borgere er helsevesenets ansvar, i tillegg til at utilregnelige ikke skal møtes med straffelignende reaksjoner.¹⁷ Strafferetten må derfor bruke enn annen aktør enn Kriminalomsorgen for å sikre kriminalitetsvernet innenfor rammen av skyldprinsippet.

For å samle trådene er begrunnelsen for strafferettslig særreaksjon sammensatt. Utilregnelige lovbrøytere som utgjør en risiko for fremtidig kriminalitet, har i mange tilfeller falt mellom to stoler.¹⁸ Gjennomgangen viser at verken helsevesenet - eller strafferetten - har adgang til å dekke behovet for kriminalitetsvern fullt ut. Derfor har utilregnelige lovbrøytere blitt omtalt som en kasteball mellom ulike aktører.¹⁹

1.2. Vilrårene for idømmelse av strafferettslig særreaksjon

Innledningsvis er det naturlig å redegjøre for vilrårene for dom på strafferettslig særreaksjon, før vi går over til problemstillingen som handler om valg av særreaksjon.

Som nevnt har vi etter gjeldende rett to strafferettslige særreaksjoner: TPH og TO.²⁰ Tidligere ble strafferettslige særreaksjoner definert som tidsubestemte reaksjoner, som kunne vare lenger enn straffutmålingsprinsipper skulle tilsi, med formål om å sikre samfunnsvernet.²¹ Dom på forvaring ble også omfattet av definisjonen, siden denne ikke skilte mellom preventiv anholdelse av tilregnelige og utilregnelige lovbrøytere.²² I dag betegnes forvaring som «straff», mens TPH og TO betegnes som «andre strafferettslige reaksjoner» i strl. §§ 29 og 30. Formålet med kategoriseringen var å understreke at strafferettslig særreaksjon ikke skal ha en pønål karakter, men iverksettes for å sikre samfunnsvern.²³ Presiseringen kan ses på som en forsvarliggjøring av at strafferetten brukes utenfor sin kjerne, for å verne samfunnet mot fremtidige lovbrudd.

¹⁵ Prop. 122 L (2014-2015) s. 14, se også omtalen i artikkel fra Syse (2006) s. 172.

¹⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 335.

¹⁷ Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

¹⁸ Høringsuttalelser i NOU 2014:10 s. 368 og 430.

¹⁹ I Rt. 2006 s. 1137 beskriver Høyesterett en utilregnelig lovbrøyter som en «kasteball» mellom strafferettsapparatet og psykiatrien (26).

²⁰ Prop. 154 L (2016-2017) s. 15.

²¹ Syse (1996) s. 585.

²² Se hvordan forvaring ble betegnet som en strafferettslig særreaksjon i NOU 1974:17 s. 77.

²³ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 433.

Vilkårene for dom på strafferettslig særreaksjon underbygger at særreaksjon ikke idømmes for å markere klander, men for sikre samfunnsvernet.²⁴ Straffeloven § 62 omhandler dom på TPH og § 63 dom på TO. Vilkårene er imidlertid like, da § 63 (1) angir at idømmelse av TO skjer «[p]å vilkår som nevnt i strl. § 62». Det finnes en tidsbestemt og tidsubestemt variant av TPH og TO, noe jeg kommer tilbake til i avgrensningen. I begge tilfeller må særreaksjon være «nødvendig for å verne samfunnet» og faren for nye lovbrudd må være «nærliggende».²⁵ Samlet sett må det kunne påvises at særreaksjon er tvingende nødvendig for å sikre samfunnets kriminalitetsvern.²⁶ Kun i disse tilfellene er det grunnlag for å gjøre unntak fra utgangspunktet om at utilregnelige skal frifinnes, jf. strl. § 20.

1.3. Nærmere utdyping av problemstillingen

Jeg går nå over til å behandle de rettslige utfordringene som oppstår ved gjennomføringen av TPH og TO, jf. strl. §§ 62 og 63. Tidligere var TPH forbeholdt lovbrutere som var «psykotisk eller bevisstløs» på gjerningstidspunktet.²⁷ TO var på sin side forbeholdt utilregnelige som var «utviklingshemmet i høy grad».²⁸ Lovbryteren ble dermed overført til den særreaksjonen som passet til hvilken utilregnelighetsgrunn lovbryteren hadde etter strl. § 20.²⁹ På den måten var valget av særreaksjon forhåndsbestemt.

Etter lovendringen som trådte i kraft 1. oktober 2020, ble reglene for strafferettslig utilregnelighet og særreaksjon endret.³⁰ Det ble gjort en rekke endringer i utilregnelighetsregelen i § 20. Samtidig ble det gjort endringer i reglene for idømmelse av strafferettslig særreaksjon, som er særlig relevant for vår problemstilling.

I dag følger det av § 62 at idømmelse av TPH er aktuelt for “lovbrutere som er utilregnelig etter § 20 annet til fjerde ledd”. Etter § 63 (1) er TO også aktuelt for den samme gruppen utilregnelige, siden vilkårene for TPH og TO er like. Det nye vilkåret i § 62 omfatter alle utilregnelighetsgrunner, ettersom det henvises til § 20 generelt. Dette åpner for at retten kan velge særreaksjon i det konkrete tilfellet, uavhengig av om lovbryteren er utilregnelig på grunn av en «avvikende sinnstilstand [...] bevisstløshet eller [...] høygradig psykisk utviklingshemming», jf. § 20 (2) bokstav a-c. Lovendringen gir altså domstolen anledning til å velge mellom TPH og TO. Adgangen til å velge særreaksjon må i alle fall gjelde ved førstegangs domfellelse, siden vilkåret om «lovbrutere som er utilregnelig etter § 20 annet til fjerde ledd» presenteres sammen med de andre vilkårene for førstegangs domfellelse i § 62.

²⁴ Ordet «klander» blir brukt til å definere skyldprinsippet i NOU 2020:4 s. 50.

²⁵ For tidsubestemt særreaksjon etter § 62 (2) er kravene strengere. Gjentakelsesfaren må være «særlig nærliggende», i tillegg til at andre tiltak må ha vist seg å være «åpenbart uhensiktsmessige».

²⁶ Prop. 154 L (2016-2017) s. 232.

²⁷ Tidligere straffelov 1902 §§ 39, jf. § 44 (1)

²⁸ Tidligere straffelov 1902 §§ 39a, jf. 44 (2).

²⁹ Prop. 154 L (2016-2017) s. 123.

³⁰ Lovendring av 1. oktober 2020 nr. 1788.

Vi beveger oss nå fra omtalen av rettens valgmulighet ved førstegangs domfellelse, og over til den første problemstillingen om det er mulig å konvertere særreaksjon på et senere tidspunkt. Spørsmålet kan like gjerne oppstå ved tredje- og fjerdegangs dom på forlengelse. Problemstillingen har ikke blitt kommentert i forarbeidene eller prøvd for Høyesterett. Derfor er det usikkert om lovendringen åpner for et slikt bytte. I underrettspraksis har domstolene imidlertid innfortolket en adgang til å konvertere særreaksjon underveis, slik at den opprinnelige dommen har blitt konvertert fra en særreaksjon til en annen.³¹ Vi finner både eksempler på at særreaksjon har blitt konvertert fra TPH til TO, og motsatt fra TO til TPH. Problemstillingen er høyst interessant, fordi den har stor praktisk betydning for innholdet i gjennomføringen av strafferettslig særreaksjon. Både domfelte, påtalemyndigheten og institusjonen som domfelte oppholder seg på, kan ha interesse av utfallet av en slik konverteringsadgang.

Før vi går videre til problemstillingen om hvilke kriterier som gjelder for valg av særreaksjon, skal jeg kort tegne opp det prosessuelle rammeverket for idømmelse. Dette fordi rammeverket belyser at flere aktører har en sentral og viktig rolle i forhold til det som skal bli det faktiske grunnlaget for rettens valg av særreaksjon. Påtalemyndigheten har hovedansvaret for å opplyse saken i denne sammenheng.³² Dette vil blant annet skje gjennom begjæring om ny rettspsykiatrisk vurdering og utarbeidelse av forslag til nytt mandat.³³ I tråd med god påtaleskikk vil forslaget til mandat normalt forelegges domfeltes forsvarer til uttalelse før oversendelsen til retten.³⁴ Mandatet til de sakkyndige kan blant annet gå ut på at de sakkyndige gir uttalelse på hvordan førstegangs idømmelse av særreaksjon har fungert. Premissene for valg av særreaksjon kan i praksis ha endret seg siden forrige domstolsprøving. Prosessen viser at rettens faktiske grunnlag for valg av særreaksjon, kan ha påvirkning fra flere aktører med potensielt ulike interesser.

Derfor er det naturlig å stille spørsmål ved hvilke retningslinjer retten har for valg av særreaksjon. Per dags dato finnes det ingen klare retningslinjer. Forarbeidene behandler ikke innholdet i denne vurderingen, og spørsmålet er så langt ikke prøvd for Høyesterett. Ved tidsubestemt særreaksjon kan valget komme på spissen hver gang opphør skal prøves, jf. § 65 (4). Oppgavens andre problemstilling vil derfor være hvilke retningslinjer retten har for valg av særreaksjon etter førstegangs domfellelse, dersom retten har adgang til å konvertere særreaksjon.

³¹ Se LB-2024-62577, LG-2021-91859, 23-192900MED-TSOF/TFOR, 21-125858MED-TTRO/TTRD og 21-178510MED-TAGD/TFAR.

³² Påtalemyndigheten har ansvaret for etterforskningen og et særlig ansvar for å innhente informasjon av betydning for reaksjonsfastsettelsen, jf. strpl. §§ 225 og 226 bokstav b.

³³ Retten plikter å ta begjæring om rettspsykiatrisk undersøkelse til følge om det er aktuelt å idømme TPH eller TO, jf. strpl. § 165 (2). Reglene om utarbeidelse av mandat følger av strpl. §§ 148 og 142a. Se også påtaleinstruksen § 12-2 og Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2020 s. 18 og 25 om påtalemyndigheten sin påvirkning på mandatets innhold.

³⁴ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2017 om god påtaleskikk.

1.4. Kildebruk

I denne avhandlingen har jeg brukt alminnelig juridiske metode, der jeg har tatt utgangspunkt i ordlyden av lovteksten, og deretter supplert tolkningen med andre rettskilder.³⁵ En utfordring med problemstillingen er at rettskildematerialet er snevert. Rettskildene behandles derfor i større grad grundig og hver for seg, for å utlede flest mulig aktuelle tolkningsbidrag. Av lovtekst er hele kapittel 12 og § 20 i straffeloven aktuell, men avhandlingen dreier seg i hovedsak rundt §§ 62 og 63. Av lovforarbeider er Prop. 154 L (2016-2017) og NOU 1990:5 særlig relevant, siden de omtaler vilkårene for strafferettslig særreaksjon og lovgivningshistorikken. For å supplere forståelsen av rammene for strafferettslig særreaksjon vil det også sees til helselovgivningen, herunder pasient- og brukerrettighetsloven og lov om psykisk helsevern.

Spørsmålet om adgangen til konvertering og retningslinjer har som sagt ikke blitt vurdert av Høyesterett. I fravær av høyesterettsavgjørelser er det mer aktuelt å analysere underrettspraksis.³⁶ Det tas likevel forbehold om at underrettspraksis har lav rettskildemessig verdi, siden praksisen ikke har prejudikatsverdi.³⁷ Juridisk litteratur har heller ikke berørt problemstillingene, slik at reelle hensyn blir brukt som et supplement der de andre rettskildene ikke strekker til.³⁸

Avhandlingen inneholder både en rettsdogmatisk og en rettspolitisk vurdering. Formålet med rettsdogmatikken er å ta stilling til rettsspørsmål, noe som skjer gjennom en systematisk fremstilling og analyse av gjeldende rett.³⁹ Rettspolitikken er på den andre siden en normativ vurdering av om gjeldende rett er forsvarlig og om det fungerer rimelig og hensiktsmessig, eller om det er behov for endringer.⁴⁰ På denne måten danner den rettsdogmatiske vurderingen et bakteppe for rettspolitiske betraktninger. Metodene betegnes henholdsvis som vurderinger av retten *de lege lata* og *de lege ferenda*.⁴¹ Enkelte forfattere mener at grensen mellom *de lege lata* og *de lege ferenda* er flytende.⁴² I denne oppgaven vil jeg likevel skille mellom analysene, for å kunne besvare problemstillingene før jeg knytter selvstendige betraktninger til resultatene.

³⁵ Nygaard (2004) s. 185.

³⁶ Nygaard (2004) s. 210.

³⁷ Skoghøy (2023) s. 266.

³⁸ Eckhoff (2001) s. 371-372.

³⁹ Graver (2008) s. 157.

⁴⁰ Skoghøy (1994) punkt 5.

⁴¹ Se omtale i Skoghøy (1994).

⁴² Eckhoff mener at det er nødvendig å trekke inn normative vurderinger i rettsanvendelsen, siden rettsanvendelsen har som formål å finne et godt resultat (2001) s. 152-154.

1.5. Fremstilling

1.5.1. Avgrensning

Fra og med oktober 2016 finnes det som nevnt to varianter av TPH og TO, nemlig tidsbestemt og tidsubestemt særreaksjon.⁴³ En tidsbestemt særreaksjon skal «senest opphøre tre år etter overføringsdommen», jf. § 65 (4) tredje punktum. Det ligger i dette at den tidsbestemte ikke kan forlenges. Begrunnelsen for den tidsbestemte varianten, er at det ikke anses forholdsmessig å idømme tidsubestemt særreaksjon overfor utilregnelige som har begått lovbrudd av «samfunnsskadelig eller særlig plagsom art» etter § 62 (2).⁴⁴ Tidsubestemt særreaksjon krever motsetningsvis at den utilregnelige «har begått eller forsøkt å begå et lovbrudd som krenker andres liv, helse eller frihet eller kunne utsette disse rettsgodene for fare», jf. § 62 (1). På denne måten relativiseres adgangen til å iverksette tiltak alt etter hvor alvorlig lovbruddet er.

Oppgaven avgrenses til tidsubestemt særreaksjon fordi problemstillingen er mer praktisk for denne typen særreaksjon. Ved tidsubestemt særreaksjon skal spørsmålet om opprettholdelse bringes inn til retten senest hvert 3 år, og da skal retten vurdere om gjentakelsesfaren fortsatt er til stede, jf. § 65 første og fjerde ledd. Hvis retten kommer til at særreaksjon skal opprettholdes, kommer problemstillingen om det er adgang til konvertering på spissen. Det kan for eksempel tenkes at domfeltes atferd og behov endrer seg over tid, noe som gjør konvertering aktuelt.

En annen problemstilling, som ikke vil bli behandlet i denne avhandlingen, er om retten kan konvertere særreaksjon hvis førstegangs domfellelse fant sted før lovendringen i 2020. I dom fra Trøndelag tingrett av 25. oktober 2021 og Agder tingrett av 10. mars 2022, kom retten til at en slik konvertering ikke var i strid med tilbakevirkningsforbudet.⁴⁵ Problemstillingen er av stor praktisk interesse for tidsubestemte særreaksjoner, men av hensyn til oppgavens størrelse vil avhandlingen avgrenses til konvertering av særreaksjon, der førstegangs domfellelse skjer etter lovendringen i 2020.

1.5.2. Fremstilling videre

Domstolens rettslige adgang til å konvertere fra en særreaksjon til en annen, behandles i kapittel 2. I kapittel 3 vurderes det hvilke kriterier som gjelder for valget av særreaksjon etter førstegangs domfellelse. Derfor danner kapittel 2 og 3 bakteppet til den rettspolitiske vurderingen av gjeldende rett, som finner sted i kapittel 4.

⁴³ Lovendring 29. april nr. 7 (ikr. 1 okt. 2016 iflg. res. 9 sep 2016 nr. 1045).

⁴⁴ Prop. 122 L (2014-2015) s. 41.

⁴⁵ 21-125858MED-TTRO/TTRD og 21-178510MED-TAGD/TFAR.

2. RETTSLIG ADGANG TIL KONVERTERING

2.1. Innledning

Vi har nå kommet til hovedproblemstillingen, nemlig om domstolen ved forlengelse har rettslig adgang til å konvertere fra en strafferettslig særreaksjon til en annen. Hvis spørsmålet besvares avkrefteende, er domstolen bundet til valget av særreaksjon ved førstegangs domfellelse. I underkapitlene nedenfor vil jeg foreta en isolert tolkning av hver rettskilde, for å angi hvilket bidrag den gir til rettsspørsmålet. Før jeg samler trådene, vil jeg avslutningsvis vurdere om konvertering kan begjæres utenom prøving av opprettholdelse etter § 65 (2).

2.2. Tolkningsbidrag fra lovtekst

Bestemmelsene i kapittel 12 sier ikke noe uttrykkelig om domstolen har adgang til å konvertere til en annen særreaksjon. Lovteksten gir derfor i utgangspunktet ingen klar veiledning i dette spørsmålet. Siden lovteksten er det fremste uttrykket for lovgiverviljen, kan man likevel foreta en grundigere tolkning for å besvare rettsspørsmålet.⁴⁶

Straffeloven § 65 angir reglene for opphør eller opprettholdelse av den strafferettslig særreaksjon. Etter bestemmelsens fjerde ledd annet punktum skal påtalemyndigheten “[s]enest 3 år etter siste rettskraftige dom [...] enten beslutte opphør av reaksjonen eller bringe saken inn for tingretten, som avgjør ved dom om reaksjonen skal opprettholdes”. Bruken av “reaksjonen” i bestemt entall, kan tyde på at påtalemyndigheten kun kan legge ned påstand om opprettholdelse av den tidligere særreaksjon. Ut fra en slik fortolkning vil retten være bundet til å prøve spørsmålet om forlengelse av kun den idømte særreaksjonen. Det kan likevel tenkes at formuleringen “reaksjonen” henviser til strafferettslige særreaksjoner samlet, altså til både TPH og TO. Lovteksten er derfor tvetydig på dette punktet.

Overskriften til straffeloven § 65 er “opphør av reaksjonene”, og kan tyde på at formuleringen “reaksjonen” i fjerde ledd skal forstås som en henvisning til enten TPH eller TO. Bruken av formuleringen “reaksjonene” i bestemt flertall, viser at lovgiver ikke bruker formuleringen “reaksjonen” som en henvisning til begge særreaksjonene. På denne bakgrunn må “reaksjonen” forstås som en henvisning til enten TPH eller TO. En kontekstuell tolkning taler dermed for at fjerde ledd annet punktum skal forstås slik at retten ikke kan konvertere til en annen særreaksjon ved opprettholdelse.

En innvending er at strl. § 65 (4) annet punktum omhandler de prosessuelle reglene for opprettholdelse, altså noe annet enn problemstillingen om konvertering av særreaksjon.

⁴⁶ Nygaard (2004) s. 177.

Siden lovteksten omhandler noe annet enn adgangen til å konvertere særreaksjonen, bør det utvises varsomhet med å innfortolke materielle regler basert på nyanser i lovteksten. I så fall kan man risikere at formuleringene får et større meningsinnhold enn forutsatt.

Oppsummeringsvis gir ikke lovteksten noe klart svar på om retten har adgang til konvertering. Tolkingsresultatet er tvetydig, da lovteksten og dens kontekst kan tolkes i begge retninger.

2.3. Tolkingsbidrag fra lovforarbeidene

Den tvetydige lovteksten gir grunn til å vurdere om lovforarbeidene kan presisere innholdet. Forarbeidene kan gi god veiledning for forståelsen av innholdet eller om lovteksten må tolkes i lys av et bestemt formål, siden lovteksten er sluttproduktet av forarbeidene.⁴⁷

Det fremgår av forarbeidene at strl. § 62 “innebærer at det ikke lenger er avgjørende for valg av særreaksjon, tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg, hvilken utilregnelighetstilstand lovbryteren var i. Retten har således et ansvar for å vurdere hvilken av disse særreaksjonene som vil være mest hensiktsmessig i den enkelte sak”.⁴⁸ Isolert sett er uttalelsen så vidt at den kan tolkes slik at domstolen kan velge særreaksjon både ved førstegangs domfellelse og ved spørsmålet om opprettholdelse. Uttalelsen knytter seg imidlertid til strl. § 62, som gjelder førstegangs domfellelse. Derfor er det uklart om forarbeidsuttalelsen kan tolkes slik at den også viser til valg av særreaksjon etter førstegangs domfellelse, til tross for at det er vidt formulert.

I de samme forarbeidene gir lovgiver uttrykk for intensjonen bak lovendringen. Departementet trakk frem at flere høringsinstanser var skeptiske til utvidelsen av grunnvilkåret om “sterkt avvikende sinnstilstand” i straffeloven § 20 (2) bokstav a. Endringen medføre at psykiatriske avdelinger mottok lovbrytere som de manglet kompetanse til å behandle.⁴⁹ For eksempel medførte endringen at demente kan anses som «utilregnelige» etter utvidelsen av bokstav a, men demens kan ikke kureres på TPH. Departementet mente derfor at endringen av strl. § 20 skapte et behov for større fleksibilitet ved plasseringen av de utilregnelige. Med henvisning til det praktiske behovet for tilpasning, sluttet departementet seg til forslaget om å gi retten adgang til å velge særreaksjon. Departementet foreslo at §§ 62 og 63 skulle knyttes til den reviderte versjonen av strl. § 20 annet ledd, som dekket alle tre grunnlag for utilregnelighet.⁵⁰ Samlet sett gir forarbeidene uttrykk for at formålet bak lovendringen var å gi domstolen den nødvendige fleksibiliteten til å sikre effektiv behandling.

Dersom adgangen til å velge særreaksjon skal tolkes i lys av formålet om effektiv behandling, må domstolen etter mitt syn ha adgang til å konvertere til en annen særreaksjon etter

⁴⁷ Nygaard (2004) s. 44-45.

⁴⁸ Prop. 154 L (2016-2017) s. 231.

⁴⁹ Prop. 154 L (2016-2017) s. 150.

⁵⁰ Prop. 154 L (2016-2017) s. 150.

førstegangs domfellelse. Som omtalt i punkt. 1.1. vil potensielt farlige utilregnelige løslates så fort vedkommende ikke lenger har en «alvorlig sinnslidelse» etter phvl. § 3-3. Man skal likevel være forsiktig med å sette likhetstegn mellom alvorlig sinnslidelse og strafferettslig utilregnelighet, men ordningen illustrerer at mye ved den utilregnelige sitt sykdomsbilde kan endre seg over kort tid. Poenget er at den særreaksjon som ble valgt ved førstegangs domfellelse, ikke nødvendigvis vil være mest riktig på et senere tidspunkt. Dersom adgangen til å velge særreaksjon skal utøves i lys av formålet om effektiv behandling, bør retten kunne konvertere slik at lovbryteren til enhver tid er plassert på den særreaksjon som har de beste forutsetninger til å håndtere lovbryterens utfordringer.

Samlet sett angir forarbeidene at formålet med lovendringen – å sikre effektiv behandling av lovbryteren – tilsier at domstolen kan konvertere til en annen særreaksjon.

2.4. Underrettspraksis og reelle hensyn

I lys av at konverteringsadgangen ikke er behandlet av Høyesterett, kan også underrettspraksis ha interesse. Ifølge Nygaard har underrettspraksis i alle fall like stor vekt som juridisk teori, dersom praksis er samstemt og bygger på grundige vurderinger.⁵¹ Skoghøy mener også at underrettspraksis kan tillegges vekt i den grad det gir uttrykk for en fast praksis eller rettsoppfatning.⁵²

I en rekke underrettsavgjørelser har domstolen lagt til grunn at det er adgang til konvertering etter førstegangs domfellelse. I Sogn og Fjordane tingrettsdom av 5. mars 2024, formulerte retten det som et spørsmål om “tvungent psykisk helsevern skal halde fram eller om [domfelte] skal overførast til tvungen omsorg”.⁵³ I en rekke andre avgjørelser fra ting- og lagmannsrettene, tar domstolene samme standpunkt og åpner for konvertering.⁵⁴ At domstolene åpner for å konvertere i flere tilfeller, viser at det er en samstemt praksis. Det må likevel fremheves at en svakhet, er at problemstillingen ikke behandles uttrykkelig i noen av avgjørelsene. På denne måten mister avgjørelsene noe av den kvaliteten og tyngden de kunne ha hatt. Med det svekkes den rettskildemessige vekten noe. Det bemerkes for ordens skyld at det ikke er gjort funn av avgjørelser som har kommet til motsatt resultat.

Selv om reelle hensyn har liten vekt opp mot de øvrige rettskildene, er disse egnet til å belyse om regelen er kvalitativt god.⁵⁵ Et konsekvensrettet argument for konverteringsadgang, er at dette kan fremme samfunnsvernet på sikt. Dette vil være situasjonen hvis helsevesenets oppfatning er at en annen særreaksjon er bedre egnet til å redusere gjentakelsesfaren. Konvertering kan også utgjøre et gode for lovbryteren. I Gulating lagmannsretts dom av 28. september 2021 og Borgarting lagmannsretts dom av 21. juni 2024, anket domfelte over

⁵¹ Nygaard (2004) s. 210.

⁵² Skoghøy (2023) s. 266.

⁵³ 23-192900MED-TSOF/TFOR s. 8.

⁵⁴ LG-2021-91859, LB-2024-62577, 21-125858MED-TTRO/TTRD og 21-178510MED-TAGD/TFAR.

⁵⁵ Skoghøy (2023) s. 191.

reaksjonsfastsettelsen.⁵⁶ Det ble altså ikke anket over vilkårene for opprettholdelse, men for valget av særreaksjon. Avgjørelsene viser at domfelte anså konverteringsadgangen som et gode.

2.5. Tidspunkt for konvertering

Til nå har vi fokusert på adgangen til å konvertere en særreaksjon ved opprettholdelse. Som vist ovenfor, skal spørsmålet om opprettholdelse av tidsbestemt særreaksjon tas inn til retten hvert 3 år, jf. strl. § 65 (4). Derfor vil det være både praktisk og effektivt å få prøvd konverteringsspørsmålet der det er grunnlag for dette parallelt med spørsmålet om opprettholdelse.⁵⁷

Det kan likevel tenkes at behovet for konvertering oppstår utenfor de tidsmessige intervallene for prøving av opprettholdelse etter strl. § 65 (4). Initiativet kan for eksempel komme fra institusjonen domfelte sitter på, jf. § 65 (2). Adgangen til å behandle spørsmål om konvertering utenom prøving av opprettholdelse er ikke kommentert i lovtekst, forarbeider eller rettspraksis. Spørsmålet er heller ikke behandlet i de avgjørelsene fra underrettspraksis som åpner for konvertering.

Nå vil jeg argumentere for hvorfor formålet om effektiv behandling, tilsier at konvertering kan bringes inn til retten utenom prøving av opprettholdelse.⁵⁸ I den sammenheng skal vi se på de prosessuelle reglene for opprettholdelse. Opprettholdelse kan ikke bringes inn til retten før en overføringsdom eller dom på opprettholdelse har vært rettskraftig i ett år, jf. § 65 (3) første punktum. I praksis innebærer dette at det vil gå nærmere to år mellom hver prøving. I løpet av denne perioden kan det skje store endringer i domfeltes sykdomsbilde. Hensynet til effektiv behandling taler for at det bør være adgang til å fremme spørsmål om konvertering utenom å måtte gå veien om prøving av opprettholdelse etter § 65 i slike tilfeller.

Samlet sett har vi imidlertid for lite rettskildemessig dekning til å kunne innfortolke en adgang til å prøve konvertering utenom opprettholdelse. Det er betenkelig å skulle innfortolke en rett for domfelte, pårørende eller faglig ansvarlig til å bringe spørsmålet om konvertering inn for domstolen, under deres rett til å «begjære opphør av reaksjonen» etter § 65 (2). Det er fordi ordlyden er så tydelig på at begjæringen skal gjelde opphør, at den ikke åpner for å også innfortolke konvertering. Man kan likevel si at om man kan begjære opphør bør man også kunne gjøre det mindre, altså begjære konvertering.

På denne bakgrunn taler hensynet til effektiv behandling av domfelte, for å kunne begjære konvertering utenom opprettholdelse. Men som påpekt ovenfor er det usikkert om loven åpner for det. Derfor tas det utgangspunkt i at man ikke kan begjære konvertering særskilt i

⁵⁶ LG-2021-91859 og LB-2024-62577.

⁵⁷ Spørsmål om opprettholdelse og konvertering ble behandlet samlet i 21-125858MED-TTRO/TTRD, 21-178510MED-TAGD/TFAR og 23-192900MED-TSOF/TFOR.

⁵⁸ Se omtale av Prop. 154 L (2016-2017) s. 150 i punkt 2.3.

den videre fremstillingen, slik at valget av særreaksjon utelukkende behandles i tilknytning til opprettholdelse, jf. § 65 (4).

2.6. Konklusjon

Lovteksten er tvetydig med tanke på om retten har adgang til å konvertere fra en særreaksjon til en annen ved opprettholdelse. Jeg mener den tvetydige lovteksten må forstås slik at retten kan konvertere særreaksjon, i lys av forarbeidene. Formålet bak lovendringen om å sikre effektiv behandling av domfelte, tilsier at domstolen kan konvertere dersom lovbrøterens sykdomsbilde endres. Underrettspraksis og reelle hensyn underbygger tolkningen av lovtekst og forarbeid. Hvorvidt det er adgang til å vurdere konvertering utenom prøving av opprettholdelse, er usikkert.

3. RETNINGSLINJER FOR VALG AV SÆRREAKSJON

3.1. Innledning og fremgangsmåte

Etter å ha kommet til at retten har adgang til å konvertere særreaksjon ved opprettholdelse, beveger vi oss over til den andre problemstillingen – nemlig hvilke retningslinjer som gjelder for valget av særreaksjon når spørsmålet skal prøves på ny, jf. strl. § 65 (4). I tråd med juridisk litteratur, blir betegnelsen «retningslinje» brukt for å beskrive hvilke rettslige hensyn som kan eller bør tillegges vekt ved vurderingen av hvilken rettsfølge som skal inntre.⁵⁹ Retningslinjene kan derfor beskrives som veiledende normer for valget av særreaksjon. Disse må utledes gjennom en tolkning av de relevante rettskildene.

Selv om problemstillingen er hvilke retningslinjer som gjelder etter førstegangs domfellelse, vil vi også komme inn på hvilke som gjelder ved førstegangs valg av særreaksjon. Dette fordi retningslinjene som regel er like og bygger på de samme hensynene. På grunn av likheten må man også analysere retningslinjene for førstegangs domfellelse, for å gå tilstrekkelig i dybden til å kunne utlede disse spesifikt når spørsmålet om opprettholdelse skal prøves.

I den videre fremstillingen vil jeg først oppstille noen utgangspunkt for valget av særreaksjon i punkt 3.2. Dette vil være likt for førstegangs domfellelse og ved spørsmål om opprettholdelse, siden adgangen til å velge særreaksjon uansett har forankring i strl. § 62 og dets forarbeider.⁶⁰ Der det er holdepunkter for det, vil jeg likevel fremheve momenter som har særlig relevans etter førstegangs domfellelse.

I punkt 3.3. vil jeg analysere hvilke retningslinjer hensynet til behandling og omsorg gir for valget av særreaksjon, etter førstegangs domfellelse. I den sammenheng vil det foretas en generell begrepsavklaring. Denne etterfølges av en redegjørelse for bakgrunnen for opprettelsen av TPH og TO. Deretter vil det bli vurdert om retningslinjene knyttet til hensynet til behandling og omsorg, må modifiseres ved spørsmål om opprettholdelse. I den sammenheng vil det også bli vurdert om hensynene angir når konvertering kan være aktuelt. Avslutningsvis vil det vurderes hvordan hensynet til behandling, omsorg og samfunnsvern kan samvirke i hensiktsmessighetsvurderingen.

Videre vil det foretas en analyse av hvilke andre hensyn som kan være retningsgivende for valg av særreaksjon etter førstegangs domfellelse. Dette fordi punkt 3.2. vil vise at retten har et vidt handlingsrom i denne sammenheng.

⁵⁹ Skoghøy (2023) s. 39.

⁶⁰ Punkt 2.2. og 2.3.

3.2. Utgangspunkt for valg av særreaksjon

3.2.1. Analyse av lov og forarbeider

I dette underkapittelet skal vi se nærmere på hvilke utgangspunkt straffeloven § 62 og dens forarbeider gir for valget av særreaksjon. Analysen vil vise hvilket behov det er for å supplere utgangspunktet for valg av særreaksjon, med andre kilder.

Det følger av strl. § 62 at TPH eller TO kan idømmes den som er «utilregnelig etter § 20 annet til fjerde ledd». ⁶¹ Formuleringen tolkes slik at retten har fått kompetanse til å velge særreaksjon. ⁶² Lovens ordlyd gir således ingen veiledning for rettens valg. Det vil derfor være nødvendig å supplere loven med forarbeidene for en avklaring av dette spørsmålet.

I forarbeidene henvises det innledningsvis til formuleringen i strl. § 62 om at TPH eller TO kan idømmes den som er «utilregnelig etter § 20 annet til fjerde ledd». Det fremgår videre at retten har «et ansvar for å vurdere hvilken av disse særreaksjonene som vil være mest hensiktsmessig i den enkelte sak». ⁶³ Det formuleres også slik at lovendringen gjør at det vil være «opp til rettens skjønn å avgjøre hvilken av særreaksjonene, tvungen omsorg eller tvungent psykisk helsevern, som er den riktige for den enkelte gjerningspersonen». ⁶⁴ På denne måten gir forarbeidene uttrykk for at valget beror på hvilken særreaksjon som er «mest hensiktsmessig i den enkelte sak» eller «best egnet for den enkelte gjerningspersonen». Etter mitt syn gir ikke uttalelsene et klart og intuitivt svar på hva som er retningsgivende for valget av særreaksjon, utover at det skal skje etter en konkret helhetsvurdering. Adgangen til å velge særreaksjon er likevel ikke kommentert andre steder i forarbeidene, slik at rettskildebildet skaper behov for å tolke uttalelsene grundigere.

Derfor må vi avklare innholdet av «hensiktsmessig» og «egnet». Et «hensiktsmessig» valg, kan enten tolkes som et valg som generelt passer til en situasjon, eller et valg som oppnår et bestemt resultat. Det samme gjelder for formuleringen «egnet». Formuleringen angir at noe er passende, enten generelt eller opp mot et formål. Det kan argumenteres for at forarbeidene indikerer at vurderingen skal skje opp mot et bestemt formål, ved bruk av formuleringene «*mest* hensiktsmessig» og «*best* egnet» (min kursivering). Formuleringene tyder på at det finnes forhåndsbestemte kriterier, som angir når den ene særreaksjonen passer bedre enn den andre. Dette trekker i retning av at valget av særreaksjon skal vurderes i snever forstand, opp mot bestemte formål. Typisk hvilken særreaksjon som er best egnet til å sikre samfunnsvernet.

Problemet er at forarbeidene legger opp til en vurdering av hvilken særreaksjon som passer best, samtidig som de ikke angir hvilke kriterier som leder til det beste resultatet.

⁶¹ Vilkåret i strl. § 62 gjelder også for TO, jf. strl. § 63 (1).

⁶² Punkt 1.2 og 2.6.

⁶³ Prop. 154 L (2016-2017) s. 231.

⁶⁴ Prop. 154 L (2016-2017) s. 150.

Formuleringene «mest hensiktsmessig» og «best egnet» holder det åpent hva som er avgjørende ved valg av særreaksjon. I mangel på konkrete retningslinjer, må retten derfor foreta en selvstendig vurdering av hva som skal være avgjørende for valget av særreaksjon. Dette gjelder både ved førstegangs domfellelse eller ved ny prøving om opprettholdelse.

Oppsummert legger strl. § 62 og forarbeidene kun opp til at valget beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Gjennomgangen viser at domstolen skal vurdere hvilken særreaksjon som er mest hensiktsmessig i vid forstand, ut fra hvilken særreaksjon som vil fungere best for lovbyteren. I denne sammenheng får domstolen et vidt handlingsrom til å trekke inn ulike hensyn både ved førstegangs domfellelse og ved ny prøving. Retten kan for eksempel begrunne valget av særreaksjon med en kombinasjon av ulike hensyn. Dette fordi retten ikke er bundet til å vurdere valget opp mot et bestemt formål.

3.2.2. Analyse av systembetraktninger

Med systembetraktninger, siktes det til hvordan lovverket virker samlet sett. Nå skal vi forlate strl. § 62 og forarbeidene, for å vurdere om straffelovens kapittel 12 for øvrig gir retningslinjer knyttet til hensiktsmessighetsvurderingen. Som omtalt i punkt 3.2.1. gir verken loven eller forarbeidene svar på dette. Derfor er det behov for å lete etter andre tolkningsbidrag i straffeloven kapittel 12.

For det første kan overskriften til strl. § 63 gi retningslinjer for innholdet av hensiktsmessighetsvurderingen. Overskriften er “[v]ilkår for å idømme tvungen omsorg for psykisk utviklingshemmede i høy grad mv”. Formuleringen tyder på at TO er mest aktuelt for lovbytere som er utilregnelig etter § 20 bokstav c, siden det uttrykkelig henvises til denne gruppen utilregnelige. Dette trekker i retning av at høygradig psykisk utviklingshemmede lovbytere fortsatt skal idømmes TO. Dette underbygger at det fortsatt gjelder en presumsjon om at den opprinnelige inndelingen består.⁶⁵ Formuleringen “mv” utelukker imidlertid ikke at lovbytere som er utilregnelig etter § 20 bokstav a og b, også kan idømmes TO.

På denne bakgrunn må forståelsen av overskriften til strl. § 63 utfylles med andre kilder. I Riksadvokatens nr. 2/2020 fremgår det at «[i] praksis vil det fortsatt være tvungen omsorg som er aktuelt for de høygradig psykisk utviklingshemmede, og tvungent psykisk helsevern for de med andre utilregnelighetstilstander». Rundskrivet tar likevel forbehold om at loven åpner for unntak, slik at den opprinnelige inndelingen utgjør et utgangspunkt.⁶⁶ Rundskrivet vil ikke være bindende for domstolen, men vil normalt tillegges en viss autoritet- og argumentasjonsverdi, i kraft av at det gir uttrykk for særlig kyndige vurderinger.⁶⁷ I underrettspraksis har både Gulating og Borgarting lagmannsrett vist til Riksadvokatens uttalelse.⁶⁸

⁶⁵ Se omtale av straffeloven § 39, 39a og 44 av 1902 i punkt 1.2.

⁶⁶ Rundskrivets 7.3.

⁶⁷ Kjelby (2023) s. 53-54.

⁶⁸ LB-2024-62577 og LG-2021-91859 med henvisning til RA-2020-2 punkt 7.3.

Sammenholder vi overskriften til strl. § 63 med riksadvokatens rundskriv og domstolspraksis, kan følgende utledes så langt: TO skal primært anvendes for utilregnelige med tung psykisk utviklingshemming. TPH vil være mest aktuelt for utilregnelige med tilstander som beskrevet i § 20 (2) bokstav a og b. Forarbeidene til strl. § 62 viser altså at noe av formålet med lovendringen er at retten kan gjøre unntak fra den tradisjonelle inndelingen med grunnlag i en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Med dette utgangspunkt, bør retten innledningsvis ta stilling til om domfelte er plassert på den særreaksjonsformen som tradisjonelt hører til domfeltes utilregnelighetsgrunn ved spørsmålet om opprettholdelse. Dette er et naturlig første skritt i hensiktsmessighetsvurderingen. Forarbeidene viser at retten likevel bør foreta en vurdering av om begrunnelsen for å velge særreaksjon etter den tradisjonelle inndelingen fortsatt består. Motsetningsvis kan retten vurdere om begrunnelsen for å fravike den tradisjonelle inndelingen ved førstegangs domfellelse har bortfalt, når det oppstår spørsmål om hvilken særreaksjon som skal velges ved opprettholdelse.

Vilkårene for opprettholdelse av særreaksjon, kan også gi bidrag til hva som ligger i hensiktsmessighetsvurderingen som domstolen må utøve. Straffeloven § 65 (1) angir at «vilkåret om gjentakelsesfare i § 62 fortsatt» må være «oppfylt» for å opprettholde særreaksjonen. Dette skyldes at samfunnet ikke lenger har behov for samfunnsvern, dersom lovbryteren på domstidspunktet ved ny prøving, ikke lenger utgjør en «nærliggende» fare for fremtidige «alvorlige» lovbrudd. Hvis den nevnte gjentakelsesfaren ikke er til stede, må særreaksjonsdommen derfor opphøre, jf. § 65 (1). Gjentakelsesfaren og behovet for samfunnsvern står helt sentralt, og må nødvendigvis være viktig i den hensiktsmessighetsvurdering domstolen skal gjøre ved valg av særreaksjon, ved spørsmål om opprettholdelse. Retten vil da ha mulighet til å vurdere hvilken særreaksjon som er best egnet til å redusere gjentakelsesfaren, basert på erfaringsgrunnlaget man sitter igjen med fra førstegangs domfellelse. Dersom den tidligere særreaksjonen ikke har redusert risikoen for gjentakelse tilstrekkelig, gjør det konvertering mer aktuelt.⁶⁹

Kort oppsummert må domstolen i hensiktsmessighetsvurderingen ved valg av særreaksjon, så langt vektlegge følgende: Hvilken særreaksjon har lovgiver opprinnelig lagt opp til for den utilregnelige lovbyteren? Og hvilken særreaksjon vil best redusere lovbyterens gjentakelsesfare?

⁶⁹ Sogn og Fjordane tingrettsdom av 5. mars 2024 illustrerer hvordan vektlegging av gjentakelsesfare kan indikere konvertering. Domfelte ble konvertert fra TPH til TO. Retten la blant annet vekt på at opphold på TPH var en trigger for domfeltes voldsrisiko. Det fordi domfelte ikke hadde noen fremtidsutsikter på TPH og reagerte dårlig på støy og uro fra medpasienter. Se 23-192900MED-TSOF/TFOR.

3.3. Analyse av hensynet til behandling og omsorg

3.3.1. Innledning

Vi er nå kommet til analysen av hensynet til behandling og omsorg. Hensynet til behandling og omsorg analyseres isolert, fordi flere rettskilder indikerer at de er sentrale for om konvertering av særreaksjon er aktuelt etter førstegangs domfellelse.

For det første viser tolkningen av forarbeidene i punkt 2.3. at formålet med lovendringen var å sikre effektiv behandling av utilregnelige lovbrøyttere.⁷⁰ For det andre har hensynet til behandling og omsorg stått sentralt i flere avgjørelser fra underrettspraksis, der domstolen har konvertert særreaksjon ved opprettholdelse. Til illustrasjon ble valget mellom TPH og TO formulert som et spørsmål om “det er behandlings- eller omsorgsperspektivet som står mest sentralt” i Sogn og Fjordane tingretts dom av 5. mars 2024.⁷¹ Disse hensyn fikk tilsvarende fokus i dom fra Trøndelag tingrett av 25. oktober 2021 og Agder tingrett av 10. mars 2022.⁷² I begge avgjørelsene uttalte retten at straffeloven §§ 62 og 63 “har samme nedslagsfelt, men reaksjonene fyller ulikt formål”, før det ble vurdert om domfelte hadde størst behov for omsorg eller behandling.

Nedenfor i punkt 3.3.2. vil hensynet til behandling og omsorg først tolkes isolert for å avklare innholdet i begrepene. Det er hensiktsmessig, fordi gjennomgangen av lovgivningshistorikken i punkt 3.3.3. viser at TPH og TO bygger på disse hensynene. Punkt 3.3.3. vil behandle retningslinjer for valg av særreaksjon generelt, fordi disse er like relevante for førstegangs domfellelse og for senere prøving. I punkt 3.3.4. vil jeg belyse hvordan retningslinjene kan være annerledes for valget ved opprettholdelse.

3.3.2. Begrepsavklaring

Hva som omfattes av begrepene behandling og omsorg, er ikke definert i straffelovens kapittel 12. Vi kan derfor supplere tolkningen med hvordan begrepene forstås ellers i lovverket.⁷³ På den bakgrunn vil det foretas en analyse av hvordan helseretten definerer behandling, og deretter omsorg. Til slutt vil det knyttes betraktninger til når begrepene er vanskelig å skille.

Innholdet av behandlingsbegrepet kan utledes av psykisk helsevernloven § 3-3. Vi har tidligere vært inne på at bestemmelsen gir adgang til å anholde psykisk syke, som utgjør en fare for seg selv eller andre. Bestemmelsens punkt 3 bokstav a, gir alternativt grunnlag til innleggelse dersom det er nødvendig av hensyn til pasientens egen helse. Alternativet angir

⁷⁰ Prop. 154 L (2016-2017) s. 150.

⁷¹ 23-192900MED-TSOF/TFOR s. 9.

⁷² 21-125858MED-TTRO/TTRD (s. 11) og 21-178510MED-TAGD/TFAR s. 10.

⁷³ Blandhol, Tøssebro, Skotheim (2015) s. 339.

når psykisk helsevern kan bedre pasientens sykdom. Derfor er alternativet retningsgivende for det legislative innholdet av behandlingsbegrepet. Innleggelse etter pvhl. § 3-3 alternativ a, krever at innleggelse er “nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen [...] får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret”. Etter en alminnelig forståelse må det kunne påvises at innleggelse er nødvendig for å stabilisere sykdommen, eller at pasientens forbedringsmuligheter reduseres uten innleggelse, eller at sinnslidelsen vil forverres uten innleggelse.

Lovteksten er noe lang, men angir at behandlingshensynet er til stede i tre tilfeller. Det kan sammenfattes slik at behandling defineres som tiltak som kan opprettholde, forbedre eller hindre forverring av pasientens tilstand. Det er verdt å merke seg at det ikke stilles krav til at psykisk helsevern faktisk kan bedre sykdommen, siden det er tilstrekkelig at psykisk helsevern er nødvendig for å stabilisere eller hindre forverring av sykdom. Behandlingshensynet er dermed til stede selv om det ikke er påvist et faktisk behandlingspotensial.

Vi går nå over til å analysere innholdet omsorgsbegrepet. Siden begrepet ikke defineres i straffeloven, er det relevant å se til forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven. Forarbeidene definerer omsorg som “hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom”.⁷⁴ I helserettslig forstand forstås dermed omsorg som handlinger eller tiltak som ivaretar grunnleggende fysiske og psykiske behov. I motsetning til behandling, sikter ikke omsorgstiltak på å forbedre eller stabilisere en sykdomstilstand. Formålet med omsorgstiltak er å tilrettelegge forholdene rundt et menneske som trenger bistand, slik at vedkommende sin livskvalitet løftes. Eksempler på omsorgstiltak er praktisk hjelp med mat, hygiene, tilsyn og emosjonell støtte. På denne bakgrunn er kjernen av omsorgsbegrepet de tiltak som ikke bedrer pasientens utfordringer, men forsøker å tilrettelegge levetilstandene.

Begrepsavklaringen viser at kjernen av begrepene behandling og omsorg er klar. For å oppsummere er behandlingshensynet til stede om medisinsk behandling kan stabilisere, forbedre eller hindre forverring av en sykdom. Omsorgshensynet er på den andre siden til stede om sykdommen nødvendiggjør tilrettelegging av levetilstandene, som ikke sikter på å bedre eller stabilisere selve sykdommen.

Det er imidlertid grunn til å løfte frem at det finnes en gråsoner mellom begrepene. Det er fordi gråsonen kan by på tolkningsutfordringer. I praksis vil innholdet av omsorg eller behandling kunne overlappe, der omsorg gir helsefremmende effekter eller der behandling også ivaretar pasientens grunnleggende behov. Til illustrasjon kan faste rutiner og deltakelse på aktiviteter være en del av behandlingsplanen for psykiske lidelser på psykisk helsevern.⁷⁵ Grensen mellom omsorg og behandling kan også være flytende for kronisk syke eller

⁷⁴ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 126.

⁷⁵ Helsedirektoratet (2022).

demente. Det er fordi omsorgstiltak indirekte vil anses som behandling der opprettholdelse av pasientens funksjonsevne og livskvalitet også demper symptomer.⁷⁶ Et annet eksempel på at grensen mellom begrepene er uklar, er ved palliativ behandling, der omsorgsliknende tiltak brukes for å lindre pasientens symptomer.⁷⁷

Gråsonen mellom begrepene illustrerer at det ikke alltid er mulig å skille mellom behov for behandlings- og omsorgstiltak. I den grad hensynet til behandling og omsorg gir veiledning for valget av særreaksjon, skaper gråsonen tolkningsutfordringer. Dersom retten ikke kan konkludere på om domfelte har et omsorgs- eller behandlingsbehov, blir det vanskelig å vurdere i hvilken retning hensynene trekker.

3.3.3. Bakgrunnen for tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg

Etter at vi har foretatt en begrepsavklaring av behandling og omsorg, er det hensiktsmessig å analysere bakgrunnen for TPH og TO. Lovgivningshistorikken viser at hensynet til behandling og omsorg kan være retningsgivende for valg av særreaksjon. I juridisk litteratur fremheves det at lovgivningshistorikk er et nyttig supplement til forarbeider, fordi det avklarer hvilke reguleringsbehov en rettsregel tar sikte på å løse.⁷⁸ Vi kan derfor utlede flere retningslinjer for valget av særreaksjon ved å kartlegge hvilke behov TPH og TO bygger på.

Som vi var inne på i punkt 1.1. ble TPH og TO opprettet fordi det administrative regelverket ikke var tilstrekkelig til å sikre kriminalitetsvernet.⁷⁹ I Norge ble strafferettslig anholdelse av farlige utilregnelige for første gang innført i 1902. Da ble sikringsinstituttet opprettet.⁸⁰ Sikringsinstituttet ga adgang til å anholde en lovbrøyer som var utilregnelig på grunn av «sinnssykdom eller bevisstløshet», dersom vedkommende utgjorde fare for fremtidige lovbrudd.⁸¹ Her kan man merke seg at sikringsordningen ikke åpnet for å anholde utilregnelige på grunn av psykisk utviklingshemming. Ved dom på sikring ble den utilregnelige overført til fengslig forvaring eller psykiatrien.⁸² Sikringsinstituttet viser at helsevesenet ble ansett som en potensiell samarbeidspartner for å verne samfunnet fra farlig utilregnelige allerede i 1902. TPH bygger dermed på en lang tradisjon.

Sikringsordningen ble likevel møtt med sterk kritikk, fordi den utilregnelige også kunne plasseres på fengslig forvaring. En slik overføring innebar at den utilregnelige ble møtt med reaksjoner av straffelignende karakter, på samme måte som tilregnelige.⁸³ På denne bakgrunn fremmet Særreaksjonsutvalget et forslag om å innføre TPH i stedet for sikring i 1990 og dette

⁷⁶ Dahm, Dalsbø, Håvelsrud og Reinart (2014).

⁷⁷ Lid og Klepp (2016).

⁷⁸ Skoghøy (2023) s. 98.

⁷⁹ NOU 1990:5 s. 72 og Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

⁸⁰ NOU 1974:17 s. 72.

⁸¹ Straffeloven 1902 § 39 nr. 1 og 2, jf. § 44 (1).

⁸² Straffeloven 1902 §39 nr. 1 og 2.

⁸³ NOU 1990:5 s. 65 og Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

ble vedtatt i 1997.⁸⁴ TPH skulle sikre at den utilregnelige ble overført til spesialisthelsetjenesten, og ikke Kriminalomsorgen.⁸⁵ Fra og med ikrafttredelsen i 2002 og fram til lovendringen i 2020 har TPH vært forbeholdt utilregnelige på grunn av sinnssykdom eller bevisstløshet.⁸⁶

Det leder oss over til hvordan staten har sikret kriminalitetsvernet mot lovbrøyttere som er utilregnelig på grunn av psykisk utviklingshemming. TO ble også opprettet i 2002, men som en egen særreaksjon for utilregnelige med psykisk utviklingshemming.⁸⁷ Det er fordi straffeloven av 1902 ikke ga adgang til å idømme sikring for denne gruppen utilregnelige.⁸⁸ Særreaksjonutvalget betegnet dette som et hull i lovgivningen, da det forelå et sterkt behov for å kunne anholde utilregnelige med psykisk utviklingshemming.⁸⁹ Særreaksjonformen TO er dermed et relativt nytt verktøy for å sikre kriminalitetsvern.

I forlengelsen av det, kan det stilles spørsmål ved hvorfor lovgiver valgte å dekke behovet for kriminalitetsvern ved å etablere en helt ny særreaksjon. Lovgiver kunne alternativt ha utvidet anvendelsesområdet til TPH, slik at utilregnelige med psykisk utviklingshemming også ble plassert på TPH. At det ble opprettet en helt ny særreaksjon, tilsier at lovgiver ikke fant det riktig å plassere utilregnelige med psykisk utviklingshemming på TPH. Særreaksjonsutvalget ga imidlertid ikke uttrykk for hvilke hensyn som skapte behov for opprettelse av TO.

Muligheten for å sikre kriminalitetsvernet gjennom en utvidelse av TPH ble ikke diskutert i utredningen fra 1990. Særreaksjonsutvalget diskuterte likevel hvordan man skulle håndtere lovbrøyttere som var utilregnelige på grunn av bevisstløshet, og denne diskusjonen gir uttrykk for flere grunnleggende betraktninger av betydning for opprettelsen av TO. Utvalgets flertall argumenterte for at bevisstløse ikke skulle plasseres på TPH, fordi “det psykiske helsevern ikke har noe tilbud om behandling for disse gruppene”. Flertallet understreket at det psykiske helsevern måtte holde fast ved hovedformålet, nemlig å ta hånd om syke mennesker. I motsatt fall ville det psykiske helsevern “få preg av ren sikringsfunksjon”, noe de mente var prinsipielt uønsket.⁹⁰ Selv om diskusjonen gjaldt håndtering av bevisstløse, viste den hva som generelt anses som riktig bruk av TPH. Særreaksjonsutvalgets syn på dette kan oppsummeres i to punkter: 1) Psykisk helsevern skal kun idømmes når institusjonen kan tilby behandling, 2) formålet med psykisk helsevern er behandling, og ikke oppbevaring.

Overnevnte viser at TPH er forbeholdt lovbrøyttere som har en utilregnelighetstilstand som kan behandles. Begrepsavklaringen viser at behandlingshensynet etter pvhl. § 3-3, er til stede dersom medisinske tiltak kan opprettholde, forbedre eller hindre forverring av pasientens sykdom.⁹¹ Lovbrøyttere som er utilregnelig på grunn av psykisk utviklingshemming skiller seg

⁸⁴ Lov 17. januar 1997 nr. 11.

⁸⁵ NOU 1990:5 s. 73.

⁸⁶ Ikrafttredelse 1. januar 2002 ifgl. lov 15 juni 2001 nr. 64.

⁸⁷ Ikrafttredelse 1. januar 2002 ifgl. lov 15 juni 2001 nr. 64.

⁸⁸ NOU 1990:5 s. 15.

⁸⁹ NOU 1990:5 s. 76-79.

⁹⁰ NOU 1990:5 s. 83.

⁹¹ Se punkt 3.3.2.

fra de med sinnslidelse og bevisstløshet, ved at psykisk utviklingshemming er en tilstand som er medfødt, livslang og ikke kurerbar.⁹² Derfor er ikke det psykiske helsevern egnet til å behandle utilregnelige med psykisk utviklingshemming, da det normalt ikke er noe å behandle.

Det er på denne bakgrunn opprettelsen av TO må forstås. Hensynet til helsevesenets formål og hensynet til effektiv ressursfordeling, tilsier at utilregnelige med psykisk utviklingshemming ikke skal overføres til TPH. I fravær av en behandlingsmulighet vil plassering på TPH i realiteten fungere som oppbevaring. Man kan se det slik at hensynet til effektiv ressursfordeling, toner ned problematikken med å gi det psykiske helsevern ansvar for både samfunnsvern og behandling av utilregnelige lovbrøyttere. Dette selv om den utilregnelige ikke nødvendigvis oppfyller vilkårene til administrativ innleggelse i phvl. § 3-3. Opprettelsen av TO styrker derfor kriminalitetsvernet overfor farlige utilregnelige med psykisk utviklingshemming, uten å krenke asylsuvereniteten ytterligere.

Det kan derfor stilles spørsmål ved hvilke hensyn som trekker i retning av dom på TO. Med forbehold om at fungeringen varierer, gir psykisk utviklingshemming større utfordringer ved samhandling med andre mennesker og ved etablering av rammer i dagliglivet. Utfordringene kan for eksempel stabiliseres gjennom etablering av faste rammer og rutiner. Disse tiltakene sikter ikke på å endre pasientens psykiske forutsetninger, men på å tilrettelegge forholdene rundt. Følgelig er det naturlig å betegne det slik at de utilregnelige med psykisk utviklingshemming først og fremst har et omsorgsbehov. Dersom lovbrøytteren har et behov for omsorg som definert i punkt 3.3.2, trekker det i retning av idømmelse av TO.

Hvis vi ser på lovgivningshistorikken fra et mer overordnet perspektiv, så støtter den opp under at det fortsatt gjelder en presumsjon for at den tradisjonelle inndelingen av utilregnelighetsgrunner består.⁹³ Det er fordi hensynet til effektiv ressursfordeling taler for at kun lovbrøytterne som kan behandles skal overføres til TPH. Flere lovbrøyttere som er utilregnelige på grunn av en «sterkt avvikende sinnstilstand» har et behandlingsbehov, jf. strl. § 20 (2) bokstav a. Tilstanden omfatter for eksempel psykose, og det psykiske helsevern kan tilby behandling for å fjerne eller dempe psykosesymptomer.⁹⁴

Lovgivningshistorikken gir imidlertid også uttrykk for når det er grunnlag for å fravike den tradisjonelle inndelingen. Endringen i strl. § 20 medførte blant annet at demens og autisme også omfattes av alternativ a i strl. § 20 (2).⁹⁵ I likhet med psykisk utviklingshemming, kan verken demens eller autisme behandles i psykisk helsevern. Derfor taler hensynet til effektiv ressursfordeling for valg av TO, selv om utilregnelighetstilstandene faller under alternativ a. Dette viser at den tradisjonelle inndelingen først og fremst gjelder dersom tilstanden falt under et av alternativene i § 20 (2) bokstav a-c, før lovendringen. I andre tilfeller taler

⁹² Oslo Universitetssykehus HF (2023).

⁹³ Se diskusjon i punkt 3.2.2.

⁹⁴ Prop. 154 L (2016-2017) s. 229.

⁹⁵ Prop. 154 L (2016-2017) s. 229.

hensynet til effektiv ressursfordeling, for at retten må foreta en selvstendig vurdering av om lovbyteren har størst behov for behandling eller omsorg etter de faktiske forhold.

3.3.4. Retningslinjer for valget av særreaksjon ved opprettholdelse

Ved opprettholdelse kan situasjonen være en annen enn ved førstegangs domfellelse. Dette fordi domfeltes situasjon kan ha endret seg. Retten vil på dette stadiet også ha anledning til å vurdere hvordan særreaksjonen har fungert så langt. På denne måten kan de faktiske forhold endre hvordan retten vektlegger hensynet til behandling og omsorg. Dette kan gi grunn til å modifisere de generelle retningslinjene skissert ovenfor. Nå vil det knyttes ulike betraktninger til hvordan hensynet til behandling og omsorg påvirker valget av særreaksjon ved opprettholdelse.

Behandlingshensynet er som nevnt til stede om medisinske tiltak kan opprettholde, forbedre eller hindre forverring av pasientens sykdom.⁹⁶ Retten må altså ikke kunne påvise en faktisk behandlingsmulighet for at behandlingshensynet er til stede. Dette kan føre til at retten velger TPH, selv om de ikke med sikkerhet kan si at den utilregnelige har et reelt behandlingsbehov. Det som gjør situasjonen annerledes ved opprettholdelse, er at spesialisthelsetjenesten og de sakkyndige har et annet erfaringsgrunnlag til å vurdere domfeltes behov for behandling eller utredning. Det gir grunn til å modifisere retningslinjene fra behandlingshensynet, dersom domfelte har vært plassert på TPH. Dette fordi det psykiske helsevern er godt egnet til å utrede behandlingspotensiale. Det er følgelig mer forsvarlig å velge TPH på bakgrunn av et utredningsbehov ved førstegangs domfellelse, enn ved opprettholdelse. Hvis domfelte har vært plassert på TPH, uten at utredningen har avdekket et behandlingspotensiale, kan det antas at det ikke foreligger. Derfor skal det som hovedregel mer til for at et utredningsbehov trekker i retning av TPH om domfelte allerede har vært plassert på TPH.

Ved opprettholdelse har altså den domfelte allerede fått behandling eller omsorgstiltak. Retten må derfor foreta en ny vurdering av om behandlings- eller omsorgsbehovet fortsatt er til stede. Ved opprettholdelse kan det for eksempel tenkes at domfelte er ferdig behandlet av det psykiske helsevern. Eksempelvis hvis oppfølging og medisinering har fjernet psykosesymptomer.⁹⁷ Dersom det psykiske helsevern ikke kan iverksette flere tiltak for å bedre domfeltes sykdomsbilde, er det naturlig å si at man har kommet til veis ende ved bruken av TPH. Da taler hensynet til effektiv ressursfordeling for konvertering av særreaksjon til TO. Dette vil blant annet bidra til å frigjøre plasser i psykisk helsevern, til ordinære pasienter som faktisk kan innlegges på administrativt grunnlag, jf. phvl. § 3-3.

Så langt tyder analysen på at adgangen til konvertering er mest praktisk for lovbytere som har blitt plassert på TPH ved førstegangs domfellelse.⁹⁸ Altså slik at konverteringen skjer fra

⁹⁶ Se punkt 3.3.2.

⁹⁷ Det var tilfelle i Trøndelag tingretts dom av 25. oktober 2021, det domfelte fri for psykotiske symptomer etter opphold på TPH. Se 21-125858MED-TTRO/TTRD.

⁹⁸ Konvertering gikk fra TPH til TO 21-125858MED-TTRO/TTRD og 21-178510MED-TAGD/TFAR, 23-192900MED-TSOF/TFOR.

TPH til TO. Det er fordi utilregnelige som plasseres på TPH har en utilregnelighetstilstand som kan endres gjennom behandling. Sannsynligheten er lavere for at det skjer endringer ved sykdomsbildet til en utilregnelig som er plassert på TO. Adgangen til å konvertere domfelte fra TO til TPH, er likevel også praktisk. Gulating lagmannsrett konverterte fra TO til TPH i dom av 28. september 2021.⁹⁹ Det var fordi lagmannsretten hadde fått påvist en optimisme for at domfeltes psykiske vanskeligheter kunne bedres gjennom behandling. Denne optimismen var ikke til stede ved førstegangs domfellelse.

Gjennomgangen viser at følgende vil stå sentralt ved valg av særreaksjon ved opprettholdelse: 1) Har den domfelte vært plassert på TPH, må det vurderes om det fortsatt er et behandlingspotensiale, 2) Har den domfelte motsetningsvis vært plassert på TO, må det vurderes om det har oppstått et behandlingsbehov.

3.3.5. Samvirket mellom hensynet til samfunnsvern, behandling og omsorg

Så langt i analysen, har jeg utledet flere retningslinjer for valg av særreaksjon. Punkt 3.2.2, viser at hensiktsmessighetsvurderingen bør utøves innenfor rammen av det overordnede samfunnsvernet. I denne sammenheng er det aktuelt å trekke inn gjentakelsesfaren. Samtidig viser lovgivningshistorikken at hensynet til behandling og omsorg angir hvilken særreaksjon som er mest hensiktsmessig.

Derfor kan vi si at vi har to hovedsett med retningslinjer for valget ved opprettholdelse. Siden lovgiver ikke har kommentert hensynene sammen, har vi ikke retningslinjer for hvordan de skal veies opp mot hverandre. Det gir grunn til å undersøke hvordan hensynet til behandling, omsorg og samfunnsvern samvirker i en hensiktsmessighetsvurdering.

Innledningsvis skal vi fokusere på samvirket mellom hensynet til behandling og omsorg. Særreaksjonsutvalget har kun implisitt behandlet disse hensynene samlet. Lovgivningshistorikken viser at formålet med å etablere TO var å skille mellom tilfeller der behandlingshensynet er til stede og der det ikke er det. Behandlingshensynet får derfor i utgangspunktet gjennomslag i møte med omsorgshensynet. Det vil si at behandlingsbehov trekker i retning av at TPH er mest hensiktsmessig, selv om lovbyteren også har behov for omsorgstiltak. Vektleggingen av behandlingshensynet ved valg av særreaksjon blir derfor to sider av samme sak. Dersom utilregnelighetstilstanden kan forbedres eller stabiliseres i psykisk helsevern, taler det for valg av TPH. Det samme gjelder hvis psykisk helsevern kan hindre forverring av lovbyterens utilregnelighetsgrunn. Motsetningsvis taler hensynet til effektiv ressursfordeling for at den utilregnelige plasseres på TO, dersom vedkommende ikke har et behandlingsbehov.

Utgangspunktet om at behandlingsbehovet får gjennomslag, skaper likevel utfordringer domfeltes behov befinner seg i gråsonen mellom hensynet til behandling og omsorg.

⁹⁹ LG-2021-91859.

Begrepsavklaringen overfor viser at det ikke alltid er mulig å skille hensynene.¹⁰⁰ Faste rutiner og deltakelse på aktiviteter kan eksempelvis være en del av behandling i psykisk helsevern, selv om tiltakene i seg selv ligner på omsorg. Gråsonen gjør det uklart om de faktiske forhold trekker i retning av TPH eller TO.

Etter mitt syn må problemet løses ved å vurdere valget av særreaksjon opp mot hensynet til effektiv ressursfordeling. Tolkningstvilen kan løses ved å stille spørsmål om tiltaket må gjennomføres på TPH eller ikke. Dersom spørsmålet besvares avkreftende, trekker hensynet til effektiv ressursfordeling i retning av at lovbryteren skal plasseres på TO. Opprettelsen av TO bygger på betraktningen om at helsevesenet kun skal drive behandling av syke mennesker. TO bør derfor kunne brukes til å avlaste TPH i alle tilfeller hvor lovbryterens behov kan ivaretas like godt på TO. De rettsoppnevnte sakkyndige kan i slike tilfeller bes om å ta stilling til om omsorgslikende behandlingstiltak må gjennomføres på TPH for å ha effekt. På denne måten kan retten løse tolkningsutfordringer i gråsonen mellom behandling og omsorg.

Vi går nå over fra å behandle samvirket mellom behandling og omsorg, til å vurdere om hensynet til samfunnsvern endrer vektingen mellom disse hensynene. Den kontekstuelle tolkningen i punkt 3.2.2. viser at samfunnsvernet er en så grunnleggende forutsetning for opprettholdelse at gjentakelsesfare bør påvirke valget av særreaksjon ved opprettholdelse. Isolert sett taler samfunnsvernet for å velge den særreaksjonen som i størst grad reduserer gjentakelsesfaren på sikt.¹⁰¹ På denne bakgrunn kan samfunnsvernets posisjon gjøre at hensynet til omsorg og behandling bør tones opp eller ned i vektingsprosessen, avhengig av om lovbyterens risikofaktorer responderer best på behandlings- eller omsorgstiltak.

Ved opprettholdelse bør det derfor stilles spørsmål om den eksisterende særreaksjonen har vist seg å redusere gjentakelsesfaren, siden dette kan angi hvor hensiktsmessig det forrige valget har vist seg å være. Det kan for eksempel tenkes at den utilregnelige utgjør en fare for fremtidige lovbrudd, fordi vrangforestillinger har gjort at vedkommende føler seg forfulgt. Dersom vrangforestillingene har blitt dempet gjennom medisiner og terapi på TPH, er TPH best egnet til å redusere gjentakelsesfaren. I slike tilfeller underbygger samfunnsvernet at et behandlingsbehov trekker i retning av TPH.

På den annen side kan man tenke seg at lovbytereren har vært plassert på TPH, men at omsorgstiltak er best egnet til å redusere gjentakelsesfaren.¹⁰² Da taler hensynet til samfunnsvern for valg av TO, selv om domfelte har et behandlingsbehov. Dette fordi hensiktsmessighetsvurderingen bør utøves innenfor rammen av det overordnede

¹⁰⁰ Punkt 3.2.2.

¹⁰¹ Punkt 3.2.2.

¹⁰² Som nevnt ovenfor gir Sogn og Fjordane tingrettsdom av 5. mars 2024 eksempel på at gjentakelsesfare kan indikere konvertering. Domfelte ble konvertert fra TPH til TO, fordi opphold på TPH var en trigger for domfeltes voldsrisko og domfelte reagerte godt på omsorgstiltak og faste rammer. Se 23-192900MED-TSOF/TFOR.

samfunnsvernet.¹⁰³ Omsorgshensynet bør derfor få gjennomslag hvis TO er bedre egnet til å redusere gjentakelsesfaren. På denne bakgrunn modifierer hensynet til samfunnsvern, utgangspunktet om at behandlingshensynet alltid får gjennomslag i møte med omsorgshensynet.

Oppsummeringsvis kan på det utledes to retningslinjer for avveiningen mellom hensynet til behandling, omsorg og samfunnsvern: 1) Hensynet til behandling skal ha større vekt i møte med hensynet til omsorg. 2) Hvis omsorgstiltak er best egnet til å redusere gjentakelsesfaren, skal omsorgshensynet ha større vekt i møte med behandlingshensynet. 3) Ved opprettholdelse må det derfor vurderes om den eksisterende særreaksjonen har vist seg å redusere gjentakelsesfaren.

3.4. Analyse av andre hensyn

3.4.1. Innledning

Analysen i 3.2.1, viser at retten har et svært vidt handlingsrom til å trekke inn ulike hensyn og foreta skjønnsmessige vurderinger ved valget av særreaksjon. Valget kan dermed begrunnes med en kombinasjon av hensyn, utover hensynet til behandling, omsorg eller samfunnsvern. Dette handlingsrommet gjør det noe usikkert hva retten vil komme til å trekke inn i hensiktsmessighetsvurderingen. Derfor vil jeg se nærmere på hvilke hensyn som kan være aktuelt å trekke inn ved valget mellom TPH og TO ved opprettholdelse.

3.4.2. Hensynet til partene

Jeg vil i det følgende vurdere om hensynet til lovbryteren og dets pårørende også kan trekkes inn i hensiktsmessighetsvurderingen og gi retningslinjer for valg av særreaksjon.

Hensynet til lovbryteren selv, kan være aktuelt å trekke inn ved valg av særreaksjon. Det favner imidlertid vidt og kan trekke i ulike retninger. Hensynet til lovbryteren kan på den ene side tale for å velge den særreaksjonen som gir størst grad av frihet. Dette har sammenheng med at utilregnelige i utgangspunktet skal frifinnes, jf. strl. § 20. Samtidig vil også langvarig behandling kunne anses som et gode for lovbryteren, i den grad det fremmer rehabiliteringsutsiktende. Med dette utgangspunkt kan hensynet til lovbryteren altså åpne for ulike behov og valg.

Hensynet til lovbryterens eget ønske må også kunne tillegges vekt. Ved opprettholdelse er det relevant å høre hvordan domfelte selv har opplevd særreaksjon. Rettsikkerhetsbetraktninger og selvbestemmelsesretten taler for at hensynet er særlig relevant. Det kommer til uttrykk i både straffeprosessloven og lov om psykisk helsevern, som forutsetter at hensynet er viktig i

¹⁰³ Punkt 3.2.2.

beslutningsprosesser.¹⁰⁴ På grunn av den utilregnelige sin sinnstilstand, er det imidlertid uklart i hvilken grad det er forsvarlig å trekke inn lovbrysterens eget ønske ved valg av særreaksjon. Utilregnelighetstilstanden kan medføre at vedkommende ikke har samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 (2). Selv om samtykkekompetanse ikke er et krav for idømmelse av særreaksjon, er parallellen egnet til å belyse at lovbrysteren kan ha vanskeligheter med å vurdere sin livssituasjon og konsekvenser av handlingsvalg. På den bakgrunn er det usikkert i hvilken grad det er forsvarlig å legge stor vekt på lovbrysterens ønske.

I underrettspraksis synes ikke domstolen å legge nevneverdig vekt på lovbrysterens ønsker ved spørsmål om konvertering. I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 21. juni 2024, ble det uttalt at samfunnsvernet har avgjørende betydning for valg av særreaksjon, men at det også er relevant å se hen til lovbrysterens egne ønsker.¹⁰⁵ I dom fra Trøndelag tingrett av 25. oktober 2021 og Agder tingrett av 10. mars 2022, ble også dette hensynet trukket fram. Domfelte hadde samtykket til overføring til TO og knyttet dette ønsket til opphold på en bestemt institusjon. I begge avgjørelsene ble ikke dette ønsket vektlagt.¹⁰⁶ Det må ses på bakgrunn av at retten ikke velger hvordan TO eller TPH skal gjennomføres. Ansvaret ligger hos faglig ansvarlig.¹⁰⁷ Avgjørelsene viser likevel at lovbrysterens ønske trekkes inn i praksis, men tilegges lite vekt.

Vi skal nå i fortsettelsen, se på hensynet til lovbrysterens pårørende. Dette hensynet kan også trekkes inn innenfor rettens handlingsrom.¹⁰⁸ Ved strafferettslig særreaksjon har lovbrysterens pårørende en partsrolle. Det følger av strl. § 65 (2) at domfeltes «nærmeste pårørende» kan kreve opphør. Hvem som er lovbrysterens nærmeste pårørende defineres i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Partsrollen må forstås på bakgrunn av hvilken belastning særreaksjon utgjør for lovbrysterens nærmeste. Hensynet til de pårørende må derfor ta sikte på å lette ulempene ved at en nærstående er idømt særreaksjon. Det kan for eksempel trekkes inn hvilken særreaksjon som i størst grad legger til rette for fysisk kontakt med pårørende, samt opprettholdelse av familieliv. Det gjelder særlig dersom lovbrysteren har omsorg for barn. Grunnloven § 104 fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barn. Hensynet til lovbrysterens pårørende kan derfor trekke i retning av konvertering, dersom det kan bidra til å øke samværet mellom domfelte og dens familie.

3.4.3. Økonomiske hensyn

Hensiktsmessighetsvurderingen gir også retten kompetanse til å trekke inn økonomiske hensyn. Her kan det skilles mellom økonomiske hensyn i et samfunnsmessig perspektiv og

¹⁰⁴ Strpl. §§ 232 og 90 som angir at mistenkte/siktete har rett, men ikke plikt til å forklare seg og pvhl. § 2-1 om hovedregelen om samtykke for psykisk helsevern.

¹⁰⁵ LB-2024-62577 s. 9.

¹⁰⁶ 21-125858MED-TTRO/TTRD s. 12 og 21-178510MED-TAGD/TFAR s. 11.

¹⁰⁷ Phvl. § 5-3 (2) for TPH og forskrift om tvungen omsorg § 2 (2) for TO.

¹⁰⁸ Punkt. 3.2.1.

privatøkonomiske hensyn. I den videre fremstillingen skal jeg utlede kjernen av de ulike økonomiske hensynene, og vurdere hvordan de kan ha innvirkning på valget av særreaksjon.

Vi begynner med hensynet til økonomi et samfunnsrettet perspektiv. Kjernen av hensynet er å bruke offentlige midler mest mulig effektivt for å gi høyest mulig nytte og kvalitet. Vektlegging av hensynet til økonomi, innebærer derfor at retten tar stilling til hvilken særreaksjon som kan ivareta formålet om samfunnsvern ved bruk av minst mulig ressurser.¹⁰⁹ I den sammenheng er det gunstig om lovbrysteren kan løslates på sikt, for å frigjøre plasser. Valget av særreaksjon kan derfor til en viss grad avhenge av hvilken særreaksjonsform som i størst grad er egnet til å redusere faren for nye lovbrudd. Retten må ta stilling til om lovbrysteren responderer godt på behandling- eller omsorgstiltak, eller en kombinasjon av disse. På denne måten innebærer vektlegging av økonomi, at hensynet til samfunnsvern, behandling og omsorg flettes sammen.

Avgjørelsen fra Agder tingrett av 10. mars 2022 illustrerer hvordan samfunnsøkonomiske hensyn, kan innebærer en balansering av behandling og samfunnsvern. Retten trakk inn økonomiske aspekter ved gjennomføringen av TO for å vurdere om særreaksjonen var egnet i det konkrete tilfellet. Det ble vist til at lovbrysteren hadde størst behov for omsorgstiltak, men at lovbrysteren også hadde behov for å fortsette med medisinerings. De sakkyndige hadde dokumentert at medisinerings var nødvendig for å holde lovbrysterens voldsrisiko nede. Valget landet på TO, under den forutsetning at ordningen hadde tilstrekkelige midler til å kunne tilrettelegge for fortsatt medisinerings.¹¹⁰ Avgjørelsen viser at retten trakk inn hensynet til økonomi for å vurdere om konvertering var hensiktsmessig. Argumentasjonen må tolkes slik at retten ville ha konkludert med TPH, dersom lovbrysteren ikke kunne fortsette med medisinerings på TO.

I underrettspraksis ellers gis det uttrykk for at samfunnsøkonomiske hensyn skal ha underordnet betydning ved valg av særreaksjon. I Gulating lagmannsretts dom av 28. september 2021 ga retten implisitt uttrykk for at økonomisk ansvar for gjennomføring av særreaksjon, ikke kan påvirke valget mellom TPH og TO. Lagmannsretten uttalte at det var irrelevant om kommunen overtok det økonomiske ansvaret for lovbrysteren ved en eventuell overføring til bemannet bolig, såfremt den faglige ansvarlige fortsatt hadde ansvar for gjennomføringen.¹¹¹ Anvendelsen indikerer at økonomiske hensyn kan tillegges vekt, men at hensynet til forsvarlig gjennomføring trumfer hensynet til kostnadsfordeling.

Etter å ha etablert at økonomiske hensyn er tosidig, kan vi nå rette oppmerksomheten mot privatøkonomiske hensyn. Når man tar hensyn til privatøkonomi, bygger man ulike betraktninger på hvilken økonomisk styrke en enkeltperson har. Innholdet av hensynet er diffust og kan tolkes på flere måter. Vektlegging av hensynet til privatøkonomi, kan innebære

¹⁰⁹ Prop. 154 L (2016-2017) s. 122.

¹¹⁰ 21-178510MED-TAGD/TFAR på s. 12.

¹¹¹ LG-2021-91859 på s. 5.

at man vurderer hva som er gunstigst for en privatpersons økonomiske stilling. Det kan også innebære at man tar stilling til hva en persons privatøkonomi tåler.

Rettens handlingsrom åpner for å trekke inn hensynet til lovbryteren og dets pårørende sin privatøkonomi. I denne sammenheng kan retten vektlegge hvilken særreaksjon som medfører høyest reiseutgifter for å opprettholde samvær mellom lovbryteren og dets pårørende.

4. RETTSPOLITISK VURDERING

4.1. Innledning

Den rettspolitiske vurderingen tar utgangspunkt i funnene fra analysen over, slik at gjeldende rett danner bakteppet. I denne sammenheng er rettens handlingsrom og retningslinjene for valget av særreaksjon i fokus. Vurderingen sikter på å belyse både fordeler og ulemper ved innholdet av gjeldende rett.

Formålet med underkapittelet er å foreta en kritisk analyse av domstolens valgmulighet ved idømmelse av særreaksjon. Kritikkk kan forstås som en offentlig utfordring mot allment aksepterte oppfatninger.¹¹² Skoghøy mener at kritiske analyser av rettsstilstanden hører til rettsvitenskapelige avhandlinger, fordi det belyser om resultatene av rettsreglene er politisk og etisk forsvarlig, og om disse fungerer på en rimelig og hensiktsmessig måte.¹¹³ Derfor må rettspolitiske vurderinger anses som det som bringer jussen videre.

Avhandlingens problemstillinger er som nevnt ikke kommentert av lovgiver, prøvd for Høyesterett eller behandlet i litteraturen. Dette fremhever verdien av å foreta en rettspolitisk vurdering av gjeldende rett.

For å sikre kvalitativ kritikkk, må det oppstilles noen metodiske utgangspunkt. Hvilke målestokker som legges til grunn har stor betydning for innholdet av eventuelle endringsforslag. Dette fordi målestokkene påvirker kritikkkens innfallsvinkel.¹¹⁴ Følgelig må det vurderes og avklares hvilke kriterier som gjeldende rett skal vurderes opp mot.

Gjennomgangen i punkt 2 og 3 viser at formålet med å gi domstolen adgang til å velge særreaksjon, var å sikre at lovbryteren ble overført til det mest hensiktsmessige alternativet.¹¹⁵ Ingen av de hensynene som særreaksjonene bygger på, som omsorg, behandling eller samfunnsvern, er løftet tydelig frem av lovgiver. De nevnte hensynene må motsetningsvis utledes gjennom en grundigere tolkning av rettskildematerialet.¹¹⁶ Hensiktsmessig plassering av lovbryteren må dermed forstås som hovedformålet med lovendringen, siden dette hensynet er det eneste som kommer klart frem. Derfor er det naturlig at hensiktsmessig plassering av lovbryteren utgjør utgangspunktet for en kritisk vurdering av om valgfriheten har fått sitt tilsiktede innhold.

¹¹² Eriksen (2016) s. 21.

¹¹³ Skoghøy (1994) punkt 5.

¹¹⁴ Eriksen (2016) s. 31 fgl.

¹¹⁵ Prop. 154 L (2016-2017) s. 231.

¹¹⁶ Kapittel 3.

4.2. Vurdering av rettens handlingsrom

Analysen av forarbeidene til strl. § 62 i kapittel 3, viser at lovgiver legger opp til en vurdering av hvilken særreaksjon som er mest “hensiktsmessig” i det konkrete tilfellet. Et “hensiktsmessig” valg kan både tolkes som noe som generelt passer til en situasjon, eller et valg som oppnår et spesifikt resultat. Forarbeidene tyder på at det finnes forhåndsbestemte kriterier for hva som gjør en særreaksjon bedre egnet enn den andre, men slike kriterier er ikke mulig å lese ut av forarbeidene. Hva som utgjør et “hensiktsmessig” valg av særreaksjon, er dermed uklart.¹¹⁷

Den øvrige lovteksten i kapittel 12 og tilhørende forarbeid gir heller ikke føringer for hvordan “hensiktsmessig” skal forstås. Analysen i punkt 3.3. og 3.4. angir at en rekke hensyn gir retningslinjer for valget av særreaksjon. For eksempel hensynet til samfunnsvern, behandling, omsorg, økonomi, lovbryteren og dets pårørende. Problemet er at hensynene kan trekke i ulike retninger. Dette fordi de angir hvilken særreaksjon som er mest hensiktsmessig ut fra hensynets egen innfallsvinkel og målsetning. Hensynet til samfunnsvern og behandling kan eksempelvis trekke i ulike retninger for hva som er hensiktsmessig. Rettskildematerialet gir derfor ikke veiledning for hvordan man skal forstå innholdet av den hensiktsmessighetsvurderingen som lovgiver legger opp til i forarbeidene.

Det er dermed vanskelig å besvare spørsmålet om domstolens valgfrihet har fått sitt tilsiktede innhold. Uklarheten reiser i sin tur spørsmål om utformingen av rettens valgfrihet tilfredsstillende grunnleggende rettslige idealer, siden domstolen er gitt et vidt handlingsrom og formålet ikke kan leses ut av rettskildematerialet.

For å knytte rettspolitiske betraktninger til spørsmålet om domstolens handlingsrom tilfredsstillende grunnleggende rettslige idealer på en kvalitativ måte, må det også her redegjøres for hvilke kriterier lovgivningsarbeidet vurderes opp mot.¹¹⁸

Et grunnleggende rettslig ideal er forutberegnelighetskravet, som har forankring i Grl. § 96 og EMK art. 7. Det innebærer at lovverket må være tilgjengelig og tilstrekkelig klart utformet til at borgerne med rimelighet kan forutse sin rettsstilling.¹¹⁹ Kravet er særlig strengt på strafferettens område.¹²⁰ Forutberegnelighetskravet handler primært om å sikre allmenn forståelse av hvilke handlinger som kan føre til bestemte reaksjoner. Men prinsippet er så grunnleggende i vårt rettssystem at det indikerer at lovverket utformes slik at domstolen skaper samstemt og forutsigbar praksis. Forutberegnelighet motvirker i sin tur vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, som vernes av likebehandlingsprinsippet i Grl. § 98 om at “alle

¹¹⁷ Punkt 3.2.1.

¹¹⁸ Eriksen (2016) s. 31 fgl.

¹¹⁹ HR-2023-1638-A (23-26).

¹²⁰ Kravet til lovhjemmel skjerpes fordi straff regnes som et stort inngrep, jf. Aall (2022) s. 137. Selv om særreaksjon ikke betegnes som «straff» etter strl. § 29, er særreaksjon så inngripende og nært knyttet til strafferetten at de samme betraktningene spiller inn.

er lik for loven”.¹²¹ På denne bakgrunn vil det foretas en kritisk analyse av om hensiktsmessighetsvurderingen tilfredsstillende de rettslige krav til forutsigbarhet og likebehandling, som fremgår av Grl. §§ 96, 98 og EMK art. 7.

For det første kan det hevdes at den retts-tekniske utformingen av domstolens handlingsrom ikke tilfredsstillende klarhetskravet. Rekkevidden eller innholdet av handlingsrommet i hensiktsmessighetsvurderingen, kan ikke leses ut av loven eller forarbeidene. Analysen av gjeldende rett viser at det må foretas en grundig tolkning av forarbeidene, kapittel 12 og lovgivningshistorikken, for å utlede retningslinjer for valg av særreaksjon. Lovbryteren og dets pårørende vil vanskelig kunne orientere seg i et slikt fragmentert rettskildetilbud, og få veiledning i domstolens valg av særreaksjon. For våre generalistdomstoler er det også ønskelig med et mer oversiktlig og tydelig lovverk av hensyn til prosessøkonomi og effektiv saksgang.

Det kan også hevdes at hensiktsmessighetsvurderingen gir retten et for vidt handlingsrom i lys av hva som er forsvarlig opp mot forutberegnelighetskravet. Selv om analysen av gjeldende rett viser at valg av særreaksjon skal ta utgangspunkt i hensynet til behandling, omsorg og samfunnsvern, har domstolen rent faktisk mulighet til å fravike retningslinjene innenfor handlingsrommet forarbeidene gir. I den konkrete vurderingen kan retten trekke inn alle hensyn som bidrar til et gunstig resultat. Analysen over viser at domstolen eksempelvis kan legge avgjørende vekt på tilsynelatende gode hensyn, som lovbryterens eller pårørendes ønsker, hensynet til vedkommendes privatøkonomi eller effektiv forvaltning av fellesskapets goder. Selv om handlingsrommet gir domstolen den nødvendige fleksibilitet til å vektlegge alle relevante hensyn i saken, er handlingsrommet problematisk dersom domstolen beveger seg for langt bort fra etablerte retningslinjer. Handlingsrommet kan i den forlengelse medføre at hensiktsmessighetsvurderingen ikke skjer i tråd med lovgivers forutsetninger, og at borgerne ikke har mulighet til å forutse hva retten trekker inn ved valget.

Innenfor handlingsrommet kan domstolen også tolke hensyn etter eget skjønn. Fritt skjønn gir retten større fleksibilitet til å foreta en helhetlig vurdering av hvilken særreaksjon som er best tilpasset lovbryteren. Det forutsettes at domstolene utøver juridisk skjønn på en faglig forsvarlig måte. Rettskildetilbudet reiser likevel noen særlige metodiske utfordringer der de relevante hensyn er sammensatt. Hensynet til lovbryteren selv trekker eksempelvis i to ulike retninger avhengig av innfallsvinkel. Mangelen på retningslinjer åpner for ensidige tolkninger, som igjen kan føre til at to tilfeller får ulikt utfall, uten at de faktiske forhold gir grunnlag for det. En slik skjønnsetning vil være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling.

¹²¹ HR-2014-2288-A (26) og Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) s. 62.

4.3. Veien videre

Kritikken av domstolens valgfrihet kan sammenfattes i tre punkter. For det første angir ikke lov og forarbeid rekkevidden eller innholdet av domstolens handlingsrom, og de retningslinjer som kan utledes fra øvrige kilder er vanskelig å finne. For det andre er retten gitt et så vidt handlingsrom at de kan fravike eksisterende retningslinjer. Dette handlingsrommet åpner for en lite forutsigbar praksis. For det tredje kan rettens frie skjønn medføre vilkårlig forskjellsbehandling. Samlet sett tilsier kravene til forutberegnelighet og likebehandling at det bør oppstilles flere og tydeligere retningslinjer for valget av strafferettslig særreaksjon.¹²²

Etter mitt syn bør rettens handlingsrom begrenses. Handlingsrommet bør være innenfor rammen av hensynet til samfunnsvern, behandling og omsorg. Dette fordi analysen i kapittel 3 viser at disse retningslinjene er det nærmeste vi kommer formålsbetraktninger fra lovgivers side. Vektlegging av hensynet til omsorg innebærer eksempelvis en legislativ avveining av hvem som skal idømmes ansvaret for utilregnelige lovbrøtere som ikke kan behandles.¹²³ På denne bakgrunn er det naturlig at hensiktsmessighetsvurderingen skal skje opp mot disse avveiningene, slik at retten står fritt til å velge særreaksjon innenfor hensynet til samfunnsvern, behandling og omsorg.

Retten bør imidlertid fortsatt ha et visst skjønnsrom ved valget av særreaksjon. For det første åpner endringen av utilregnelighetsreglene i strl. § 20 opp for mer komplekse tilnærminger til lovbrøterens sykdomsbilde.¹²⁴ Det medfører at domstolen i større grad må utøve skjønn for å kartlegge hvordan lovbrøteren reagerer på ulike tiltak i lys av vedkommendes behov for behandling og oppfølging. Videre er det vanskelig å utforme tydelige retningslinjer, uten at det går på bekostning av muligheten for å komme til en godt tilpasset løsning for lovbrøteren.

På denne bakgrunn er det naturlig å reflektere over om det er behov for å lovfeste hensiktsmessighetsvurderingen eller om underrettspraksis og eksisterende retningslinjer vil gi tilstrekkelig veiledning. Etter mitt syn vil det være utfordrende å lovregulere vurderingen i detalj. Dette fordi analysen viser at det er nødvendig å utøve en viss grad av skjønn ved vektlegging av de etablerte retningslinjene. Det fremstår som mer gunstig at retningslinjene utvikles i domstolspraksis, selv om dette nødvendigvis ikke er oversiktlig for borgerne. De mest sentrale spørsmål må kunne forventes avklart av Høyesterett i fremtiden.

¹²² Grl. § 96, EMK art. 7 og Grl. § 98.

¹²³ Punkt 3.3.3.

¹²⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2023) s. 513.

KILDEREGISTER

Lov og forskrift

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om straff (straffeloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen i påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).

Lov 21. mai 1999 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).

Forskrift 21. desember 2001 nr. 1523 om gjennomføring av tvungen omsorg.

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

Forarbeid

NOU 1974:17 Om strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.

NOU 1990:5 Om strafferettslige utilregnelighetsregler.

NOU 2008:15 Om barn og straff.

NOU 2014:10 Om skyldvne, sakkyndighet og samfunnsvern.

NOU 2020:4 Om straffelovrådets utredning nr. 1 – kriminelle grupper.

Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).

Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

Prop. 122 L (2014-2015) Om endringer i straffeloven 2005 mv. (strafferettslige særreaksjoner m.m.).

Prop. 154 L (2016-2017) Om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldevne, samfunnsvern og sakkyndighet).

Høyesterettspraksis

HR-2004-1694-A.

Rt. 2006 s. 1137.

HR-2013-881-A.

HR-2014-2288-A.

HR-2015-206-A.

HR-2022-401-A.

HR-2023-1638-A.

HR-2024-826-A.

Underrettspraksis

21-125858MED-TTRO/TTRD.

21-178510MED-TAGD/TFAR.

23-192900MED-TSOF/TFOR.

LG-2021-91859.

LB-2024-62577.

EMD-praksis

Osman v. The United Kingdom (J), no. 23452/94 [1998]. Hentet fra [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22sort%22:\[%22kupdate%20Descending%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58257%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22sort%22:[%22kupdate%20Descending%22],[%22itemid%22:[%22001-58257%22]}) den 4. November 2024.

Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2017

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2020.

LITTERATURREGISTER

Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 1*, Fagbokforlaget 2022.

Andenæs, Johs, Rieber-Mohn, Georg Fredrik, Sæther, Knut, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave 2016.

Eckhoff, Torstein, Jan E. Helgesen *Rettskildelære*, 5. Utgave, Universitetsforlaget 2001.

Eriksen, Christoffer. C, *Kritikk – Konfrontasjoner med rett og makt*, Universitetsforlaget 2016.

Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2023.

Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 3. utgave, Cappelen Damm Akademisk 2023.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og Standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og Rettsanvendelse*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2023.

Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede*, 2. utgave, Ad Notam Gyldendal 1996.

Artikler

Blandhol, Sverre, Tøssebro, Henriette N, Skotheim, Øystein, *Innføring i juridisk metode, Jussens Venner*, 2015 s. 310-345.

Dahm, Dalsbø, Håvelsrud, Reinar, “*Effekt av psykologiske tiltak for personer med demens*” på Folkehelseinstituttet sine nettsider, 18. desember 2014,

<https://www.fhi.no/publ/2014/effekt-av-psykologiske-tiltak-for-personer-med-demens/> (lest 2. oktober 2024).

Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008, s. 149-178.

Helsedirektoratet, “*Planlegging av behandling*”, 30. september 2022, <https://www.helsedirektoratet.no/nasjonale-forlop/psykoselidelser-inkludert-mistanke-om-psykoseutvikling-barn-unge-og-voksne/behandling-og-oppfolging-psykose-pakkeforlop/planlegging-av-behandling> (lest 2. oktober 2024).

Lid, Inger Marie og Klepp, Olbjørn, “*Palliativ behandling*” i Store norske leksikon, 16. november 2022, https://snl.no/palliativ_behandling (lest 2. oktober 2024).

Oslo universitetssykehus HF, “*Utviklingshemming hos barn og unge*”, 15. mai 2023, <https://www.helsenorge.no/sykdom/skader-og-sykdommer-i-hjernen/utviklingshemming-hos-barn-og-unge/> (lest 14. oktober 2024).

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett, politikk og moral: Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1994, s. 837-881.

Statistisk Sentralbyrå, “*Utsatthet og uro for lovbrudd, levekårsundersøkelsen*”, oppdatert 10. mai 2024, <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/kriminalitet-og-rettsvesen/statistikk/utsatthet-og-uro-for-lovbrudd-levokarsundersokelsen> (lest 17. oktober 2024).

Syse, Aslak, *Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer*, *Tidsskrift for strafferett*, 2006, s. 141-175.