



# NORGES HØYESTERETT

Den 12. juli 2011 avsa Høyesterett dom i

**HR-2011-01389-A, (sak nr. 2011/1008), straffesak, anke over dom,**

A (advokat Bent Endresen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Stein Vale)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder spørsmål om vilkårene for overføring fra tvungent psykisk helsevern til anstalt under kriminalomsorgen er til stede for person som er dømt til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39, jf. lov om psykisk helsevern § 5-6.
- (2) A ble ved Stavanger tingretts dom 22. september 2004 dømt til overføring til tvungent psykisk helsevern, jf. straffeloven § 39. Retten hadde i kjennelse 8. september 2004 funnet bevist at han hadde utøvd flere tilfelle av grov vold, trusler og frihetsberøvelse, men da det ble lagt til grunn at han hadde vært psykotisk da de straffbare handlingene ble begått, kunne han ikke straffes. Etter å ha vært plassert ett års tid ved Psykiatrisk klinikk, X universitetssjukehus, ble han overført til Regional sikkerhetsavdeling, Psykiatrisk divisjon Y, Z universitetssjukehus. Her har han vært fram til i dag, med unntak for et avlastingsopphold fra desember 2009 til mars 2010 ved Regional sikkerhetsavdeling Æ, Ø, Trondheim.
- (3) Tidligere er A straffedømt 15 ganger, første gang i 1971, hvorav åtte dommer gjaldt voldshandlinger, deriblant en domfellelse for overlagt drap i 1983. Han har ved de tidligere dommer vært ansett tilregnelig, og han har ved flere anledninger sonet lengre fengselsstraffer og vært underlagt sikring.

(4) Det tvungne psykisk helsevern ble opprettholdt ved dom 24. januar 2008 av Bergen tingrett, jf. straffeloven § 39 b, jf. § 39 nr. 2. Anke til Gulating lagmannsrett ble forkastet ved dom 29. august 2008, og anke til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet.

(5) I november 2009 tilskrev faglig ansvarlig for behandlingen av A, psykologspesialist B, Å politidistrikt og meddelte at As vrangforestillinger var så pass avblekt at psykosediagnosen ikke lenger kunne regnes som relevant beskrivelse for hans tilstand. Som ny diagnose ble angitt Paranoid personlighetsforstyrrelse og Dyssosial personlighetsforstyrrelse. Samtidig begjærte B overføring til anstalt under kriminalomsorgen. Etter at tiltale var tatt ut av Hordaland statsadvokatembeter, avsa Bergen tingrett 25. november 2010 dom om at tvungent psykisk helsevern skulle opprettholdes, jf. straffeloven § 39 b, jf. § 39 nr. 2, og at A skulle overføres til anstalt under kriminalomsorgen, jf. lov om psykisk helsevern § 5-6. Etter anke fra A avsa Gulating lagmannsrett 25. mars 2011 dom med slik domsslutning:

- ”1. **A, født 24.12.1956, dømmes til fortsatt tvungent psykisk helsevern, jf. straffeloven § 39 b jf. § 39 nr. 1 og 2.**
2. **Han overføres til anstalt under Kriminalomsorgen i medhold av § 5-6 i psykisk helsevernloven.”**

(6) Lagmannsretten kom til at det foreligger en særlig nærliggende fare for at han på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse, særlig sett hen til hans rusavhengighet, og at bruk av rusmidler i betydelig grad forverrer hans tilstand. Opprettholdelse av særreaksjonen etter straffeprosessloven § 39 b jf. § 39 nr. 1 og nr. 2 var derfor nødvendig for å verne samfunnet. Videre kom også lagmannsretten til at vilkårene for å overføre A til anstalt under kriminalomsorgen var til stede, og at slik overføring skulle skje.

(7) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt både opprettholdelsen av tvungent psykisk helsevern og overføringen til anstalt under kriminalomsorgen. Det ble anført flere grunnlag for anken. Høyesteretts ankeutvalg traff 21. juni 2011 følgende beslutning:

**”Anken tillates fremmet for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til vilkåret om ’særlige grunner’ i lov om psykisk helsevern § 5-6, samt spørsmålet om bestemmelsens forhold til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e. For øvrig tillates ikke anken fremmet.”**

(8) Saken har for Høyesterett således et mer begrenset omfang enn for tingretten og lagmannsretten.

(9) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*

(10) Av straffeloven § 39 følger at det er adgang til å dømme en lovbrøyer som er straffri etter straffeloven § 44 første ledd – dvs. at vedkommende var psykotisk eller bevisstløs på handlingstiden – til tvungent psykisk helsevern, når dette anses nødvendig for å verne samfunnet. Etter bestemmelsens nr. 1 gjelder dette der gjerningsmannen har begått visse alvorlige forbrytelser som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet, og det er en nærliggende fare for gjentakelse. Bestemmelsens nr. 2 åpner for det samme også ved mindre alvorlige forbrytelser, men på noe andre vilkår. Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2002 samtidig med reglene om dom på tvungen omsorg og dom på forvaring, jf. henholdsvis straffeloven § 39 a og § 39 c. Sikringsinstituttet ble da opphevet.

- (11) Nærmere regler om dom på overføring til tvungent psykisk helsevern er inntatt i lov om psykisk helsevern kapittel 5. Av loven følger at den domfelte i utgangspunktet skal plasseres på helseinstitusjon under det psykiske helsevern. Etter § 5-6 er det imidlertid på visse vilkår gitt adgang til å gi dom for at en som er dømt til tvungent psykisk helsevern, skal overføres til anstalt under kriminalomsorgen. Bestemmelsen lyder:

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

**Påtalemyndigheten fremmer saken for tingrett, som avgjør den ved dom. Behandlingen av saken skal påskyndes.**

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

- (12) Overføring etter § 5-6 har ikke tidligere vært realitetsbehandlet av domstolene.
- (13) Både tingretten og lagmannsretten kom til at gjentakelsesfaren fortsatt er til stede. Anken over dette er ikke tillatt fremmet for Høyesterett, og det må derfor legges til grunn at dette vilåret er oppfylt.
- (14) Som nevnt, legger Regional sikkerhetsavdeling, Psykiatrisk divisjon Y, Z universitetssjukehus, til grunn at A ikke lenger er psykotisk. Det samme gjorde Regional sikkerhetsavdeling Æ. Begge avdelingene konkluderte med diagnosene Paranoid personlighetsforstyrrelse og Dyssosial personlighetsforstyrrelse. Dette har også de to psykiatriske sakkyndige som har vært rettsoppnevnt i saken, kommet til. I tillegg er A av disse gitt diagnosen Psykisk lidelse og atferdsforstyrrelse som skyldes bruk av flere psykoaktive stoffer, avhengighetssyndrom, for tiden abstinert, men i beskyttede omgivelser. Disse konklusjonene har lagmannsretten sluttet seg til. Høyesterett må således legge til grunn at As sinnstilstand ikke lenger er som beskrevet i straffeloven § 44 første ledd.
- (15) Det Høyesterett skal ta stilling til, er om vilåret om ”særlige grunner” er oppfylt. Det er ikke nok at de øvrige vilkår er oppfylt; det må foreligge noe mer som tilsier at overføring bør skje. A anfører at dette vilåret ikke er oppfylt, og at en overføring vil stride mot Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Påtalemyndigheten anfører på sin side at lagmannsrettens dom er riktig.
- (16) For å klarlegge innholdet av uttrykket ”særlige grunner” er det nødvendig å se nærmere på forhistorien til § 5-6. Bestemmelsen ble foreslått av Særreaksjonsutvalget som § 13 f i den tidligere loven om psykisk helsevern av 1961. I NOU 1990: 5 side 99 til 100 gis følgende begrunnelse:

**”Som det er redegjort for ovenfor under pkt. 4.1.5 og i bemerkningene til § 39, stilles det ingen krav til domfeltes sinnstilstand på domstiden for å idømme overføring til tvungent psykisk helsevern. Det stilles heller ingen krav til sinnstilstanden for å opprettholde særreaksjonen, jf. bemerkningene til § 39 b. Dette innebærer at også lovbrutere som ikke lenger er dominert av en alvorlig sinnslidelse, kan være overført til tvungent psykisk helsevern. Forutsetningen er selvfølgelig at det foreligger en så markert fare for gjentakelse av alvorlig kriminalitet, at særreaksjonen er ansett nødvendig for å verne**

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

Når utvalget har funnet at særreaksjonen også bør kunne idømmes i slike tilfeller, er bakgrunnen både at lovbryteren i utgangspunktet har vært alvorlig sinnslidende, og at det psykiske helsevern selv får ansvaret for hvordan reaksjonen mest hensiktsmessig skal gjennomføres, se pkt. 4.1.5. Den obligatoriske perioden med døgnopphold i institusjon, er dessuten begrenset til 3 uker, jf § 13 c. I enkelte helt spesielle tilfeller, som f.eks. det refererte kasus, vil imidlertid farligheten være så markert at langvarig opphold i lukket institusjon er påkrevet. Slikt opphold vil ha en rent samfunnsbeskyttende funksjon. Psykiatriske institusjoner vil ikke ha noe behandlingstilbud til slike personer, og de vil kunne vanskeliggjøre miljøet for de øvrige pasientene. På denne bakgrunn er utvalget kommet til at det må åpnes adgang til å overføre slike domfelte til anstalt under fengselsvesenet.

Når en lovbrøyer er ansett utilregnelig på gjerningstiden, skal imidlertid straff ikke kunne anvendes, jf ovenfor pkt. 4.1.1. En slik overføringsadgang bryter derfor med ett av utvalgets prinsipielle utgangspunkter. Opphold i anstalt under fengselsvesenet i medhold av § 13 f, kan vanskelig skilles fra fengselsstraff eller forvaring, selv om utgangspunktet og domsgrunnlaget er et annet. Når det likevel er påkrevet med en slik overføringsadgang, må adgangen gjøres så snever som praktisk mulig.”

- (17) Også departementet understreket i proposisjonen, under henvisning til det jeg her har sitert fra utvalget, at overføringsadgangen bør være snever, jf. Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) pkt. 7.5.2.7.3. Videre antok departementet at ”behovet for tilbakeføring til det psykiske helsevernet kan reduseres dersom et særskilt opplegg tilrettelegges for den som er blitt overført til fengselsvesenet”. Om praktiseringen av kriteriet ”særlige grunner” uttaler departementet i spesialmotivene til bestemmelsen:

”Ekstraordinære forhold må gjøre et opphold i det psykiske helsevernet klart urimelig. Ved vurderingen må det legges vekt på hvor lang tid det er gått siden dommen ble avsagt, graden av farlighet, hvor stabil sinnstilstanden er, hvilke alternativer til overføring som finnes, og hvordan et fengselsopphold må antas å virke.”

- (18) Verken Særreaksjonsutvalget eller departementet hadde så langt i lovgivningsprosessen vurdert forholdet til EMK. Spørsmålet ble imidlertid reist under behandlingen i Stortingets justiskomiteé, som ba justisministeren om en nærmere vurdering av forholdet. Før jeg går inn på svaret fra justisministeren, nevner jeg at EMK i artikkel 5 har regler om retten til frihet og sikkerhet. Jeg finner grunn til å sitere den del av EMK artikkel 5 nr. 1 som er særlig aktuell i vår sammenheng:

”Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov:

- a. lovlig frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol;
- ...
- e. lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende, alkoholister, narkomane eller løsgjengere;
- ...”

- (19) Uttrykket ”domfelt” i bokstav a forutsetter konstatering av straffeskyld. Siden det ikke har vært tilfelle for A, må en frihetsberøvelse for ikke å komme i strid med EMK derfor være i samsvar med bokstav e. Det er på det rene, blant annet ut fra foreliggende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), at uttrykket ”sinnslidende” – ”persons of

unsound mind” i den engelske originalteksten – omfatter mer enn psykosetilfellene. Uttrykket omfatter også personer med alvorlig karakteravvik. Frihetsberøvelse av en person som ikke lenger er psykotisk, men som har markert karakteravvik, vil altså i seg selv ikke stride mot EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

- (20) EMD har imidlertid i dom 28. mai 1985 i saken Ashingdane mot Storbritannia (sak nr. 8225/78) oppstilt krav om at det må være samsvar mellom grunnen til den lovlige frihetsberøvelsen og stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen. Det heter om dette i dommens avsnitt 44:

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

- (21) Uttalelsen i Ashingdane-dommen har vært fulgt opp i senere avgjørelser, uten at disse bringer noe nytt av betydning for forståelsen av hva konvensjonen krever.
- (22) Jeg vender så tilbake til justisministerens svar på Justiskomiteens henvendelse. Etter å ha vist til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e og Ashingdane-dommen, uttaler justisministeren i brev 29. februar 1996 som er inntatt som vedlegg til Innst. O. nr. 34 (1996–97):

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

**Justisdepartementet antar at konvensjonsorganene vil foreta en helt konkret vurdering av hvordan forholdene er i den anstalten vedkommende er plassert på, og i hvilken grad de er tilpasset vedkommendes mentale avvik. Dersom den domfelte overføres til en anstalt eller avdeling spesielt tilpasset lovbrøtere med tidsubestemt særreaksjon, og tilbys hjelp for å mestre sitt problem, er det etter min oppfatning liten grunn til å tro at det vil ansees som konvensjonsstridig. Annerledes kan det kanskje stille seg hvis vedkommende undergis samme behandling som soningsfanger.”**

- (23) For å sikre at domstolene i konkrete saker tar hensyn til de krav konvensjonen stiller, foreslo justisministeren to endringer. Det ene var at straffeprosessloven § 165 fikk en tilføyelse om at det skal foretas rettspsykiatrisk undersøkelse før det avses dom på overføring til anstalt under kriminalomsorgen. Det andre var å omformulere § 13 f første ledd første punktum, slik at det ble tydeligere at domstolene bare skal overføre den domfelte til anstalt under fengselsvesenet hvis særlige grunner taler for det. I justisministerens brev ble det framholdt at domstolene ved vurderingen av om særlige grunner taler for overføring, blant annet må ta hensyn til de kravene EMK stiller.
- (24) Komitéflertallet fulgte opp justisministerens anbefaling, og § 13 f fikk den formulering som § 5-6 har i dagens psykisk helsevernlov, jf. Innst. O. nr. 34 (1996–97) pkt. 7.3.7. Med denne formuleringen gjøres det klart at domstolen må foreta en selvstendig vurdering av om det foreligger ”særlige grunner”.

- (25) På bakgrunn av justisministerens redegjørelse la flertallet til grunn at ”dersom den domfelte overføres til en anstalt eller avdeling som er spesielt tilpasset lovbrytere med tidsubestemt særreaksjon og tilbys hjelp til å mestre sitt problem, er det liten grunn til å tro at en overføring fra behandlingsinstitusjon til anstalt under fengselsvesenet vil være konvensjonsstridig”, jf. Innst. O. nr. 34 (1996–97) side 17. Jeg oppfatter det komitéflertallet her uttaler slik at det må tilrettelegges et tilbud med sikte på at vedkommende skal kunne mestre sin situasjon best mulig og med den målsetting at vedkommende skal klare seg utenfor institusjon. Etter min mening er dette i samsvar med det EMD uttaler i Ashingdane-dommen.
- (26) Også komitéflertallet ga uttrykk for at overføringsadgangen skulle være snever, men forutsatte samtidig at adgangen ble benyttet der forutsetningene for en slik overføring ”åpenbart er til stede”.
- (27) På bakgrunn av min gjennomgang av forarbeidene kan det rettslige innholdet i uttrykket ”særlige grunner” oppsummeres som følger: Det må foretas en bred skjønnsmessig vurdering der hensynet til det psykiske helsevernet og til hvordan en overføring vil virke på den særreaksjonsdømte utgjør hovedelementene. Det oppstilles videre en rekke sidemomenter som dels knytter seg til hensynet til det psykiske helsevern og dels til den domfelte. Et sentralt moment er likevel at overføringsadgangen skal være snever. Det vil videre høre under ”særlige grunner” å vurdere om en overføring i det konkrete tilfellet er i overensstemmelse med EMK.
- (28) Jeg ser så på om de konkrete forholdene i vår sak tilsier at vilkåret om ”særlige grunner” for overføring til anstalt under kriminalomsorgen er oppfylt for As vedkommende.
- (29) Det har vist seg svært vanskelig for Regional sikkerhetsavdeling, Psykiatrisk divisjon Y, Z universitetsjukehus, å få til et behandlingsopplegg for A. Det framgår av psykologspesialist Bs brev 9. november 2009 til Å politidistrikt at dette skyldes at de ikke har maktet å få til behandlingssamarbeid med ham. De rettsoppnevnte sakkyndige uttaler om dette:
- ”Observandens syn på sin situasjon avviker fra sykehusets vurdering. Observanden har liten forståelse for sykehusets krav til sikkerhet i forbindelse med en rehabiliteringsprosess. Situasjonen preges av *stillingskrig* og synes fastlåst. Når det gjelder *hvilke planer helse- og sosialvesenet har for videre oppfølging av observanden*, vises det også til ovenstående utdrag av uttalelsen fra psykologspesialist B. De sakkyndige finner det vanskelig å uttrykke klare oppfatninger om planene er hensiktsmessige eller ikke. Sykehistorien hittil har vist at denne observandens tilstand er kompleks og at behandlingssituasjonen er krevende.**
- ...
- Når det gjelder spørsmålet om observandens tilstand kan endres ved behandling, finner de sakkyndige ikke grunnlag for nevneverdig optimisme ut fra generell kunnskap. Sykehistorien hittil har vist at behandlingstiltak i liten grad har vært egnet til å rehabilitere observanden til en livssituasjon utenfor institusjon. Ut fra en individuell betraktning, vil det kun være observanden selv som kan vise om han har vilje og evne til å nyttiggjøre seg eventuelle behandlingstilbud i fremtiden eller ikke.”
- (30) Om den miljømessige betydning av hans tilstedeværelse heter det i nevnte brev fra psykologspesialist B:

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

(31) Det er ikke framkommet opplysninger som tyder på at tilstanden i dag er vesentlig annerledes enn det som her beskrives. Det foreliggende materiale gir inntrykk av at situasjonen er lite fruktbar både for A og for institusjonen der han oppholder seg. Ut fra det jeg har referert fra forarbeidene, finner jeg det klart at A representerer et slikt tilfelle der man har tenkt seg at vilkåret om særlige grunner vil være til stede, også når man tar i betraktning den snevre adgangen forarbeidene forutsetter.

(32) Jeg ser så på forholdet til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

(33) Det er på det rene at en overføring vil skje til Ila fengsel og forvaringsanstalt, jf. Ot.prp. nr. 46 (2000–2001) side 39 om endringer i forbindelse med ikrafttrede. Etter å ha vist til nevnte brev av 29. februar 1996 fra justisministeren til Justiskomiteén, heter det der om forholdet til EMK:

**”Det understrekes i brevet at anstalten eller avdelingen vedkommende overføres til, må være spesielt tilpasset denne gruppen lovbrøyttere. Det er antatt at det kan oppstå problemer i forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon hvis vedkommende undergis samme behandling som soningsfanger. Departementet antar at menneskerettskonvensjonene ikke kan tolkes slik at det er utelukket å plassere denne typen domfelte i ressursavdelinger eller særlig anstalt sammen med straffedømte, forutsatt at de tilbys forhold som er spesielt tilpasset deres situasjon.”**

(34) Jeg er enig i det som her uttales. At overføringen skjer til Ila, kan ikke i seg selv representere konvensjonsbrudd selv om de som for øvrig er plassert her, soner straffe- eller forvaringsdom. Jeg kan heller ikke se at noe annet følger av EMDs dom i Ashingdane-saken. Dommen nevner ”hospital, clinic or other appropriate institution authorised for that purpose”. Det avgjørende må være om institusjonen er egnet. I Ashingdane-saken dreide det seg om en psykiatrisk pasient, og stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen måtte da være tilpasset dette. Dette er ikke situasjonen for A. Men samtidig er det grunn til å tro at dersom A blir plassert i avdeling under tilsvarende forhold som de som soner straffe- eller forvaringsdom, vil dette bli ansett som konvensjonsstridig. Det må etter min mening kreves at vedkommende plasseres i en avdeling som er spesielt egnet for opphold for denne type domfelte og med et spesielt tilpasset, individuelt opplegg for den enkelte.

(35) Nå er det på det rene at en slik avdeling ikke eksisterer ved Ila i dag. I brev 6. juni 2011 til Rogaland statsadvokatembeter viser Justisdepartementet til at ”bestemmelsen om overføring fra psykisk helsevern til kriminalomsorgen hittil ikke har kommet til anvendelse, og at det kan anses problematisk å forsvare etablering av et kostnadskreven tilbud dersom det blir stående ubenyttet over lang tid”. Jeg har forståelse for at det ikke på nåværende tidspunkt er etablert et fullgodt tilbud for denne type overføring siden dette er det første tilfellet. Det er imidlertid en svakhet at departementet ikke gir noen antydning om hva et slikt tilbud vil gå ut på, men nøyer seg med å gi uttrykk for at det, i den grad det eksisterende tilbud ikke kan anses tilfredsstillende, vil bli utbygd og tilrettelagt ”slik

at konvensjonsforpliktelsene kan ivaretas". Dette svekker grunnlaget for domstolenes kontroll med at konvensjonens krav vil bli oppfylt.

- (36) Når jeg likevel vegrer meg for å konstatere konvensjonsbrudd, skyldes det at det etter gjeldende lovgivning forutsettes at det etableres et særskilt tilbud for de som blir overført fra tvungent psykisk helsevern. I tillegg til det jeg refererte fra Ot.prp. nr. 46 (2000–2001), viser jeg til at straffegjennomføringsloven § 11 tredje ledd, jf. § 10 andre ledd har egne bestemmelser om etablering av særskilt avdeling tilrettelagt for personer som er idømt en strafferettslig særreaksjon. Jeg viser videre til at dette er fulgt opp i forskriftsverket ved at det i § 6 i forskrift om gjennomføring av særreaksjonen forvaring er bestemt at domfelte som er overført fra tvungent psykisk helsevern i medhold av lov om psykisk helsevern § 5-6, *alltid* skal settes inn i avdeling som er tilrettelagt for domfelte med særlig behov, og at disse ikke skal plasseres sammen med andre domfelte med mindre de samtykker. Jeg forstår Justisdepartementets brev 6. juni 2011 slik at departementet vil følge opp disse forpliktelsene.
- (37) På denne bakgrunn er jeg kommet til at vilkåret om "særlige grunner" for å overføre A fra tvungent psykisk helsevern til anstalt under kriminalomsorgen er oppfylt.
- (38) Det ligger også til domstolen å vurdere om en overføring bør skje, jf. "kan"-skjønnet. Om dette uttaler lagmannsretten:

**"De sakkyndige har fremholdt at det egentlig er 'hipp som happ' hvor han er, så lenge situasjonen er like fastlåst som nå.**

**Dette er retten enig i, og mest sannsynlig vil et regime rundt tiltalte være mindre rigid og inngripende innenfor Kriminalomsorgen enn der han er i dag. Behandlingsutsiktene vil derfor kunne optimaliseres i større grad ved for eksempel Ia, enn hvis han fortsatt skal være i Y sykehus. I denne sammenheng pekes det på at tiltalte i dag er i en klar og langvarig opposisjon til behandlingsmiljøet ved sykehuset, og at dette ikke bare ødelegger for ham selv, men også vanskeliggjør behandlingssituasjonen for andre pasienter."**

- (39) Jeg slutter meg til det lagmannsretten her uttaler og er derfor kommet til at ikke bare lovens vilkår for overføring er oppfylt, men også at overføring bør skje. Den faktiske gjennomføringen kan imidlertid ikke finne sted før en slik avdeling og med et tilpasset tilbud som nevnt er etablert.
- (40) Jeg stemmer for slik

#### DOM :

Anken forkastes.

- (41) Dommer **Endresen**: Jeg viser til førstvoterendes redegjørelse for under hvilke omstendigheter den som er dømt til tvungent psykisk helsevern unntaksvis kan overføres til anstalt under kriminalomsorgen.
- (42) Helt sentralt for mitt syn på sakens utfall er den rolle domstolene er gitt ved vurderingen av en begjæring om overføring. Domstolene skal ikke bare foreta en legalitetskontroll; det foreligger ikke egentlig noe vedtak å kontrollere. Det foreligger en begjæring om



overføring, som domstolene må ta stilling til. Domstolene skal kontrollere om lovens vilkår er oppfylt, og skal vurdere om overføring bør skje. Normalt vil det naturligvis være riktig av domstolene å ta utgangspunkt i den faglige begrunnelse som begjæringen bygger på, men det at domstolene også er tillagt ansvaret for hensiktsmessighetsvurderingen, får betydning for mitt syn på hva resultatet i saken må bli.

- (43) Jeg tiltrer den begrunnelse førstvoterende har gitt for at lovkravet "særlige grunner" må anses oppfylt, og jeg er på den annen side enig i at en overføring til en forvaringsavdeling ved Ila fengsel og forvaringsanstalt (Ila) i dag ville være i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.
- (44) Før overføring til Ila kan iverksettes må det være skissert et konkret regime for As opphold ved anstalten, som på tilbørlig måte tar hensyn til at han ikke er dømt til straff. Det må, i den utstrekning det er mulig, sørges for at oppholdet organiseres slik at det er bedre tilpasset hans situasjon enn det som ville være tilfellet om han skulle plasseres i en forvaringsavdeling på de vilkår som gjelder for dem som er dømt til forvaring.
- (45) Det er imidlertid ikke domstolenes oppgave å angi konkret under hvilke omstendigheter en overføring vil være forenlig med de krav som er etablert ved Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis.
- (46) Prinsipielt sett er det etter mitt syn en avgjørende innvending mot det å samtykke til overføring på vilkår som domstolen fastsetter, at den det gjelder derved fratras den rettssikkerhetsgaranti som ligger i at domstolene skal kontrollere at lovens vilkår for overføring er oppfylt og at overføring i det konkrete tilfellet vil være hensiktsmessig.
- (47) Et sentralt poeng i denne sammenheng er at domstolene ved prøvingen av om lovens vilkår for overføring er oppfylt, skal bygge på situasjonen på domstidspunktet. Selv om vilkårene var oppfylt da begjæringen ble fremsatt, må denne avvises om et av vilkårene på domstidspunktet ikke lenger er oppfylt. Dersom det skulle gis et forhåndssamtykke til overføring på et uvisst fremtidig tidspunkt når de nødvendige tiltak for å tilfredsstille de krav som følger av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e, måtte være gjennomført, ville dette bryte med den rettssikkerhetsgaranti som følger av at domstolene skal prøve vilkårene på domstidspunktet.
- (48) Det må dessuten være riktig å si at hva som vil være et akseptabelt opplegg, i noen grad vil kunne være en funksjon av helsetilstand og andre personlige forhold hos den det er aktuelt å overføre. Dette vil praktisk sett gjøre det urealistisk å oppstille en generell regel for når det vil foreligge konvensjonsstrid, og domstolene vil i hvert fall mangle den nødvendige fagkunnskap til å trekke opp retningslinjer her.
- (49) Det er heller ikke slik at det med utgangspunkt i EMD's praksis kan sies, med noen rimelig grad av sikkerhet, akkurat hvilke særskilte tiltak som må iverksettes for at en overføring skal kunne skje til det som i utgangspunktet er en forvaringsanstalt. Også det at det vil måtte skje en skjønnsmessig helhetsvurdering, tilsier tilbakeholdenhet med å angi konkretiserte krav.
- (50) Det er slik sett også en mulighet for at domstolene ved å trekke opp generelle retningslinjer, kan komme til etablere snevrere rammer for når overføring kan skje, enn det som nødvendig gjøres av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

- (51) Det er på det rene at Ila er den institusjon som det er aktuelt å overføre A til. Det er i saken fremlagt en uttalelse fra seniorrådgiver ved Ila, psykiater C, avgitt i anledning Høyesteretts behandling av saken. Det følger av uttalelsen at A vil bli plassert i en avdeling for forvaringsdømte, og at han som utgangspunkt vil leve under de vilkår som gjelder for de forvaringsdømte. Det er ikke fra påtalemyndighetens side bestridt at denne uttalelsen gir et dekkende bilde av situasjonen slik den er i dag.
- (52) Som førstvoterende må jeg da konkludere at en overføring av A til Ila vil innebære et brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Etter min mening kan domstolene ikke, slik lagmannsretten har gjort, medvirke til en slik løsning, selv om det skulle kunne legges til grunn at forholdene over tid vil bli tilfredsstillende.
- (53) Som det vil fremgå av det jeg har sagt så langt, er jeg imidlertid kommet til at domstolene heller ikke kan gi et betinget samtykke til overføring, som innebærer at overføring kan skje når det er etablert et eget regime for A som fører til at forholdet til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e er tilfredsstillt.
- (54) Jeg tilføyer for fullstendighetens skyld at en slik fremgangsmåte også fremstår som mindre hensiktsmessig. En forhåndsgodkjenning fra Høyesterett vil etter mitt syn ikke avskjære As adgang til å bringe overføringen inn for domstolene på ny med påstand om at Høyesteretts vilkår om at forholdet til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e skal være ivaretatt, ikke er oppfylt, og at overføring derfor ikke kan iverksettes.
- (55) Det er mitt syn at myndighetene først må tilrettelegge for overføring. Domstolene må så vurdere dette opplegget i forbindelse med en eventuelt ny begjæring om overføring.
- (56) Jeg stemmer etter dette for at begjæring om overføring til anstalt under kriminalomsorgen ikke tas til følge.
- (57) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Tønder.
- (58) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (59) Dommer **Gjølstad:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Endresen.
- (60) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: