

Barnekonvensjonen artikkel 37 i norsk rett



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 550

Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17 969 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Bakgrunn for valg av tema	1
1.3	Avgrensning	2
1.4	Fremstillingen videre	3
2	<u>RETTSKILDER</u>	4
2.1	Rettskilder og metode	4
2.2	Kort om barnekonvensjonen	8
2.2.1	Historikk	8
2.2.2	Gjennomføring og rapportering	9
2.3	Barnekonvensjonen i norsk rett	10
3	<u>BARNEKONVENSJONEN ART. 37 I NORSK RETT</u>	12
3.1	Barnekonvensjonen art. 37a	12
3.1.1	Dødsstraff	12
3.1.2	Livsvarig fengsel	12
3.1.3	Tortur eller annen grusom, nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff	13
3.1.3.1	Bryter isolasjon av barn med BK art. 37a?	15
3.1.3.1.1	Er isolasjon tortur?	17
3.2	Barnekonvensjonen art. 37b	20
3.2.1	Lovlig frihetsberøvelse	20
3.2.2	Frihetsberøvelse som "siste utvei"	22
3.2.2.1	"Siste utvei"	23
3.2.2.2	"Særlig påkrevd"	25
3.2.2.3	Alternative tiltak	28
3.2.3	Frihetsberøvelse for "kortest mulig tidsrom"	34

3.3	Barnekonvensjonen art. 37c	38
3.3.1	Atskilt fra voksne	38
3.3.1.1	Er norsk rett i tråd med BK art. 37c når barn og voksne fengsles sammen?	40
3.3.2	Opprettholde forbindelse med familie	44
3.3.2.1	Er kravene til kommunikasjon med familie sikret i norsk rett?	45
3.3.2.2	Særskilt om opprettholdelse av kommunikasjon og barn atskilt fra voksne	46
3.3.3	Behandles med menneskelighet og respekt	47
3.3.3.1	Er kravene til human og respektfull behandling av barn oppfylt i norsk rett?	49
	Barnekonvensjonen art. 37d	51
3.3.4	Juridisk bistand	51
3.3.5	Overprøving og rask avgjørelse	52
4	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	54
	<u>LITTERATURLISTE</u>	57
4.1	Litteratur	57
4.2	Artikler	58
4.3	Rapporter	59
4.4	Nettdokumenter	59
4.5	Lover, forarbeider, offentlig publikasjoner	59
4.6	Domsregister	61
4.7	Internasjonale konvensjoner	62
4.8	Internasjonale retningslinjer og anbefalinger	62
5	<u>TABELLER</u>	64
5.1	Advokatforeningens undersøkelse av barn i fengsel	64

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Tema for avhandlingen er barnekonvensjonen (heretter forkortet BK) art. 37 og bestemmelsens betydning i norsk rett. BK art. 37 skal sikre at barn ikke utsettes for tortur, eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Bestemmelsen skal også sikre at barn ikke utsettes for dødsstraff eller livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse. Bestemmelsen angir vilkårene for frihetsberøvelse og hvordan et frihetsberøvet barn skal behandles.

Barnekonvensjonen inneholder både sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Dette er typiske rettigheter som er beskyttet i de generelle menneskerettighetskonvensjonene. Mens disse konvensjonene beskytter alle individer, gir barnekonvensjonen særlig beskyttelse til barn. Noen av bestemmelsene i barnekonvensjonen er sikret i andre menneskerettighetskonvensjoner, men konvensjonen har også egne bestemmelser som kun ivaretar barns særlige behov. Dette er tilfelle med bestemmelser som regulerer frihetsberøvelse av barn.

1.2 Bakgrunn for valg av tema

2.oktober 2010 kunne man lese i Aftenposten at 14 gutter under 18 år sitter fengslet i Norge. 3 av disse soner fengselsstraff, mens 11 sitter i varetekt. 2 av guttene er kun 15 år. Guttene er fengslet i henholdsvis Bergen, Larvik, Skien, Arendal, Ringerike og Trondheim. Av disse 6 soningsstedene, er det kun Bergen som har egen ungdomsavdeling. Avdelingen har 4 ungdomsplasser.¹

Ved et raskt blikk på BK art. 37 kan man lese at barn kun skal fengsles hvor det anses som siste utvei og frihetsberøvede barn skal holdes atskilt fra voksne. Dette stemmer

¹ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3837051.ece>

ikke overens med den faktiske situasjonen man kunne lese om i den overnevnte artikkel.

FNs barnekomité har uttrykt bekymring ovenfor Norges behandling av barn som er i konflikt med loven. I 2008 leverte Norge inn sin fjerde rapport til barnekomiteen. I sin tilbakemelding uttrykte barnekomiteen bekymring over den økte bruken av fengsel, av at barn ikke holdes atskilt fra voksne, samt bekymring for de fysiske forholdene frihetsberøvede barn lever under.²

Dette er bakgrunnen for at jeg har valgt å la min masteroppgave omhandle frihetsberøvelse av barn. Jeg har lenge ønsket å skrive en oppgave som omhandler barn i straffesystemet. På bakgrunn av det man de senere år har kunne lese om barn i konflikt med loven, ble også vinklingen av oppgaven klar.

Oppgaven gir en fremstilling av BK art. 37. Hvilke krav stiller BK art. 37 til norsk rett og tilfredsstiller norsk rett disse kravene? Er norsk rett i tråd med barnekonvensjonen eller er det faktisk slik at det finnes brudd på barnekonvensjonene i norsk rett?

1.3 Avgrensning

Oppgaven omhandler kun frihetsberøvelse av barn og avgrenses mot frihetsberøvelse av voksne. BK art. 1 innehar legaldefinisjon av hvem som anses som "barn" i konvensjonens forstand. Med barn menes: "*ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivningen som gjelder for barnet*". Norsk rett samsvarer med barnekonvensjonene, da myndighetsalderen i Norge er 18 år, jf. vergemålsloven § 1.

BK art. 40(3)c gir anvisning på at konvensjonsstatene også skal fastsette en kriminell lavalder. I norsk rett er den kriminelle lavalder 15 år, jf. straffeloven (heretter forkortet strl.)§ 46. Politiet kan etterforske saker hvor mistenkte er under 15 år på gjerningstidspunktet, men mistenkte vil ikke kunne pågripes, varetektsfengsles eller

² CRC, concluding observations: Norway para. 57

dømmes, jf. straffeprosessloven (heretter forkortet strpl.)§ 224(2). Dette betyr at hvor ”barn”, ”mindreårige” eller ”unge lovbrøyttere” anvendes i teksten, er det tale om personer mellom 15 og 18 år.

Er gjerningspersonen under 18 år på handlingstidspunktet, men over 18 år på domstidspunktet, kan det oppstå særlige problemstillinger. Disse vil ikke bli behandlet.

Det er kun lovlig frihetsberøvelse som behandles. Frihetsberøvelse må være hjemlet i norsk lov. Jeg vil kun behandle frihetsberøvelse etter straffeprosessloven. Frihetsberøvelse etter barnevernloven og lov om psykisk helsevern faller utenfor oppgaven.

Oppgaven retter seg mot rettighetene ved frihetsberøvelse. Dette gjelder både rettigheter ved pågrepelse, varetektsfengsling og rettigheter under soning. Rettigheter under hovedforhandling vil ikke bli behandlet.

Både BK art. 37 og BK art. 40 omhandler rettigheter for barn i konflikt med loven. BK art. 37 omhandler tortur, dødsstraff, fengsling og annen frihetsberøvelse, mens BK art. 40 retter seg mot selve rettergangen. Bestemmelsene utfyller hverandre og bør leses i sammenheng. Imidlertid vil det være for omfattende å behandle begge bestemmelsene i denne oppgaven, og jeg vil derfor kun behandle BK art. 37. Allikevel vil jeg i sammenheng med alternative tiltak under punkt 3.2.2.3 komme inn på BK art. 40. Dette fordi bestemmelsen gir forslag på alternative tiltak til fengsling og dermed har en direkte betydning for temaet som blir behandlet.

1.4 Fremstillingen videre

Jeg vil i det følgende gi en oversikt over rettskildene og skrive kort om barnekonvensjonen. Deretter vil jeg gå over til oppgavens hoveddel hvor jeg redegjør for oppgavens problemstillinger. Jeg har valgt å ta for meg bestemmelsen etter det enkelte ledd. Først vil jeg redegjøre for innholdet i BK art. 37a, deretter drøfte hvorvidt norsk rettsregler er i tråd med art. 37a. Til slutt vil jeg drøfte hvilke særlige problemstillinger som oppstår i norsk rett. Jeg vil gjøre det samme med henholdsvis BK

art. 37b, c og d. Avslutningsvis vil jeg oppsummere hva som gjenstår for at norsk rett skal være i tråd med barnekonvensjonen.

2 Rettskilder

2.1 Rettskilder og metode

Barnekonvensjonen er den viktigste rettskilden for barns rettigheter ved frihetsberøvelse. Dette fordi konvensjonene er rettslig bindende for medlemsstatene. Det er den engelske originalteksten som er folkerettslig bindende, men konvensjonen er blant annet oversatt til norsk. I hovedsak vil jeg anvende den norske oversettelsen, men hvor den norske oversettelsen ikke fullt ut gir samme meningsinnhold som den engelske teksten, vil den engelske teksten legges til grunn.

Ved tolkingen av barnekonvensjonen, er det den naturlige språklige forståelsen av konvensjonen som er utgangspunktet. Flere av bestemmelsene i konvensjonen er vage og det kan være vanskelig å presisere innholdet i bestemmelsene. Man må derfor finne veiledning i andre kilder.

Wienkonvensjonen art. 31(1) gir veiledning på at konvensjonene skal tolkes i sammenheng med konvensjonenes gjenstand og formål. Dette fremgår også direkte av barnekonvensjonene og er et moment barnekomiteen legger særlig vekt på.³

Videre er det antatt at man må legge til grunn en dynamisk tolkning av barnekonvensjonen. EMK anses å være "a living instrument" og må tolkes med tiden. Barnekomiteen har inntatt samme holdning til barnekonvensjonen.⁴

³ Smith, Lucy: FNs konvensjon om barns rettigheter. I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. Redigert av Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Oslo, 2008 s. 22

⁴ CRC, General Comment No. 8 pkt. 20

Barnekonvensjonen innehar fire grunnprinsipper. Dette er ikke-diskriminering (art. 2), barnets beste (art. 3), barnets rett til liv og utvikling (art. 6) og barnets rett til å delta og bli hørt (art. 12). Dette er prinsipper som må anvendes som tolkningsmomenter for de andre bestemmelsene i konvensjonen. Prinsippet om barnets beste har vært sentralt i nasjonale og internasjonale instrumenter også før barnekonvensjonen, og er lagt til grunn av den europeiske menneskerettsdomstolen i flere saker. Prinsippet har særlig gjennomslagskraft.⁵ Dette betyr at det ved enhver sak knyttet til barn, må vurderes hva som er det beste for barnet.

I norsk rett er forarbeider en relevant rettskilde. Forarbeidene til barnekonvensjonen har ikke den samme relevansen. Barnekonvensjonen ble utarbeidet av en åpen arbeidskomité som baserte sitt arbeid på enighet mellom statene. Det endelige utkastet ble enstemmig vedtatt av FNs generalforsamling uten endringer. Forarbeidene har derfor begrenset rettskildemessig verdi.⁶

FNs generelle kommentarer vil derimot være en viktig rettskilde. Kommentarene omhandler tolkningen av bestemte artikler og spørsmål. Kommentarene er ikke rettslig bindende, men er tillagt betydelig vekt i folkeretten. Også i norsk rett antas det at barnekomiteens generelle kommentarer har betydelig vekt.⁷ I Rt. 2009 s. 1261 redegjør førstvoterende for hvilken vekt de generelle kommentarene har. Førstvoterende uttaler at kommentarene må tillegges vekt. Imidlertid vil grunnlaget for hvorfor kommentarene er gitt være avgjørende for hvilken vekt kommentarene tillegges. Avgjørende vil være om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse eller en anbefaling om hvordan praksisen bør være på konvensjonenes område. Man må også se om uttalelsen passer på faktum og rettsområde.⁸ I denne oppgaven er det først og fremst generell kommentar nr. 10 som kommer til anvendelse. Kommentaren omhandler rettigheter for barn i konflikt med loven, og gir et direkte tolkningsbidrag til BK art. 37. Kommentaren vil derfor være av stor betydning når jeg skal redegjøre for innholdet i BK art. 37.

⁵ Smith 2008 s. 17

⁶ Ibid. s. 22

⁷ NOU 2008: 15 s. 100

⁸ Rt. 2009 s. 1261 pkt. 44

Etter periodisk rapporteringen til barnekomiteen mottar statene avsluttende merknader (concluding observations) fra komiteen. Disse er ikke rettslig bindende, men blir i praksis lagt stor vekt på. At de avsluttende merknadene blir lagt stor vekt på er et utslag av at barnekomiteen ikke tar stilling til enkeltsaker. Barnekomiteen har uttrykt at statene bør ta hensyn til disse kommentarene.⁹ I Rt. 2001 s. 1006 som gjaldt fritak fra KRL-faget uttalte førstvoterende at uttalelser fra FNs barnekomité vil være av interesse. Deretter gikk førstvoterende gjennom uttalelsene fra komiteen, uten at disse ble brukt direkte i drøftningen. Selv om uttalelsene ikke anvendes i den videre drøftningen, illustrerer dommen at avsluttende merknader har betydning i norsk rett.

Utover dette finnes det få uttalelser om betydningen av barnekomiteens avsluttende merknader. Imidlertid tok Høyesterett i Rt. 2008 s. 513 stilling til betydningen av uttalelser fra FNs torturkomité og dette kan være veiledende: *"Jeg er etter dette kommet til at Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å etterkomme Torturkomitéens anmodning om midlertidig beskyttelse av A. Det er likevel grunn til å tilføye at den norske holdningen er at slike anmodninger skal tillegges stor vekt, og at de i utgangspunktet vil bli etterkommet så langt dette er mulig."*¹⁰ Førstvoterende tillegger her torturkomiteens merknader stor vekt. Det er etter dette nærliggende å konkludere med at også merknadene fra FNs barnekomité vil tillegges stor vekt i norsk rett. Dettets støttes av at det i juridisk litteratur er antatt at avsluttende merknader tillegges stor vekt.¹¹ I oppgaven har jeg brukt avsluttende merknader som er gitt både til Norge og andre land. Merknadene brukes som argument for å vise hvorvidt norsk rett er i tråd med BK art. 37 og som grunnlag for å trekke konklusjoner om konvensjonen i praksis.

Retningslinjer gitt av FN er viktig for tolkningen av barnekonvensjonen. I generell kommentar nr. 10 gir barnekomiteen anvisning på at UN Rules for the Protection of Juveniles (JDL-reglene) og UN Minimum Rules of Juvenile Justice (Beijing-reglene) er

⁹ CRC, General Comment No. 5 pkt. 29

¹⁰ Rt. 2008 s. 513 pkt. 58

¹¹ Wille, Petter F: Oversikt over internasjonale rettskilder og aktiviteter med fokus på barn og barns rettigheter. I: Barnerett – i et internasjonalt perspektiv. Redigert av Mary-Ann Hedlund. Bergen, 2008 s. 181.

viktige tolkningsbidrag.¹² Komiteen anbefaler også at disse reglene inkorporeres i nasjonale lover og forskrifter.¹³ Da uttalelser fra FNs barnekomité anses å ha stor vekt i norsk rett, vil det etter dette være nærliggende å anta at også Beijing- og JDL-reglene vil tillegges stor vekt i norsk rett.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter forkortet SP) og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter forkortet EMK) inneholder generelle menneskerettigheter. Dette er bindende konvensjoner som omfatter menneskerettigheter for både voksne og barn. Da disse i noen tilfeller er brukt som utgangspunkt for bestemmelsene i barnekonvensjonen, vil disse konvensjonene med deres forarbeider være veiledende rettskilder.

Menneskerettighetskomiteen som overvåker gjennomføringen av SP, har vedtatt flere generelle kommentarer. Komiteen har blant annet vedtatt en kommentar som retter seg generelt mot frihetsberøvelse.¹⁴ Denne kommentaren, vil på samme vis som barnekomiteens generelle kommentar være et viktig tolkningsbidrag.

Når det gjelder norsk lovgivning, er det hovedsakelig straffeprosessloven som kommer til anvendelse. Straffeloven, straffegjennomføringsloven (heretter forkortet strfgjl.), påtaleinstruksen og forskrift om bruk av politiarrest vil også være viktige rettskilder.

Straffeloven av 2005 vil også komme til anvendelse. Loven er ikke trådt i kraft enda, men både loven og dens forarbeider kan gi veiledning da de gir uttrykk for lovgiverviljen. Dette er blant annet lagt til grunn i Rt. 2009 s. 321.

Lovenes forarbeid vil også være viktig. Spesielt viktig er NOU 2008:15: Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll. Forarbeider anses å ha ulik vekt og avgjørende for deres vekt er på hvilket tidspunkt de er gitt og hvem som står bak forarbeidet. NOU 2008:15 er det første skritt på vei til en lovendring som nettopp omhandler barn og straff. Dette

¹² CRC, General Comment no. 10 pkt. 3

¹³ Ibid. pkt. 28c

¹⁴ CRC, General Comment no. 10

gjør at utredningen er en viktig rettskilde for denne oppgaven. Imidlertid er det flere trinn igjen før det eventuelt gjøres lovendringer. Det er derfor begrenset hvor stor vekt utredningen kan gis. Jeg bruker derfor utredningen kun til støtte for argumenter underveis og hovedsakelig for å vise hvilke endringer som er foreslått i norsk lovgivning.

Det er begrenset hvor mye nasjonal rettspraksis som finnes vedrørende barnekonvensjonen. Imidlertid har jeg tatt med den rettspraksisen som er tilgjengelig der den synes illustrerende.

Også juridisk litteratur vil være viktig. I hovedsak vil Sharon Detricks "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child", "The international Law on the rights of the child" av Geraldine Van Baueren og "Article 37 Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty" av William Schabas og Helmut Sax komme til anvendelse for redegjørelsen av BK art. 37. Når det kommer til oppfyllelsen av BK art. 37 i norsk rett finnes det begrenset med juridisk litteratur. Artiklene som vil bli anvendt er "Rettigheter for barn i konflikt med loven" og "Barn som aktører i straffesakskjeden" skrevet av Mette Yvonne Larsen, og Ingunn Fornes artikkel "Varetektsfengsling av barn."

2.2 Kort om barnekonvensjonen

2.2.1 Historikk

Menneskerettigheter er rettigheter man innehar i egenskap av å være menneske. Det er grunnleggende rettigheter som er viktig for det enkelte individs frihet og livsutfoldelse. Derfor er dette rettigheter som skal beskyttes i alle verdens land.¹⁵ Man har prøvd å finne en dekkende definisjon av menneskerettigheter, uten at man har kommet frem til en. Erik Møse har sagt det slik: "*kort og upresist kan det defineres som visse grunnleggende forestillinger om forholdet mellom individ og stat. Det dreier seg om rettigheter for individet uansett retts- eller samfunnssystem.*"¹⁶

¹⁵ Ruud, Morten og Geir Ulfstein: Innføring i folkerett, 3. utg. Oslo, 2006 s. 233

¹⁶ Høstmølingen 2003 s. 28

De forente nasjoner ble etablert i 1945. Året etter ble FNs menneskerettighetskommisjon opprettet, og de utformet FNs verdenserklæring om menneskerettigheter. Dette var et politisk dokument som ikke førte med seg noen folkerettslige forpliktelser. Imidlertid dannet erklæringen utgangspunktet for arbeidet med det som senere skulle bli FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter forkortet SP) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (heretter forkortet ØSK). SP og ØSK inneholder generelle bestemmelser om blant annet retten til liv og medbestemmelsesrett. Dette er bestemmelser som gjelder generelt for alle mennesker. En nyskaping etter SP og ØSK var konvensjoner til beskyttelser av særlige grupper eller interesser. Herunder blant annet FNs barnekonvensjon.

Barn er en sårbar gruppe. På grunn av deres fysiske og mentale umodenhet, trenger barn ekstra beskyttelse mot overgrep fra myndighetenes side. Allerede i 1924 ble det utarbeidet en erklæring om barns rettigheter. Denne ble fulgt opp og i 1959 kom en ny erklæring. Det var imidlertid ikke før i 1989 FNs generalforsamling vedtok en rettslig forpliktende tekst, nemlig FNs barnekonvensjon. Konvensjonen trådte i kraft i 1990, og er med unntak av USA og Somalia ratifisert av alle verdens land.¹⁷

Barnekonvensjonen tar sikte på barnets særlige stilling og behov. Mange av bestemmelsene finnes allerede i SP og ØSK, men ved å ta de inn i barnekonvensjonen tydeliggjøres at disse rettighetene også gjelder for barn. Konvensjonen har også egne bestemmelser som kun gjelder for barn. Deriblant den begrensede bruken av frihetsberøvelse av barn som er tema i denne avhandlingen.

2.2.2 Gjennomføring og rapportering

Når det gjelder gjennomføring av konvensjonen, skal partene *”treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon”*, jf. BK art. 4. Statene må altså sikre at konvensjonens bestemmelser blir respektert. I BK art. 4 annen setning er det tatt høyde for at

¹⁷ Smith 2008 s. 16

konvensjonsstatene har ulike ressurser tilgjengelig. En forutsetning for at barnekonvensjonen skal kunne gjennomføres, er at barn og de som samhandler med barn, kjenner sine rettigheter. Statene har derfor plikt til å gjøre konvensjonsbestemmelsene kjent, jf. BK art. 42.¹⁸

Når det gjelder overvåking av statenes gjennomføring av konvensjonene, finnes det ingen individuell klageordning knyttet til barnekonvensjonen. Overvåkingen er basert på at statene har rapporteringsplikt. To år etter ratifikasjon og deretter hvert femte år, plikter konvensjonsstatene å rapportere om sin nasjonale gjennomføring av konvensjonen. I tillegg går gjerne frivillige organisasjoner sammen og sender inn såkalte skyggerapporter. FNs barnekomité kontrollerer rapportene, lar statene uttale seg, og kommer så med anbefalinger til konvensjonsstatene.¹⁹

I juni 2009 ble det opprettet en arbeidsgruppe som skal undersøke mulighetene for en individuell klagemekanisme.²⁰

2.3 Barnekonvensjonen i norsk rett

Menneskerettighetene betydning i norsk rett er fremmet i grunnloven (heretter forkortet grl.) § 110c. *”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne”*. Bestemmelsen forutsetter at konvensjonene gjøres til norsk rett gjennom inkorporasjon.²¹

Barnekonvensjonen trådte i kraft i Norge i 1991 og ble i 2003 inkorporerte gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4. Dette betyr at FNs barnekonvensjon gjelder som norsk lov og at konvensjonens bestemmelser ved motstrid går foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Fra før inkorporeringen ble det antatt at norsk

¹⁸ Ibid. s.17 flg.

¹⁹ For betydningen av anbefalingene se pkt. 2.1

²⁰ <http://www.lnu.no/pages/side.aspx?nr=14081>

²¹ NOU 1993: 18 s. 157-160

rett var i tråd med barnekonvensjonene, og at inkorporasjonen ville ha liten betydning i praksis.²²

Barnekonvensjonene var allerede før den ble inkorporert gitt en sterkere stilling i straffeprosessen. Straffeprosesslovens regler kommer til anvendelse med ”*de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat*”, jf. strpl. § 4. Dette innebærer at barnekonvensjonen også før den ble inkorporert i norsk rett kom til anvendelse på straffeprosessenes område gjennom såkalt sektormonisme.

I tillegg til inkorporeringen, styrket Norge barnets stilling gjennom å synliggjøre enkelte bestemmelser i barnekonvensjon i norsk rett. Dette ble blant annet gjort ved å innføre en egen bestemmelse for barn under 18 år i strl. § 249.²³

FNs barnekomité uttalte i kommentar til Norges tredje og fjerde periodiske rapport fra henholdsvis 2003 og 2008 at: ”*komiteen merker seg det arbeidet regjeringen har satt i gang for å endre lover eller vedta nye lover, for å bringe den nasjonale lovgivningen i fullt samsvar med konvensjonen [...]. Komiteen anbefaler at parten fortsetter arbeidet med å tilpasse norsk lov til konvensjonen.*”²⁴ Dette ble fulgt opp av regjeringen i Soria Moria-erklæringen: ”*Regjeringen vil sikre og styrke barns rettigheter, og vil aktivt følge opp anbefalingene fra FNs ekspertkomité for barn som etterser at FNs barnekonvensjon følges opp*”.²⁵ Selv om barnekonvensjon ved motstrid vil gå foran norsk rett, er det altså et mål at norsk rett er i samsvar med konvensjonen.

Jeg vil i det følgende redegjøre for innholdet i BK art. 37 og hvordan disse rettighetene er beskyttet i norsk rett.

²² Ot. prp. nr. 45 (2002 – 2003)s.26

²³ Larsen, Mette Yvonne. Barn som aktører i straffesakskjeden – et internasjonalt perspektiv. I: Barnerett – i et internasjonalt perspektiv. Redigert av Mary-Ann Hedlund. Bergen, 2008 s. 117.

²⁴ CRC, concluding observations: Norway, para.8-9

²⁵ Soria moria-erklæringen s. 20

3 Barnekonvensjonen art. 37 i norsk rett

3.1 Barnekonvensjonen art. 37a

Barnekonvensjonen art. 37a skal sikre at barn ikke utsettes for tortur, dødsstraff eller livsvarig fengsel. Jeg vil videre redegjøre for hva som ligger i disse begrepene og vurdere om rettighetene er sikret i norsk rett.

3.1.1 Dødsstraff

”Dødsstraff... skal [ikke] idømmes for lovovertridelser begått av personer under 18 år”, jf. BK art. 37a annet punktum. I dette forbudet ligger at dødsstraff verken kan idømmes hvor dom faller før eller etter fylte 18 år, når lovbruddet er foretatt før fylte 18 år. De fleste land har avskaffet dødsstraff som sanksjonsmiddel ovenfor barn. Barnekomiteen har anbefalt de landene som fortsatt praktiserer dødsstraff å avskaffe denne form for straff.²⁶ Liberia²⁷ og Gambia²⁸ er blant landene som er kritisert for ikke å inneha et forbud mot dødsstraff ovenfor barn.

I Norge ble dødsstraff for borgerlige forbrytelser avskaffet med straffeloven av 1902. Loven inneholder en uttømmende liste over straffereaksjoner, jf. strl. § 15 Dødsstraff er ikke et alternativ.

Norsk rett er i tråd med BK art. 37a vedrørende dødsstraff.

3.1.2 Livsvarig fengsel

Videre innehar BK art. 37a forbud mot *”livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse”,* når barnet er under 18 år når lovovertridelsen blir begått, jf. art. 37a annet punktum. Det skal foreligge en realistisk mulighet for løslatelse og denne muligheten skal prøves med jevne mellomrom.²⁹

²⁶ CRC, General Comment nr.10 pkt. 26

²⁷ CRC, concluding observations: Liberia, para. 26

²⁸ CRC, concluding observations: Gambia, para. 66

²⁹ CRC, General Comment nr.10 pkt. 27

Livsvarig fengsel anvendes heller ikke i norsk rett. Lovens strengeste straff er 21 år, jf. strl. § 17b. Forvaring kan i prinsippet bli livsvarig. Imidlertid åpnes det for prøveløslatelse og forlengelse av forvaringsdommer krever domstolsbehandling. Dette betyr at det finnes en realistisk mulighet for løslatelse og forvarig strider derfor ikke mot BK art. 37a annet punktum. I straffeloven av 2005 har man innført en egen regel for forvaring av personer under 18 år. *”Tidsrammen [bør] vanligvis ikke overstige 10 år, og den kan ikke overstige 15 år”*, jf. straffeloven 2005 § 43. Dette stemmer overens med at lovbrøtere under 18 år ikke kan idømmes mer enn 15 års fengsel etter ny straffelov, jf. strl. 2005 § 33.

Norsk rett er i samsvar med BK art. 37a også på dette punkt.

3.1.3 Tortur eller annen grusom, nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff

”Intet barn skal utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, eller straff”, jf. BK art. 37a første punktum. Noen nærmere definisjon av begrepene finner man ikke i konvensjonsteksten. Definisjon på tortur, finnes imidlertid i torturkonvensjonen (heretter forkortet TK). Definisjonen begrenser seg til *”denne konvensjonen”*, jf. TK art. 1, men definisjonene har generell gyldighet.³⁰ Tortur defineres som:

”Enhver handling hvorved alvorlig smerte eller lidelse, enten fysisk eller psykisk, bevisst blir tilføyet en person i den hensikt å oppnå fra vedkommende eller en tredjeperson opplysninger eller en tilståelse, straffe vedkommende for en handling som denne person eller en tredjeperson har begått eller mistenkes for å ha begått, eller true eller tvinge vedkommende eller en tredje person, eller av hvilken som helst årsak basert på diskriminering av noen art, når slik smerte eller lidelse påføres av eller på tilskyndelse av eller med samtykke eller aksept fra en offentlig tjenestemann eller annen

³⁰ NOU 2008: 15 s.104

person som opptrer i embets medfør. Det omfatter ikke smerte eller lidelse som alene stammer fra, er forbundet med eller følger av lovlige straffereaksjoner”.

Grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling er ikke definert i torturkonvensjonen, men FNs generalforsamling har uttalt at tortur utgjør en grov og bevisst form for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.³¹ Forskjellen på tortur og grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling handler altså om graden av handlingens alvorlighet. Grensen mellom tortur og grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling er noe uklar, men et skarpt skille vil ikke være nødvendig.

Imidlertid vil det være nødvendig å klargjøre den nedre grense for grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling. FNs barnekomité har i generell kommentar nr. 8 uttalt at bestemmelsen må ses i sammenheng med BK art. 19. *”Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige ... tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold...”* Barnekomiteen uttaler videre at formuleringen ”alle former for fysisk eller psykisk vold” ikke åpner for unntak.³² Kroppslig eller fysisk avstraffelse omfatter alle situasjoner som gir smerte eller følelsen av ubehag. Dette omfatter alt fra slag, til risting av barn og til at barnet blir satt i en ukomfortabel situasjon.³³ Grensen for grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling er altså lav. I norsk rettspraksis har man antatt at klaps på baken med flat hånd vil stride mot barneloven § 30(3) som forbyr vold mot barn.³⁴ Denne bestemmelsen regnes for å være i tråd med barnekonvensjonen. Dette illustrerer at det skal svært lite til for at en handling skal regnes som vold og dermed rammes av grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling etter BK art. 37a. Et tilfelle som starter som grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, kan over tid kvalifiseres som tortur.

³¹ General Assembly resolution 3452 art.1(2)

³² CRC, General Comment No. 8 pkt. 18

³³ Ibid. pkt. 11

³⁴ Rt. 2005 s. 1567

I norsk rett finner vi vernet mot tortur i grl. § 96. Ingen må utsettes for pinlig forhør. Torturforbudet retter seg ikke bare mot fysiske pinsler, men også mot frihetsberøvelse som blir brukt som tvangsmiddel for å få den innsatte til å tilstå eller gi forklaring i en bestemt retning. Også psykiske påkjenninger omfattes.³⁵ Grl. § 96 suppleres av strpl. § 92(2): ”Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes”. Bestemmelsen utfylles av påtaleinstruksen § 8-2 som sier at avhør ikke må ta sikte på å trette ut den som avhøres. De nevnte bestemmelsene retter seg mot avhørssituasjonen. Imidlertid innehar strl. § 117a et generelt torturforbud som styrker siktedes vern mot tortur.

Forbudet mot tortur er altså lovfestet i norsk rett, og etter min oppfatning er norsk rett i tråd med torturforbudet i BK art. 37a.

Imidlertid har det pågått en debatt angående hvorvidt isolasjon av barn i fengsel kan ses som tortur.³⁶ På bakgrunn av dette, vil jeg i det følgende drøfte hvorvidt isolasjon av frihetsberøvede barn bryter med bestemmelsen i BK art. 37a.

3.1.3.1 Bryter isolasjon av barn med BK art. 37a?

Advokatforeningen dybdeintervjuet i 2008 10 frihetsberøvede barn. Undersøkelsen viste at av ti intervjuede, hadde åtte barn vært isolert. De hadde vært isolert fra 6 til 105 dager. En gutt på 16 år, satt isolert i 3,5 måned.³⁷ Grunlaget for isolasjonen var kollektiv avstraffelse da andre innsatte hadde smuglet narkotika inn i fengselet.³⁸

NOU 1985:3 gir et bilde på hva isolasjon kan gjøre med innsatte: ”De sterke tåler betydelig grader av sansefattigdom. De svakere blir fort psykisk lidende, ikke sjelden direkte psykisk syke. Konsekvensene er tankeforstyrrelser i form av konsentrasjonssvikt, sløring av bevissthetstilstanden slik at det blir vanskelig å skille mellom søvn og våken tilstand, i mange tilfeller oppleves direkte sansebedrag”. Dette fordi mennesket er

³⁵ Andenæs, Johs. og Arne Fliflet. Statsforfatning i Norge, 10 utg. Oslo, 2006 s. 405

³⁶ Se f.eks. <http://www.nettavisen.no/nyheter/article2711777.ece>

³⁷ Supplerende rapport 2009 – til Norges fjerde rapport til FNs komité for barns rettigheter s. 41

³⁸ <http://www.nettavisen.no/nyheter/article2711777.ece>

avhengig av samspill med omgivelsene for å bevare den psykiske helse.³⁹ Tor Gamman gjorde i perioden 1990-93 en studie på sammenhengen mellom isolasjon og sykdom i Norge. Studien viste at skadevirkningene av isolasjon økte med tiden i isolasjon.⁴⁰ Undersøkelsene er ikke direkte rettet mot barn, men resultatene vil nok i høy grad bli de samme for barn. Slik jeg ser det, vil antakelig den eventuelle forskjellen være at skadevirkningen vil være større for barn, da de er mer sårbare på grunn av sin alder.

Isolasjon forekommer for det første når barn blir pågrepet og satt i politiarrest. Hjemmel for dette finnes i strpl. § 171 flg. Selve arresten er en følge av pågripelsen. Ved plassering i politiarrest, blir mistenkte satt på enecelle og er fullstendig isolert utover kontakt med politibetjent og eventuelt advokat.⁴¹

Isolasjon kan også forekomme ved varetektsfengsling. Lovgrunnlaget for dette er strpl. §§ 186(2) og 186a. Førstnevnte bestemmelse hjemler delvis isolasjon som innebærer at fengslede ”utelukkes fra samvær med bestemte andre innsatte”, jf. strpl. § 186(2).⁴² Strpl. § 186a hjemler fullstendig isolasjon. Dette medfører at fengslede blir fullstendig utelukket fra fellesskapet. Innsatte tilbringer 23 timer i døgnet alene på cellen. Den siste timen innebærer lufting. Vilåret for fullstendig isolasjon er at det er nærliggende fare for bevisforspillelse om fengslede ikke holdes isolert. I tillegg kreves det at isolasjon ikke er et uforholdsmessig inngrep, jf. strpl. § 186a. I utgangspunktet er lovbestemmelsene de samme for voksne og barn. Men det er tatt inn et tillegg i strpl. § 186a. Fullstendig isolasjon kan bare anvendes ovenfor barn når det er ”særlig påkrevd”, jf. strpl. § 186a(1) siste punktum. Isolasjon må prøves annen hver uke og barn skal ikke holdes isolert sammenhengende i mer enn 8 uker, jf. strpl. § 186a(2), jf. strpl. § 186a(3)b.

³⁹ NOU 1985:3 s. 31

⁴⁰ Gamman, Tor: Om bruk av isolasjon under varetektsfengsling. I: Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab nr. 1/2001 s.45.

⁴¹ <http://www.barneombudet.no/sfiles/06/02/2/file/brev-til-justisdep.pdf>

⁴² Delvis isolasjon vil ikke bli behandlet videre, da det er fullstendig isolasjon som eventuelt strider mot torturforbudet.

Når innsatte er fengslet på grunnlag av straffedom, er utgangspunktet at den innsatte har adgang til fellesskapet, jf. strgf. § 17(1). Innsatte kan i særlig tilfeller utelukkes fra fellesskapet. Utelukkelse fra fellesskapet kan besluttes etter strgf. § 29 om det mistenkes at domfelte har rusmidler eller lignende i kroppen. Domfelte settes da på enerom med spesialtoalett, jf. strgf. § 29(2). Utelukkelse fra fellesskapet kan også anvendes som et forebyggende tiltak, jf. strgf. § 37(1). Det må da være fare for den innsatte, andre innsatte, eller materiell skade. Eventuelt fare for straffbar handling eller for å opprettholde ro, jf. strgf. § 37(1)a-e. Strgf. § 38 hjemler isolasjon som tvangsmiddel. Dette kan være for å avverge angrep på annen person eller eiendom, rømning, inntrengning i fengsel, eller for å sikre adgang til rom, jf. strgf. § 39(1)a-f. Utelukkelse fra fellesskapet kan også besluttes som følge av brudd på gjennomføringen av frihetsberøvelsen, jf. strgf. §§ 39 og 40.

3.1.3.1.1 Er isolasjon tortur?

Basert på definisjon av tortur i torturkonvensjonen oppstilles det fire vilkår for at det skal være tale om tortur etter konvensjonen. Handlingen må være bevisst. Den må tilføre smerte eller lidelse. Være foretatt i den hensikt å oppnå et formål, og være godkjent av en offentlig tjenestemann.

Når barn blir isolert i arrest som følge av pågrep, er dette en beslutning som treffes av påtalemyndighetene, jf. strpl. § 175. Dette er en bevisst handling foretatt av offentlig tjenestemann. Grunnlaget for isolasjon er det samme som for pågrep og følger av strpl. § 171 flg. Når det besluttes fullstendig isolasjon etter strpl. § 186a, gjøres dette i kjennelsesform. Det er også en bevisst handling, godkjent av offentlig tjenestemann. For strpl. § 186a, må det være faren for bevisforspillelse som tilsier isolasjon. Isolasjon besluttes altså med det formål å hindre at etterforskningen blir forstyrret. Når det gjelder isolasjon etter bestemmelsene i straffegjennomføringsloven er dette en beslutning tatt av kriminalomsorgen. Isolasjon blir ilagt som forebyggende tiltak, tvangsmiddel eller reaksjon på brudd ved gjennomføringen av fengselsstraffen. For isolasjon både etter straffeprosessloven og straffegjennomføringsloven, ser vi altså at det er tale om en bevisst handling som foretas for å oppnå et formål, og er godkjent av en offentlig tjenestemann.

Spørsmålet blir deretter hvorvidt det er tale om en alvorlig smerte eller lidelse. I generell kommentar nr. 20 uttaler komiteen: *"The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim."*⁴³ Både fysisk smerte og psykiske lidelser omfattes. Langvarig isolasjon er i kommentaren spesielt nevnt som eksempel.⁴⁴ I NOU 1985: 3 beskrev man reaksjonen på isolasjon med psykiske lidelser. Tor Gamman sin undersøkelse viste både fysiske smerter og psykiske lidelser som reaksjon på isolasjon. Både NOU 1985:3 og Gamman sin undersøkelse viser altså at isolasjon kan føre til alvorlig smerte eller lidelse.

Etter dette ser vi at isolasjon også oppfyller vilkåret om smerte eller lidelse i torturdefinisjonen. Vilkårene for å betrakte en handling som tortur er etter dette oppfylt. Isolasjon kan dermed anses som tortur.

Min oppfatning er at det allikevel ikke kan settes likhetstegn mellom isolasjon og tortur. Grunnen for dette er etter min oppfatning at isolasjon i enkelte tilfeller ikke vil medføre smerte eller lidelser. Vilkårene for å anse isolasjon som tortur er da ikke tilstede. Imidlertid vil langvarig isolasjon som vist i de fleste tilfeller føre til betydelige smerter og da falle inn under torturbegrepet. Etter strpl. § 186a skal barn kun isoleres for to uker om gangen, og sammenhengende kun i åtte uker. Slik jeg ser det må åtte uker helt klart anses å være langvarig isolasjon og dermed medføre fysiske eller psykiske lidelser for barnet. Min oppfatning er at også to uker i isolasjon synes lenge for barn. Gamman sin undersøkelse fra 1990-93 viste at 49 av 63 personer fikk plager i løpet av fire uker i isolasjon.⁴⁵ Barn er mer sårbare for isolasjon enn voksne. Et tidsrom som ikke kan regnes som lang tid for voksne, kan være det for barn. Når nesten samtlige av de voksne i Gamman sin undersøkelse fikk plager etter fire ukers isolasjon, kan man tenke seg at det for barn vil være tale om en mye kortere tidsperiode før de får fysiske eller psykiske plager. Slik jeg ser det, vil antakelig to uker i isolasjon for et barn som allerede er i en sårbar posisjon, antakelig være nok til å fremkalle fysiske eller psykiske reaksjoner.

⁴³ CCPR, General comment no. 20 pkt. 6

⁴⁴ Ibid. pkt. 7

⁴⁵ Gamman 2001 s. 44

Dette støttes av Psykolog Richard Knoff som har studert reaksjonene innsatte har på isolasjon. Han kom frem til at de akutte påkjenningene allerede etter 2 døgn når sitt høydepunkt. Imidlertid forsvinner reaksjonene nokså raskt etter isolasjonens opphør. For isolasjon over en måned derimot, må man regne med varige følger.⁴⁶ På bakgrunn av Knoff og Gamman sine uttalelser kan det tyde på at det vil være tale om svært kort tid, før isolasjon av barn kan anses som tortur.

For noen barn vil ikke isolasjon i et døgn eller to påføre smerte eller lidelse og dermed ikke kunne defineres som tortur etter BK art. 37a. Imidlertid er grensen for nedverdiggende, grusom og umenneskelig behandling svært lav.⁴⁷ Et barn som isoleres i 23 timer uten noen form for voksenkontakt utover lufting og matlevering, vil være omfattet av forbudet mot nedverdiggende, grusom og umenneskelig behandling. Isolasjon vil slik jeg ser det derfor alltid være omfattet av BK art. 37a selv om det ikke er tale om tortur. Dette støttes av generell kommentar nr. 10, hvor det sies at isolasjon må være forbudt.⁴⁸ I tillegg er Storbritannia kritisert for bruken av isolasjon av barn⁴⁹ og Norge er vært utsatt for kritikk for den generelle bruken av isolasjon.⁵⁰ Kritikken har rettet seg mot selve bruken av isolasjon, lengden på isolasjonen, tilgangen til lege, aktiviteter, og menneskelig kontakt.⁵¹

I NOU 2008:15 har man tatt konsekvensen av at isolasjon av barn strider mot BK art. 37a og foreslått forbud mot bruk av fullstendig isolasjon av barn. Utvalget går inn for at strpl.§ 186a endres til at man ikke kan isolere barn under 18 år. Det sies ikke noe om isolasjon som følge av pågripelse eller etter straffegjennomføringsloven. Imidlertid må dette være ett skritt i riktig retning for at norsk rett skal være i tråd med BK art. 37a.

⁴⁶ Knoff Richard H. Skadevirkningene av isolering. I: Tidsskrift for kriminalomsorg nr. 3/1983 s.120.

⁴⁷ Se pkt 3.1.3

⁴⁸ CRC, General comment nr. 10 pkt.89.

⁴⁹ CRC, concluding observations: United Kingdom, para. 33.

⁵⁰ Report to the Norwegian government to the visit to Norway carried out by the European committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment pkt. 57 flg.

⁵¹ Ibid. pkt. 65 flg.

3.2 Barnekonvensjonen art. 37b

BK art. 37b forbyr vilkårlig frihetsberøvelse. Frihetsberøvelse av barn, kan kun nyttes dersom det skjer på lovlig måte, jf. BK art. 37b. For at frihetsberøvelsen skal anses som lovlig, må frihetsberøvelsen anvendes som siste utvei og for kortest mulig tidsrom.⁵²

3.2.1 Lovlig frihetsberøvelse

For at frihetsberøvelse skal kunne anvendes ovenfor barn må det som sagt skje på lovlig måte, jf. BK art. 37b. Dette gjelder alle former for frihetsberøvelse.⁵³

Ifølge forarbeidene reflekterer BK art. 37b SP art. 9⁵⁴ og man kan derfor ta utgangspunkt i diskusjonen rundt denne bestemmelsen for å fastsette innholdet i BK art. 37b. Formuleringen ”lovlig måte”, ble valgt i stedet for å utforme en uttømmende liste over alle tillatte tilfeller av frihetsberøvelse. Man ønsket heller at dette skulle være opp til den nasjonale retten.⁵⁵ ”Lovlig måte” henviser altså til det lovgrunnlaget man har for frihetsberøvelse i den nasjonale lovgivningen.⁵⁶

I tillegg til at frihetsberøvelsen må være lovlig, må den ikke være vilkårlig, jf. BK art. 37b første setning. At frihetsberøvelsen ikke må være vilkårlig, strekker seg utover prinsippet om lovlighet. Vilkaarlighet viser til at det må være tale om et rimelig lovgrunnlag som hjemler et forholdsmessig tiltak.⁵⁷ Vilkaarlighet kan ses som et sikkerhetsnett for alle former for lovlig frihetsberøvelse, da loven i seg selv ikke kan være vilkårlig. Heller ikke må håndhevelsen i en bestemt sak, være vilkårlig.⁵⁸

⁵² Schabas, William og Helmut Sax. Article 37 Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty. I: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Redigert av Andre Alen...[et. al.]. Leiden, 2006 s. 78.

⁵³ CCPR, General Comment nr. 8 pkt. 1

⁵⁴ Detrick, Sharon: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Haag, 1992 s. 458 flg.

⁵⁵ Schabas 2006 s.77

⁵⁶ Ibid. s.76

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. s.79

Vilkårlighetskriteriet kan oppsummeres med at saken ikke må være uforholdsmessig, urettferdig, uforutsigbar eller diskriminerende, men hensiktsmessig og forholdsmessig i henhold til omstendighetene.⁵⁹ Selv om det språklig sett er en forskjell på lovlig måte og vilkårlig frihetsberøvelse, gjør FNs barnekomité i praksis ikke noe tydelig skille på lovlighet og vilkårlighet.⁶⁰

I det kommende vil jeg se på hvorvidt norsk rett oppfyller kravet til lovlig og ikke-vilkårlig frihetsberøvelse.

I norsk rett er vi vernet mot ulovlig og vilkårlig frihetsberøvelse etter legalitetsprinsippet og grl. § 96. *"Ingen kan dømmes uden efter lov"*, jf. grl. § 96. Straff kan med andre ord ikke ilegges uten lovhjemmel. Når det gjelder vernet mot ulovlig og vilkårlig fengsling, finner vi dette i grl. § 99: *"Ingen maa fængsling anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade."* Både fengsling og straff forutsetter altså lovhjemmel.

Lovlig og ikke-vilkårlig frihetsberøvelse er også sikret gjennom EMK. I EMK art. 5 sikres at frihetsberøvelse bare kan skje på lovlig vis. At inngrepet heller ikke må være vilkårlig, er innfortolket i bestemmelsen.⁶¹ At inngrep ikke må være vilkårlig er også en forutsetning for rettferdig rettergang etter EMK art. 6.

Lovgrunnlaget for fengsling finner vi i strpl. §§ 171, 172 og 173(2) sammenholdt med strpl. § 170a. Bestemmelsene gjelder både pågrepelse og fengsling, jf. strpl. § 184(2). Etter strpl. § 171(1) kan den som med skjellig grunn mistenkes for lovbrudd som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder pågripes. I tillegg til grunnvilkåret i strpl. § 171(1), må et av de fire vilkårene i strpl. § 171(1-4) være oppfylt. Unndragelsesfare,

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid. s.80

⁶¹ Høstmælingen, Njål: Internasjonale menneskerettigheter. Oslo,2003 s. 166.

bevisforspillelse, fare for ny straffbar handling, eller eget ønske om fengsling må foreligge. Det må også gjøres en forholdsmessighetsvurdering etter strpl. § 170a.⁶²

Lovgrunnlaget for frihetsberøvelse på grunnlag av dom, finnes i det enkelte straffebud i straffeloven. Dette kan blant annet illustreres med strl. § 239: *”Den som uaktsomt ved bruk av våpen, ved motorvogn eller på annen måte forvolder en annens død, straffes med fengsel inntil 3 år....”*

Grl. § 97 og EMK art. 5 og 6 sammenholdt med straffeprosess- og straffelovens bestemmelser hindrer vilkårlig frihetsberøvelse og hjemler rettsgrunnlaget for lovlig frihetsberøvelse. Jeg mener etter dette at norsk rett tilfredsstiller konvensjonens krav til lovlig frihetsberøvelse. Norsk rett er så langt i tråd med BK art. 37b.

3.2.2 Frihetsberøvelse som ”siste utvei”

For at det skal være tale om lovlig frihetsberøvelse, er det også et vilkår at pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling benyttes som siste utvei, jf. BK art. 37b annet punktum. I denne delen av bestemmelsen anvendes ”pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling” i stede for formuleringen ”berøvet sin frihet” som i resten av artikkelen. I den engelske utgaven av barnekonvensjonen brukes ”arrest, detention or imprisonment”, i stede for ”child deprived of liberty”. Formuleringen var gjenstand for lang debatt når innholdet i artikkelen skulle bestemmes.⁶³ Begrepet ”detention” er et snevrere begrep enn frihetsberøvelse”. ”Detention” viser til frihetsberøvelse i forbindelse med straffesaker. Enkelte stater mente at ”deprivation of liberty” var et for generelt begrep, og ønsket derfor heller å anvende ”arrest, detention or imprisonment”.⁶⁴ Frihetsberøvelse etter BK art. 37b gjelder derfor bare for frihetsberøvelse i tilknytning til straffesaker. Frihetsberøvelse etter f. eks barnevernsloven eller lov om psykisk helsevern faller utenfor.

⁶² For en nærmere gjennomgang av vilkårene for fengsling, se Andenæs, Johs: Norsk Straffeprosess, 4 utg. ved Tor-Geir Myhrer. Oslo, 2009 s. 283-294

⁶³ Schabas 2006 s. 83

⁶⁴ NOU: 2008:15 s. 106

BK art. 37b var den første bindende bestemmelse som ga grunnlag for at pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling kun skal benyttes som siste utvei. Før vedtakelsen av barnekonvensjon, fantes en lignende bestemmelse i Beijing-reglene art. 13.1: ”*Detention pending trial shall be used only as a measure of last resort and for the shortest possible period of time*”. En lignende formulering fantes også i JDL-reglene art. 17: ”*Detention before trial shall be avoided to the extent possible and limited to exceptional circumstances*”. Spørsmålet er i det følgende hva som ligger i begrepet ”siste utvei”.

3.2.2.1 ”Siste utvei”

Da BK art. 37b er basert på Beijing-reglene, kan disse reglene være med å klargjøre hva som ligger i ”siste utvei”.⁶⁵ ”*Whenever possible, detention pending trial shall be replaced by alternative measures, such as close supervision, intensive care or placement with a family or in an educational setting*”, jf. Beijing art. 13(2).

Bestemmelsen gir anvisning på at det må finnes alternativer tiltak som skal vurderes før det blir tale om varetektsfengsling. Dette er også lagt til grunn i generell kommentar nr. 10 pkt. 28a: ”*An effective package of alternatives must be available...*” Det må altså foreligge alternative tiltak for at statene som har ratifisert konvensjonen oppfyller sine plikter etter BK art. 37b. Både i Beijing-reglene art. 13(2) og i generell kommentar nr. 10 pkt. 28a er det tale om alternativer til varetektsfengsling. Min oppfatning er imidlertid at det må finnes alternative tiltak også ved pågrepelse og ved soning av dom. Selv om det kun er tale om varetekt, er disse reglene en tolkning av BK art. 37b som taler om alle stadier ved frihetsberøvelsen.

BK art. 4 støtter opp om at det må foreligge alternative tiltak: ”*partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjonen.*” Ser man innholdet i BK art. 4 og BK art. 37b i sammenheng, vil partene ha plikt til å opprette alternativer til fengsling for at de skal oppfylle vilkåret om at pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling kun skal brukes som ”siste utvei”. Det må foreligge reelle alternativer, og disse alternativene må

⁶⁵ Detrick 1999 s. 630

faktisk kunne benyttes.⁶⁶ At det er avgjørende med alternative tiltak, støttes også av ordlyden i BK art. 37b. I ”siste utvei” ligger nettopp at andre tiltak må være vurdert. Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling kan dermed bare anvendes hvor andre alternativer er vurdert og ikke kan benyttes.

Alternative tiltak må som nevnt finnes både på arrest-, varetektsstadiet og hvor barnet idømmes straff. Politiarrest og varetektsfengsling er de mest inngripende former for frihetsberøvelse. Dette fordi man fratrar et i prinsippet uskyldig barn friheten. Barnekomiteen har spesielt uttrykt uro for den utstrakte bruken av varetektsfengsling, og har påpekt at det må foreligge et spekter av alternativer.⁶⁷ Imidlertid har barnekomiteen videre påpekt at opprettelsen av alternative tiltak ikke må medføre at flere barn får alternativ fengselsstraff, men at tallet på varetektsfengslinger går ned.⁶⁸

Selv om frihetsberøvelse er mer inngripende ved varetektsfengsling enn ved soning av dom, så må det også ved soning av dom vurderes om det finnes alternative tiltak. BK art. 40(4) gir eksempel på ulike tiltak: *”forskjellige ordninger, som f.eks. omsorg, veiledning, og pålegg om tilsynsrådgivning, friomsorg, plassering i fosterhjem, allmennfaglig veiledning og yrkesfaglige opplæringsprogrammer og andre løsninger enn plassering i institusjon, skal være tilgjengelige for å sikre at barn blir behandlet på en måte som tjener barnets ve og vel som står i forhold til omstendighetene og til lovovertrædelsen.”* Dette er eksempler på alternative tiltak, og bestemmelsen gir ikke staten noen plikt til å opprette de nevnte tiltakene.

Da det i neste del av BK art. 37b, sies at frihetsberøvelse må anvendes for ”kortest mulig tidsrom”, gis det et vist tidsrom for å finne og klargjøre alternativer til frihetsberøvelse.⁶⁹ Dette henger sammen med at alternativer også skal vurderes underveis i saken.⁷⁰

⁶⁶ Fornes, Ingunn: Varetektsfengsling av barn. I: Kritisk Juss nr.2/ 2006 s. 100

⁶⁷ CRC, General Comment No. 10 pkt. 28a

⁶⁸ CRC, General Comment No. 10 pkt. 28a.

⁶⁹ Fornes 2006 s. 101

⁷⁰ NOU 2008:15 s. 107

Beijing-reglene art. 17.1(c) gir anvisning på at også lovbruddets grovhet vil ha betydning for adgangen til fengsling. *”Deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response.”*⁷¹ Lovbruddets grovhet vil med andre ord også være avgjørende for adgangen til fengsling. Regelen retter seg mot både pågripelse, frihetsberøvelse og fengsling.

De nevnte kilder gir anvisning på at man i en vurdering av om pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling bare kan anvendes som siste utvei, må avgjøre om det foreligger alternative tiltak samt vurdere lovbruddets grovhet.

3.2.2.2 ”Særlig påkrevd”

I norsk rett finnes en bestemmelse som samsvarer med at barn kun skal pågripes, frihetsberøves eller fengsles som ”siste utvei”. Etter strpl. § 174, jf. strpl. § 184 (2) skal barn kun pågripes eller fengsles der det er ”særlig påkrevd”. Det betyr at i tillegg til vilkårene i strpl. §§ 170a-173 som gjelder for både voksne og barn, må pågripelse og fengsling av barn være ”særlig påkrevd”. Det samme uttrykkes i påtaleinstruksen art. 9-2(1). Når det gjelder bruk av fengselsstraff, er det presisert i straffeloven av 2005 § 33 at fengselsstraff bare kan idømmes ovenfor barn der det er ”særlig påkrevd”. Spørsmålet er så hva som ligger i begrepet ”særlig påkrevd”?

Politiarrest og varetektsfengsling

Når det gjelder politiarrest og varetektsfengsling, viser ordlyden ”særlig påkrevd” i strpl. § 174 til en streng standard. Imidlertid modifieres uttrykket av at det skrives ”bør”. Det betyr at det ikke settes noe forbud mot pågripelse eller fengsling hvor det ikke er ”særlig påkrevd”, men at normen er at pågripelse og fengsling bare bør anvendes hvor det er ”særlig påkrevd”.

⁷¹ Beijing-reglene art. 17.1 (c)

Forarbeidene til strpl. § 174 sier ingenting om hva som ligger i begrepet ”særlig påkrevd”. Noe veiledning finnes imidlertid i rettspraksis. I Rt. 1996 s. 983 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende: *”det er de særlige påkjenninger varetektsfengsel normalt utsetter unge mennesker for, som er utgangspunktet for de vurderinger som må gjøres etter § 174 (2).”* Det nevnes her særlig varetektsfengsling, men jeg går ut i fra at dette er vurderinger som også vil gjelde ved pågrepelse. I Rt. 2004 s. 1655 er det lagt til grunn at forpliktelsen etter BK art. 37b er ivaretatt i straffeprosessloven § 174, jf. § 184. *”Etter konvensjonens artikkel 37 bokstav b skal intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte, og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom. Denne forpliktelsen er i straffeprosessloven ivaretatt gjennom § 174, jf. § 184, om at personer under 18 år ikke bør varetektsfengsles med mindre det er særlig påkrevd.”*⁷² Det betyr at man i vurderingen av hva som må anses som ”særlig påkrevd” må foreta en vurdering av vilkåret ”siste utvei” i BK art. 37b.

Som nevnt, brukes samme uttrykk i påtaleinstruksen § 9-2 og forarbeidene til påtaleinstruksen kan gi noe veiledning. Forarbeidene gir anvisning på at politiet bør være tilbakeholdne med fengslingsbegjæringer, men at det i alvorlige tilfeller vil bli aktuelt å vurdere fengsel. *”I alvorligere saker, eksempelvis saker vedrørende vold (herunder ran), ildspåsettelse, større økonomiske misligheter og større pengetyverier, f.eks. ved åpning av bank/posthvelv m.v. må politiet, som jeg tidligere har fremholdt, alltid vurdere om mistenkte skal begjæres fengslet.”*⁷³ Forarbeidene viser altså til en vurdering av lovbruddets alvorlighet.⁷⁴

Fengselsstraff

Ved bruk av fengsel som straffereaksjon sier straffeloven av 2005 at fengselsstraff må være ”særlig påkrevd”. I forarbeidene til loven sies følgende: *”Når fengselsstraff må anses for å være «særlig påkrevd», vil i stor grad bero på en konkret vurdering. De*

⁷² Rt 2004 s. 1655 avsnitt 13

⁷³ NOU 1984: 27 s. 129

⁷⁴ Etter HR 2010-001849 kan det imidlertid synes som at lovbruddets alvorlighet får en underordnet betydning. Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 3.2.2.3.

retningslinjer som har nedfelt seg i rettspraksis bør fortsatt legges til grunn. Et sentralt synspunkt er at hvor den unge ikke har gjort seg skyldig i alvorlige lovbrudd, vil det være naturlig i første omgang å prøve lempeligere reaksjoner enn fengsel. Unge førstegangskriminelle bør bare i helt spesielle tilfeller idømmes fengsel. Ved grove lovbrudd vil det kunne være « særlig påkrevd » med fengselsstraff også overfor unge lovbytere. Det er særlig hensynet til allmennprevensjonen som tilsier dette”.⁷⁵ Viktige momenter vil altså være alvorligheten av lovbruddet, og om det er tale om en førstegangsforbrytelse og om det finnes lempeligere tiltak. Dette kommer også frem i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435: Strpl. 2005 § 33 ”gir anvisning på at domstolene generelt skal være tilbakeholdne med å bruke fengselsstraff overfor unge lovbytere[...]. Om vilkåret er oppfylt, må vurderes i forhold til lovbruddets art og forholdene ellers. Der andre reaksjonsformer er tilstrekkelige og hensiktsmessige må disse foretrekkes. Som hovedregel bør andre reaksjoner være prøvd overfor lovbytere før ubetinget fengselsstraff idømmes. Men unntaksvis kan slik straff idømmes førstegangsforbrytere. Forutsetningen er at det gjelder en alvorlig straffbar handling”⁷⁶.

Etter dette ser vi at vilkåret ”særlig påkrevd” krever en vurdering av om det er tale om førstegangsforbrytelse, lovbruddets alvorlighet og alternative tiltak til fengsel både på arrest- og varetektsstadiet, samt ved illeggelse av straff.

Ordlyden i barnekonvensjonen, Beijing-reglene art. 13.1 og generell kommentar nr. 10 pkt. 28 peker som sagt på at vilkåret ”siste utvei” innebærer at det må finnes alternative tiltak, mens JDL art. 17.1 gir anvisning på at man må foreta en vurdering av lovbruddets grovhet. I norsk rett har vi sett at påtaleinstruksen § 9-2 og forarbeidene til straffeloven anno 2005 gir anvisning på en vurdering av lovbruddets alvorlighet. Forarbeidene til straffeloven av 2005 gir anvisning på at det må foreligge alternative reaksjoner. På bakgrunn av dette synes norsk rett så langt å være i tråd med innholdet i ”siste utvei” i BK art. 37b.

⁷⁵ NOU 1992: 23 s. 143

⁷⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435

3.2.2.3 Alternative tiltak

For at det skal være tale om fengsling som siste alternativ, må det altså foreligge alternativer til fengsel. På pågripelse og varetektsstadiet kan retten i stede for å treffe beslutning om fengsling, beslutte fengslingssurrogat etter strpl. §§ 181 og 188. Dette følger også av at pågripelsen eller fengslingen skal være forholdsmessig, jf. strpl. § 170a. Imidlertid er dette kun bestemmelser som sier at fengslingssurrogater kan anvendes. Det er ikke det samme som at det må foreligge alternative tiltak.

At det må foreligge alternativ til fengsling ved pågripelse og varetekt, fremgår av påtaleinstruksen § 9-2(1). Imidlertid er det her tale om alternative tiltak for barn under 16 år. Forarbeidene til påtaleinstruksen § 9-2 gir ingen veiledning på bestemmelsens innhold. Bestemmelsen bygger hovedsakelig på den tidligere påtaleinstruksen § 11 og NOU 1984:27 kan være veiledende. Ut i fra NOU 1984: 27 kan jeg ikke lese noen annen årsak enn alderen som grunnlag for at det er satt et skille ved 16 år.

Barnekonvensjonene beskytter barn under 18 år, og det må da være meningen at alternative tiltak må finnes for barn under 18 år. I utgangspunktet vil det ikke være konvensjonsstridig at barn under 16 år har et sterkere vern, men barn mellom 16 og 18 år, må uansett ha det vernet som følger av barnekonvensjonen. Påtaleinstruksen § 9-2(1) annen setning burde derfor utvides til å gjelde alle barn under 18 år for å være i tråd med barnekonvensjonen.

Når det gjelder alternativer til fengsel, fremkommer disse av strl. § 15. I tillegg til fengsel, kan forvaring, hefte, samfunnsstraff, bøter og rettighetstap anvendes. Forvaring er en strengere straff enn fengsel og hefte anvendes ikke i praksis⁷⁷. Bot anvendes først og fremst ovenfor lovbrudd av mindre alvorlig karakter⁷⁸, og rettighetstap er ikke et praktisk alternativ til fengselsstraff. Det betyr at det i realiteten er samfunnsstraff som er et alternativ til fengsel.

⁷⁷ Andenæs, Johs: Alminnelig strafferett, 5 utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004 s. 391.

⁷⁸ Ibid. s. 418.

Samfunnsstraff kan idømmes hvor det ellers ikke ville ha blitt idømt strengere straff enn fengsel i ett år, jf. strl. § 28a(1)bokstav a. Bestemmelsens andre ledd åpner for at det kan anvendes samfunnsstraff utover ett år, når ”sterke grunner taler for at samfunnsstraff idømmes”, jf. strl. § 28a(2). Uansett må hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet, jf. strl. § 28a(1)bokstav b. I forarbeidene til straffegjennomføringsloven gis det anvisning på at samfunnsstraff ofte vil være egnet for unge lovbyrter.⁷⁹ Dette legges også til grunn i lov om endringer i straffegjennomføringsloven. Her oppfordres det også til en mer aktiv bruk av samfunnsstraff ovenfor unge lovbyrtere.⁸⁰ Dette følges igjen opp av straffelov av 2005 som legger til grunn at fengsel, kun skal anvendes der det er særlig påkrevd for lovbyrtere under 18 år, jf. strl. 2005 § 33.

Rettspraksis har vært noe sprikende med tanke på når samfunnsstraff kan anvendes som alternativ til fengsel ovenfor unge lovbyrtere. I Rt. 2004 s. 327 ble en 17 år gammel gutt idømt samfunnsstraff for overgrep mot en 7 år gammel jente. Imidlertid uttalte mindretallet at det nok ikke var lovgivers ønske å anvende samfunnsstraff ovenfor alvorlige sedelighetsforbrytelser mot barn.⁸¹ Justisdepartementet stilte seg bak mindretallets uttalelse i Ot. Prp. nr. 90 (2003-2004). I Rt. 2004 s. 804 ble en 15 år gammel gutt idømt samfunnsstraff for grov voldshandling, mens en 17 år gammel gutt i Rt. 2005 s. 1096 ble idømt fengselsstraff for tre tilfeller av legemsfornærmelse under særdeles skjerpene omstendigheter. I Rt. 2009 s. 903 ble en 17 år gammel gutt idømt ubetinget fengsel for simpelt kioskran. Det kunne ikke idømmes samfunnsstraff da det ikke forelå ”helt spesielle forhold” som tilsa å fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel. I nylig avsagte HR. 2010-001849 ble en gutt som på gjerningstidspunktet var 17 år, idømt samfunnsstraff. Gutten var tiltalt for 5 ran og ett ransforsøk som alle lå i grenseområde for grovt ran. Førstvoterende uttaler: ”Når jeg har vært i atskillig tvil om samfunnsstraff kan forsvares i denne saken, henger det naturligvis sammen med alvoret i de straffbare handlingene, slik jeg har redegjort for innledningsvis: Det kan med atskillig styrke argumenteres for at det foreligger særlige tungtveiende

⁷⁹ Ot. Prp. nr. 5 (2000-2001)s. 184

⁸⁰ Ot. Prp. nr. 31 (2006-2007)s. 54

⁸¹ Rt. 2004 s. 327 pkt. 20

*allmennpreventive hensyn som taler mot en reaksjon i frihet. I denne tvilssituasjonene finner jeg å kunne legge vekt på at ranene og ransforsøket er begått samme natt, og at det er tale om førstegangsforbrytelse.”*⁸² Hvor det er tale om lovbrutere under 18 år illegger førstvoterende altså individualprevensjon større vekt enn allmennprevensjon. Dommen kan dermed danne mønster for at samfunnsstraff også kan anvendes ved alvorligere lovbrudd. Imidlertid er dommen nettopp avsagt, og det er vanskelig å forutsi hvilken betydning den vil få for bruken av samfunnsstraff ovenfor unge lovbrutere. At dommen er enstemmig avsagt og i tråd med utviklingen frem mot straffeloven 2005 § 33 taler imidlertid for å tillegge den vekt. Dette støttes av at førstvoterende uttrykkelig sier at Rt. 2009 s. 903 ikke er i samsvar med barnekonvensjonen og utviklingen frem mot straffeloven 2005 § 33. På bakgrunn av dette vil nok dommen slik jeg ser det kunne utvide anvendelsesområdet for samfunnsstraff.

I tillegg til samfunnsstraff er konfliktråd et lovfestet alternativ til fengsel. Hvor straffeskyld er bevist, kan påtalemyndighetene beslutte at saken skal overføres til meging i konfliktrådet, jf. strpl. § 71. I konfliktrådet skal gjerningsperson og fornærmede møtes for å komme frem til enighet om hvordan saken skal løses.⁸³ I Riksadvokatens rundskriv om konfliktrådsbehandling uttales det at det er i de ”saker hvor reaksjonene ellers ville ha vært påtaleunntatelse, bot eller betinget dom”, konfliktrådsbehandling vil være aktuelt.⁸⁴ Dette betyr at konfliktrådsbehandling ikke er et reelt alternativ til fengsel.

Utover samfunnsstraff finnes dermed ikke lovfestede alternativer til fengsel. Det kan være interessant å se på rettspraksis, og hvilke alternativer som faktisk blir vurdert og anvendt.

Ved å søke på lov-1999-05-21-30-bk-a37 i lovhenvisningsfeltet i strafferettsbasene til lovdata, får jeg opp 44 avgjørelser.⁸⁵ 6 av disse omhandler varetektsfengsling, mens de

⁸² HR. 2010-001849 avsnitt 19

⁸³ NOU 2008:15 s. 73

⁸⁴ Rundskriv nr. 2/1993

⁸⁵ Straffebasene omfatter både Høyesterett og underrettene per 8. november 2010.

resterende avgjørelsene omhandler straff. I de seks tilfellene det er tale om varetektsfengsling, ilegges dette, uten at andre alternativer fremlegges. Når det gjelder illeggelsene av straff, er det enten tale om fengsel eller i de tilfellene det er anvendelig, samfunnsstraff. I de tilfellene samfunnsstraff ikke er anvendelig, kommer domstolen ofte til at fengsel er "siste utvei". Dette kan illustreres ved RG-2009-1319. Saken gjelder en gutt på 17 ½ år. Retten kommer til at BK art. 37b kommer til anvendelse og uttaler følgende: "*Lagmannsretten har likevel kommet til at det i denne saken ikke er tilstrekkelig å reagere med samfunnsstraff. Dette er forsøkt uten at samfunnsstraffen ble gjennomført og uten at tiltalte avholdt seg fra ny voldskriminalitet. På denne bakgrunn og ut fra alvoret i de voldstilfellene tiltalte har blitt domfelt for, er det denne gang nødvendig å reagere med ubetinget fengsel*". Det synes her som at alternativet enten er samfunnsstraff eller fengsel. Kun i en av de 44 avgjørelsene fremkommer det at det er brukt et annet alternativ enn samfunnsstraff eller frihetsberøvelse. Dette gjelder Rt. 2007 s. 33 hvor det avgjøres hvorvidt en 17 år gammel gutt får fradrag i straff-utmålingen for oppholdet han ble idømt hos sin onkel i stede for varetektsfengsling. Dette blir besvart bekreftende. Utover denne avgjørelse, er det ikke anvendt alternative reaksjoner.⁸⁶

Disse dommene viser at det i liten grad blir forsøk å finne og anvende alternative reaksjoner til fengsel utover samfunnsstraff. Hadde det i norsk rett vært lovfestede alternative tiltak, måtte man vurdert disse. Det mangler i praksis altså alternative tiltak.

Ser vi på de andre nordiske landene, er det ideer å hente til alternative tiltak. I Sverige har man "kontraktsvård" som et alternativ til fengselsstraff. Alternativet begrenser seg mot de tilfeller hvor straffeskylden skyldes rusmisbruk og tiltalte er villig til å ta imot omsorg ("vård") og behandling.⁸⁷ I dansk rett, er utgangspunktet at barnet plasseres i institusjon om det idømmes fengselsstraff. I stede for varetektsfengsling skal domstolene plassere barnet i sikrede ungdomsinstitusjoner. Ellers anvender man i dansk

⁸⁶ Merk at det er opp til underrettene selv og legge ut dommer på lovdata. Dette betyr at det på lovdata kun ligger et utvalg dommer som omhandler BK art. 37. Dette er derfor kun til illustrasjon, og danner ikke nødvendigvis et fullstendig bilde.

⁸⁷ NOU 2008:15 s. 117 flg.

rett ungdomskontrakt som vilkår for bruk av påtaleunntatelse. Dette innebærer at barnet inngår en kontrakt hvor det forplikter seg til å inngå i behandlingsprogrammer, fritidsaktiviteter eller utdanning. Forutsetningen for dette alternativet er at barnet ikke har kommet inn i et kriminelt mønster, og det ikke er tale om voldslovbrudd.⁸⁸ I Finland anvendes det ungdomsstraff. Straffen er delt inn i samtaler, oppgaver, og orientering om arbeidslivet eller lignende. Imidlertid er dette en straff vurdert til samme alvorlighetsnivå som betinget fengselsstraff, og vil således antakelig ikke være et alternativ til ubetinget fengsel.⁸⁹ Når det gjelder Island har de et lavt fangetall sammenliknet med andre land, og det er kun 0-2 barn som dømmes hvert år. Disse kan sone hele eller deler av straffen i egne behandlingshjem.⁹⁰ I tillegg til alternativene hentet fra de andre nordiske landene er det i BK art. 4 (4) som nevnt gitt forslag på alternative tiltak. Slik jeg ser det er både ”kontraktsvård” etter svensk rett og ungdomskontrakt etter dansk rett alternativer som kunne vært anvendt i Norge. Stormøte som er foreslått som ny reaksjonsform i norsk rett, kan synes som en form for ungdomskontrakt som finnes i dansk rett.

Da alternative reaksjoner er en forutsetning for at fengsling skal være ”siste utvei”, kan jeg ikke se at norsk rett oppfyller vilkåret om fengsling som ”siste utvei”. Dette støttes av FNs avsluttende merknader til Norge. Barnekomiteen påpeker her at Norge må forsikre seg om at frihetsberøvelse anvendes som siste utvei, gjennom aktiv bruk av alternative tiltak.⁹¹

Norge viste imidlertid i sin fjerde rapport til barnekomiteen at det i april 2007 ble nedsatt et utvalg som skal utrede reaksjoner og tiltak mot alvorlig ungdomskriminalitet. Disse skal blant annet utrede alternativer til varetekt og fengselsstraff.⁹² Utvalgets resultat er NOU 2008:15. I utredningen er det foreslått en ny reaksjonsform som skal stå som alternativ til ubetinget fengsel. Reaksjonsformen innebærer at det domfelte barnet skal gjennomføre et stormøte. Deltakerne er de berørte partene. Møtet skal resultere i en

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CRC, concluding observations: Norway, para. 58a

⁹² Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter s. 117

ungdomsplan som kan bestå av kompensasjon til fornærmede, kriminalitetsforebyggende tiltak eller tiltak med et straffende element. Gjennomføringen skal følges opp av et eget team som er valgt ut av stormøtet. Reaksjonsformen vil kreve samtykke fra den domfelte. Lovgrunnlaget for stormøte foreslås fastsatt i et nytt kapittel 3 i konfliktrådsloven.⁹³

Dette ser etter mitt syn ut som et godt alternativ til fengsling. Imidlertid sier det i utredningen at stormøte også kan brukes som alternativ til betinget dom. Det betyr at reaksjonen ikke lenger kun er et alternativ til ubetinget fengsel, noe som kan føre til at reaksjonsformen blir mer brukt som alternativ til betinget, i stede for ubetinget fengsel. Nettopp dette blir kritisert i en høringsuttalelse fra Norsk forening for kriminalreform (KROM). KROM viser til at hvor man får en glidende overgang mellom bruk av stormøte som alternativ til betinget og ubetinget dom, vil det kunne føre til at alternativet ender med å gjelde som alternativ til betinget fengsel og ikke ubetinget fengsel. Dermed står man igjen uten alternative reaksjoner til ubetinget fengsel. KROM uttaler videre at det må gjøres helt klar at ungdomsmøtet skal være alternativ til ubetinget fengsel.⁹⁴

For at stormøte skal være et reelt alternativ til ubetinget fengsel, må det altså være klart at det er nettopp dette det er. Klargjøres dette, vil man ved opprettelse av stormøte faktisk ha et reelt alternativ til fengsel. Inntil dette eventuelt blir lovfestet, foreligger det ingen reelle alternativer, utover samfunnsstraff, domstolene kan vurdere før de ilegger ubetinget fengsel.

Slik jeg ser det er det nødvendig å ta i bruk alternative tiltak til ubetinget fengsel før norsk rett vil være i samsvar med BK art. 37b. Norsk rett oppfyller ikke kravet til at pågripelse, fengslig eller frihetsberøvelse skal anvendes som ”siste utvei”.

⁹³ NOU 2008:15 s. 148 flg.

⁹⁴ http://www.krom.no/aktuelt_more.php?id=128_0_32_0_C

3.2.3 Frihetsberøvelse for ”kortest mulig tidsrom”

Beslattes det at pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengslig er siste utvei, må inngrepet skje for et kortest mulig tidsrom, jf. BK art. 37b. Dette er også lagt til grunn i Beijing-reglene art. 13.1 og JDL art. 2.

Spørsmålet videre er hva som ligger i ”kortest mulig tidsrom”? Jeg vil først se på vilkårets betydning for politiarrest, deretter varetektsfengsling og til slutt i forhold til straff etter dom.

Politiarrest

Ordlyden ”kortest mulig tidsrom” tilsier en streng tolkning. For å vurdere hva som anses som kortest mulig tidsrom, er det avgjørende hva slags frihetsberøvelse det er tale om. For pågrepelse og varetektsfengsling må vilkåret vurderes strengere enn ved fengsling etter dom.

Når mistenkte blir pågrepet, er han i prinsippet uskyldig og frihetsberøvelsen er ikke prøvet for en dommer. Settes mistenkte i politiarrest, vet han lite om den videre utviklingen. Det kan bli tale om løslatelse eller videre varetektsfengsling. Mistenkte er dermed frihetsberøvet for en uviss tid. Dette er et grovt inngrep og som ved varetektsfengsling, må frihetsberøvelse etter pågrepelse, vurderes strengere enn ved fengsling etter dom. FNs barnekomité har sagt at barn bør fremstilles for varetektsfengsling i løpet av 24 timer.⁹⁵ Denne uttalelsen omhandler fremstillingsfristen. Imidlertid anser jeg det nærliggende å kunne slutte av dette at barnekomiteen legger til grunn at barn ikke bør sitte mer enn 24 timer i politiarrest for å oppfylle vilkåret ”kortest mulig tidsrom”.

I norsk rett er utgangspunktet at innsatte ikke skal sitte mer enn 48 timer i politiarrest, jf. forskrift om bruk av politiarrest § 3-1.⁹⁶ Bestemmelsen viser at det kan gjøres unntak fra dette der det ikke er praktisk mulig med tidligere overføring fra politiarrest.

⁹⁵ CRC, General comment no. 10 pkt.28d

⁹⁶ Dette synes ikke å harmonere med fremstillingsfristen etter strpl. § 183. Imidlertid faller det utenfor oppgaven å gå nærmere inn på dette.

Vi ser at norsk rett går utover lengstefristen FN anbefaler. Imidlertid er 48 timer maksimaltiden, og det kan tenkes at maksimaltiden ikke anvendes ovenfor barn. Det vil derfor være av interesse å se på den faktiske situasjonen. Barneombudet har vist bekymring for bruk av politiarrest overfor mindreårige og sendte i mars 2010 ut brev til politidistriktene. Målet var å kartlegge situasjonen. Et av spørsmålene var hvor lenge mindreårige i snitt har sittet i arrest i 2009. Undersøkelsen viste at flere barn har sittet lenger enn 24 timer i politiarrest. Rundt ti mindreårige hadde sittet over 48 timer, og enkelte hadde sittet i over 80 og 90 timer.⁹⁷ Det betyr at man i praksis går utover både anbefalingene fra barnekomiteen og de lovfestede fristene i forskrift om politiarrest.

Varetektsfengsling

Også ved varetektsfengsling er den fengslede i prinsippet uskyldig. I tillegg skjer fengslingen på ubestemt tid. Dette medfører en strengere vurdering enn når det faktisk foreligger dom. Selv om det også ved dom er tale om et grovt inngrep, er den fengslede da bevist skyldig. I generell kommentar nr. 10 uttaler komiteen: ”*children languish in pre-trial detention for months or even years, ... constitutes a grave violation of article 37b*”.⁹⁸ I konkluderende rapport til Japan, kritiserte komiteen Japan for å doble grensen for varetektsfengsling fra fire til åtte uker.⁹⁹ Det finnes altså ikke noen tydelig veiledning på hva som ligger i ”kortest mulig tid”, men det må gjøres en vurdering av hva som faktisk er det kortest mulige tidsrommet i den enkelte sak.¹⁰⁰

På bakgrunn av komiteens uttalelser kan det imidlertid tyde på at det bør trekkes en absolutt grense ved åtte uker. Det sies i kommentaren at varetektsfengsling på flere måneder vil representere et alvorlig brudd på BK art. 37b. Ettersom komiteen referer til at det vil være et ”alvorlig brudd”, kan det tyde på at grensen må trekkes på ett enda tidligere tidspunkt. Jeg tenker at det antakelig kan trekkes en absolutt grense rundt 4 uker i varetekt. Imidlertid er det viktig å huske at en eventuell grense kun utgjøre en

⁹⁷ <http://www.barneombudet.no/sfiles/06/02/2/file/brev-til-justisdep.pdf>

⁹⁸ CRC, General comment no. 10 pkt. 28a

⁹⁹ CRC, Concluding observation: Japan, para. 53

¹⁰⁰ NOU 2008:15 s. 108

maks grense da det alltid må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet for å avgjøre hva som er ”kortest mulig tidsrom”.¹⁰¹

Utgangspunktet i norsk rett er at tiltalespørsmålet skal avgjøres innen seks uker, hvor mistenkte er under 18 år på handlingstiden, jf. strpl. § 249(2). Hovedforhandling skal være påbegynt senest seks uker etter at saken kom inn til tingretten, jf. strpl. § 275(2). Det betyr at fra barnet blir mistenkt til hovedforhandling er påbegynt, skal det ikke ta mer enn 12 uker. Påtalemyndighetene har mulighet til å bruke lenger tid på tiltalebeslutningen hvor hensynet til etterforskningen eller særlige grunner tilsier det, jf. strpl. § 249(2) andre punktum. Dette fører til at tiden fra mistanke til hovedforhandling, kan gå utover 12 uker. Blir avgjørelsen anket, må det legges til enda 10 uker, jf. strpl. § 275(2), jf. strpl. § 310(1). I praksis går man utover disse fristene. I NOU 2008:15 har utvalget undersøkt hvor lenge 40 unge lovbrystere har sittet i varetekt. De siktede hadde sittet i varetekt fra 31 til 326 dager. Seks av de mistenkte var varetektsfengslet i mer enn 22 uker.¹⁰²

I NOU 2008: 15 legges det til grunn av fristene for varetektsfengsling oppfyller kravet til at frihetsberøvelse kun kan anvendes for ”kortest mulig tidsrom”.¹⁰³ Dette samsvarer verken med generell kommentar nr. 10 eller den konkluderende rapporten til Japan. Om det er grunnlag for varetektsfengsling, vil siktede etter norsk rett kunne bli sittende 12 uker i varetekt og opp til 22 uker om saken blir anket. Imidlertid kan man i praksis også gå utover denne tidsfristen, jf. strpl. § 249 (2) annet punktum. Japan ble kritisert for å doble varetektstiden fra fire til åtte uker. Imidlertid går altså Norge enda lenger enn Japan, og slik jeg ser det, kan det ikke sies at fristene oppfyller kravet til at frihetsberøvelse da anvendes for ”kortest mulig tidsrom”. Varetekt i inntil 22 uker stemmer heller ikke overens med generell kommentar nr. 10, da flere måneder i varetekt anses som et grovt brudd.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid. s. 38

¹⁰³ Ibid. s. 108

Straffutmåling

Når det gjelder straffeutmålingen, er det ikke satt noen absolutt grense. Det følger imidlertid av BK art. 37a at det ikke kan ilegges livsvarig fengsel. Utover det må det foretas en forholdsmessighetsvurdering, ved illeggelse av reaksjon. *”Not only the circumstances and the gravity of the offence, but also age, lesser culpability, circumstances and needs of the child, as well as the various and in particular long term needs of the society”*.¹⁰⁴ Man må altså legge vekt på alder, lavere skyldgrad på grunn av alder, omstendigheter og det enkelte barns behov.

I norsk rett, kan barn dømmes til fengsel inntil 20 år, jf. strl. § 17a, jf. strl. § 55. Etter straffeloven av 2005, vil lengstestrafen for barn bli 15 år, jf. strl. 2005 § 33. Det er også mulig å sette fengselsstraff under det lavmål som er bestemt for handlingen, når tiltalte ikke har fylt 18 år på handlingstiden og forholdene tilsier dette, jf. strl. § 55. Sistnevnte bestemmelse kan gjenspeile at fengselsstraff bare skal anvendes for ”kortest mulig tidsrom”. Utover dette er det ingen bestemmelser i straffeloven som gir anvisning på at fengselsstraff ovenfor barn, kun skal anvendes for et kortest mulig tidsrom.

Imidlertid har man i norsk rett hatt tradisjon for å ta hensyn til alder ved straffutmåling. I Rt. 2004 s. 804 uttaler førstvoterende: *”Straffutmålingstradisjonen i Norge har lenge vært slik at ung alder har vært et tungtveiende moment for valg av andre reaksjoner enn ubetinget fengselsstraff, og da særlig for barn og unge som aldersmessig ligger ned mot den strafferettslige lavalder, jf. straffeloven § 46.”*¹⁰⁵ Jeg har sett på tre tilfeldige dommer som gjelder utmåling av straff for barn under 18 år.¹⁰⁶ I samtlige vises det til at ung alder er en formildende omstendighet. Slik jeg ser det synes det som om Høyesterett legger vekt på ung alder og at dette alltid er et formildende moment. Utover dette er det vanskelig å si noe generelt om hvorvidt straff ilegges for et kortest mulig tidsrom. For at straffen skal anses å utgjøre ”kortest mulig tidsrom”, må det gjøres en konkret vurdering hvor det legges vekt på alder, lovbruddets alvorlighet og andre omstendigheter.

¹⁰⁴ CRC, General comment no. 10

¹⁰⁵ Rt. 2004 s. 804

¹⁰⁶ RG-2009-1319, LA-2010-37804, TSARP-2007-103175

Etter dette synes jeg det kan slutes at norsk rett for vilkåret ”kortest mulig tidsrom” ikke er i tråd med BK art. 37b når det kommer til pågrepelse og varetektsfengsling. Når det gjelder straffeutmåling, vil norsk rett være i tråd med konvensjonens krav til ”kortest mulig tidsrom”, så sant det gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

3.3 Barnekonvensjonen art. 37c

Mens BK art. 37b retter seg mot selve frihetsberøvelsen, retter BK art. 37c seg mot behandlingen etter at det er besluttet frihetsberøvelse. Bestemmelsen gir barn rett på human behandling ved frihetsberøvelse, og legger særskilt vekt på at barn skal holdes atskilt fra voksne og opprettholde kontakt med familien.

3.3.1 Atskilt fra voksne

Et element i human behandling er at barn som er berøvet friheten skal holdes atskilt fra voksne, jf. BK art. 37c annet punktum. Når det refereres til ”voksne”, kan man antitetisk slutte at dette er personer som har fylt 18 år, da barn i konvensjonen defineres som mennesker under 18 år. At barnet skal holdes adskilt fra voksne, innebærer at konvensjonsstatene må etablere egne soningsavdelinger for barn. Her skal det føres barnevennlig politikk og de ansatte må ha kompetanse til å jobbe med de frihetsberøvede barna.¹⁰⁷ Det kreves imidlertid ikke egne bygninger, kun separate avdelinger for barn.¹⁰⁸ Dette følger også av Beijing-reglene art. 13.4. Når barnet fyller 18 år og da anses som voksen, trengs det imidlertid ikke umiddelbart å foretas flytting til voksenavdeling. Er det til vedkommendes beste, samt at det ikke går utover de andre innsatte under 18 år, kan vedkommende bli værende på barneavdelingen.¹⁰⁹

JDL-reglene art. 29 legger også til grunn at barn må holdes separert fra voksne. Imidlertid gjøres det her unntak hvor barn og voksne er i familie eller hvor det er tale

¹⁰⁷ CRC, General comment no. 10 pkt. 28

¹⁰⁸ Schabas s. 92

¹⁰⁹ CRC, General comment no. 10 pkt. 28

om spesielt utvalgte voksne som vil ha positiv innvirkning på barna.¹¹⁰ Dette må ses i sammenheng med barnets beste.

Hensynet bak bestemmelsen er å hindre voksne kriminelles negative innvirkning på barn. Barnas grunnleggende sikkerhet og velferd settes i fare ved at de plasseres sammen med voksne kriminelle. Det finnes eksempler på barn som for første gang bruker narkotika sammen med voksne i fengslet.¹¹¹ Faren for tilbakefall øker og barnets mulighet til å bli reintegrert i samfunnet minker.¹¹² I tillegg vil man ved å skille barn og voksne, sikre et miljø som er tilrettelagt for å møte barns spesielle behov.¹¹³

Det gjøres et unntak fra bestemmelsen. Er det til barnets beste, kan man la være å holde barnet atskilt fra voksne, jf. BK art. 37c annet punktum. At barnet kan plasseres sammen med voksne når det er til barnets beste, gjenspeiler art. 3(1), og man må ta det samme utgangspunktet ved vurderingen. Det vil si at man må ta utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger.¹¹⁴ FNs barnekomité har uttalt at unntaket ”should be interpreted narrowly”.¹¹⁵ Unntaket er snevert og utgangspunktet må være at konvensjonsstatene har ordninger som separerer barn og voksne i fengsel.¹¹⁶ Skal man gjøre unntak fra bestemmelsen, må dette være hjemlet med fokus på barnet og barnets beste. Man kan for eksempel ikke fengsle barn og voksne sammen av økonomiske årsaker.¹¹⁷

At barn skal holdes atskilt fra voksne, er en av de eldste FN standardene. Allikevel har bestemmelsen møtt vanskeligheter i konvensjonsstatenes praksis. Dette ser man

¹¹⁰ JDL art. 29

¹¹¹ <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article465138.ece>

¹¹² CRC, General Comment no. 10 pkt. 28

¹¹³ Van Baueren, Geraldine: The International Law on the Rights of the Child. Dordrecht, 1995 s. 221

¹¹⁴ Larsen, Mette Yvonne: Rettigheter for barn i konflikt med loven. I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. Redigert av Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Oslo, 2008 s. 47

¹¹⁵ CRC, General Comment no. 20 pkt. 28c

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Shabas s. 92

gjennom at mange stater har reservert seg mot bestemmelsen.¹¹⁸ Blant disse er Island og Storbritannia.¹¹⁹ Fra norsk side ble det i forbindelse med ratifikasjon av barnekonvensjonen vurdert om man skulle reservere seg mot bestemmelsen. I St.prp. nr. 104 (1989-90) ble det anbefalt at man tok forbehold. Rettstilstanden stemte ikke overens med lovgivningen, da man fengslet barn med voksne.¹²⁰ Stortinget inntok imidlertid et annet syn. Etter en vurdering av barnets beste mente Stortinget at det ikke var i strid med bestemmelsen å sette barn i fengsel med voksne.¹²¹ Dermed kunne man ratifisere konvensjonen i sin helhet.¹²²

3.3.1.1 Er norsk rett i tråd med BK art. 37c når barn og voksne fengsles sammen?

Ikke siden avskaffelsen av ungdomsfengselsloven i 1974, har det funnes noe ungdomsfengsel i Norge. Utgangspunktet er at barn plasseres sammen med voksne. Dette viser også advokatforeningens undersøkelse. Av de ti fengslede barna som ble dybdeintervjuet, hadde samtlige sittet på samme avdeling som voksne. Tre av de innsatte hadde sittet på celle med en voksen person. En av disse, en 16 år gammel gutt, var plassert sammen med en 41 år gammel mann.¹²³

Ettersom man plasserer barn sammen med voksne i fengsel, er utgangspunktet at norsk rett bryter med BK art. 37c. En slik praksis kan imidlertid gjennomføres dersom det vurderes å være til barnets best å sone sammen med voksne. Det var nettopp på dette grunnlag Stortinget avgjorde at barn og voksne kan sone sammen.¹²⁴ Imidlertid gir Stortingets innstilling anvisning på en generell vurdering av hva som er til barnets beste. Dette stemmer ikke overens med unntaket i BK art. 37c som fordrer en individuell vurdering. BK art. 37c åpner for å fengsle barn med voksne der det er til det

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Detrick 1999 s. 636

¹²⁰ St.prp.nr. 104 (1989-90)

¹²¹ Innst. S. nr 7 (1989-90)

¹²² NOU 1993:18 s. 51

¹²³ Supplerende rapport 2009 s. 41

¹²⁴ Innst. S. nr 7 (1989-90)

beste for "barnet". Den engelske original teksten bruker formuleringen "the child". Ordlyden viser til en individuell vurdering, hvor man må avgjøre hvorvidt fengsling sammen med voksne er til det beste for det enkelte barn. Bestemmelsen gjenspeiler BK art. 3(1) som også taler om "barnets beste". Også denne bestemmelsen gjenspeiler en individuell vurdering. Utgangspunktet om at barn skal holdes atskilt fra voksne, tyder også på at barn generelt sett ikke har godt av å bli plassert med voksne. Dette argumentet tyder også på at det må være tale om en individuell vurdering. Stortingets utgangspunkt om at det generelt er til det beste for barnet å være fengslet sammen med voksne, strider altså mot BK art. 37c. For å være i samsvar med konvensjonen, må det foretas en individuell vurdering av barnets beste. Dette støttes av at det i NOU 2008:15 er lagt til grunn at det må foretas en konkret vurdering av om fellesskap med voksne er til barnets beste.¹²⁵

Som tidligere nevnt får jeg opp 44 avgjørelser hvor barnekonvensjonen er påberopt eller brukt som argumentkilde ved å søke på lov-1999-05-21-30-bk-a37 i lovdatas straffebaser. Kun i to av disse avgjørelsene er BK art. 37c nevnt. I Rt. 2005 s. 358 uttales at ved neste fengslingsmøte bør BK art. 37c vurderes, uten at det blir gjort i den nevnte kjennelsen. I RG 2007 s. 106 blir BK art. 37c vurdert. Imidlertid bare ved at Innst. S. nr 7 (1989-90) siteres. Det var i denne innstillingen Stortinget uttalte at det generelt sett er best for barn å sone med voksne. Etter å ha sett på avgjørelsene fra lovdata, kan det synes som om domstolene har slått seg til ro med at Stortinget har gjort en generell vurdering av hvorvidt det er til barnets beste og bli plassert sammen med voksne. Dermed trenger ikke domstolen å gjøre noen konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

I Norges fjerde rapport til FN argumenterte man med at det på grunn av det lave antall barn i fengsel vil resultere med tilnærmet isolasjon av barn om de ikke plasseres sammen med voksne. Plassering sammen med voksne, vil dermed være til barnets beste. FNs svar til Norge var at Norge må sikre at barn og voksne holdes atskilt, både ved varetektsfengsling og ved soning av fengselsstraff.¹²⁶ I statsrapporten uttalte man at

¹²⁵ NOU 2008:15 s. 111

¹²⁶ CRC, concluding observations: Norway, pkt. 58c

barn i stede for atskillelse skulle ha særlig oppfølging.¹²⁷ Norsk rett kan ikke forsvare fengsling av barn sammen med voksne, med at de mottar særlig oppfølging. Dette skal uansett gis.

Etter dette, ser vi at Norge bryter BK art. 37c ved at barn og voksne fengsles sammen.

Advokat Mette Yvonne Larsen har antatt at om det ikke er til barnets beste å plasseres sammen med voksne, vil konsekvensen være at barnet ikke settes i fengsel. Noe annet vil være konvensjonsstridig.¹²⁸ Det samme er antatt i Ingunn Fornes artikkel om varetektsfengsling av barn.¹²⁹

For å hindre at barn som skulle vært fengslet må løslates på grunn av at vi ikke har tilfredsstillende lokaler, må det derfor opprettes egne avdelinger for barn. I NOU: 2008:15 foreslo man å opprette seks ungdomsenheter. En i hver av kriminalomsorgens regioner. Enhetene skal være særlig tilpasset for å ivareta barns behov. Dette skal gjøres ved tverrfaglig kompetanse og ett tett samarbeid mellom ulike faggrupper. Den enkeltes behov skal dekkes gjennom en individuell plan.¹³⁰ Som et prøveprosjekt ønsker man å opprette to ungdomsenheter. Disse skal evalueres etter en to års periode. Allerede 1. september 2009 startet driften av ungdomsenheten i Bjørgvin fengsel i Bergen. Den andre foreslåtte prøveenheten skal være på Østlandet, men er foreløpig ikke i drift.¹³¹

I utgangspunktet vil opprettelse og bruk av ungdomsenheter, før til at norsk rett er i tråd med BK art. 37c.

¹²⁷ Norges fjerde rapport s. 116

¹²⁸ Larsen i Høstmøling 2008 s. 126

¹²⁹ Fornes s. 107

¹³⁰ NOU 2008:15 s. 160

¹³¹ Tonna, Erika og Hanne Jule: Etablering av ungdomsenheter. I: Aktuelt for kriminalomsorgen nr. 3/2009 s. 4 flg.

Imidlertid retter det seg noen spørsmål til opprettelsen av ungdomsenheter. Det skal i alt opprettes seks ungdomsenheter som hver skal ha inntil seks plasser.¹³² Dette betyr at det totalt vil bli opprettet 36 ungdomsplasser. Til enhver tid sitter det omtrent 10 barn i varetekt eller fengsel.¹³³ Det betyr at det til enhver tid vil stå 26 ungdomsplasser tomme. Hva vil skje med de tomme plassene? Forsker Sturla Falck er blant de som har kritisert ungdomsfengslene. Kritikken retter han blant annet mot at de plassene som blir etablert vil bli fylt opp, og at resultatet da vil være at flere barn enn nødvendig fengsles. Han mener økonomien vil styre og at nye plasser derfor ikke vil bli stående tomme.¹³⁴ Slik jeg ser det vil det ved opprettelse av så mange soningsplasser for unge, være viktig at man fortsetter å tilstrebe målet med å få unge ut av fengslene. Dette må gjøres ved at det opprettes alternative tiltak, slik at domstolene anvender alternativene, og ikke fengsler flere barn enn nødvendig.¹³⁵

Et annet aspekt er at man i NOU 2008:15 sier at ungdomsenhetene skal være forbeholdt barn under 18 år, men at ungdom under 23 år bør prioriteres i andre rekke. I tillegg skal det vurderes om enkelte utvalgte voksne skal sone samme med barn. Dette skal skje hvor de voksne ikke vil ha negativ effekt på barna.¹³⁶ Jeg kan ikke se annet enn at dette vil stride mot BK art. 37c. Ved å opprette ungdomsenheter som man fyller med ungdom og voksne over 18 år, vil man allikevel bryte BK art. 37c. Dette kan selvsagt forsvares med at det er til barnets beste, men det ser ikke ut til at det er dette utvalget argumenterer med. *”Utvalget mener likevel at det også kan være hensiktsmessig og nødvendig at det åpnet opp for å vurdere om enkelte utvalgte voksne domfelte kan sone sammen med de yngste.”*¹³⁷ Utvalget legger altså vekt på hensiktsmessighet og nødvendighet. Dette er ikke det samme som å vurdere hvorvidt soning med voksne er til

¹³² Falck, Sturla: Barn og straff. Barnefengsel ikke noe nytt. I: Tidsskrift fra Fellesorganisasjonene. Fontene 1/2009 s. 42

¹³³ <http://www.barneombudet.no/temasider/kriminalitet/arkiv/hva-skjer/>

¹³⁴ Falck, Sturla 2009 s. 43

¹³⁵ For en nærmere redegjørelse av alternative tiltak se avsnitt 3.2.2.1

¹³⁶ NOU 2008: 15 s. 160

¹³⁷ Ibid.

barnets beste. At unge over 18 år og voksne skal kunne plasseres i ungdomsenheten, er møtt med stor skepsis av blant annet barneombudet.¹³⁸

Historisk sett er det også mye som tyder på at ungdomsfengsel ikke er den beste løsningen. Dette ble prøvd både ved opprettelsen av arbeidsskolen i 1951 og ungdomsfengsel i 1965. Begge forsøkene var mislykkede, og de innsatte hadde høyt tilbakefall.¹³⁹ Utvalget presiserer at de nye ungdomsenhetene ikke er en gjeninnføring av ungdomsfengslene, men også dette er møtt med skepsis.¹⁴⁰

Det vil ligge utenfor oppgavens tema og gå nærmere inn på de overnevnte debattene angående ungdomsfengsel. Imidlertid er det også et spørsmål hvorvidt de seks ungdomsenhetene skal tilfredsstille kravet til at den innsatte skal kunne opprettholde kommunikasjon med familie. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 3.3.2.2.

3.3.2 Opprettholde forbindelse med familie

Neste forutsetning for at barnet skal behandles humant og respektfullt, er at barnet som er berøvet friheten har rett til å opprettholde kommunikasjon med sin familie, jf. art. 37c annet punktum. Bestemmelsen kan leses i lys av BK art. 3(1), da stabil voksenkontakt er et vesentlig moment i vurderingen av barnets beste.¹⁴¹ I JDL-reglene legger man vekt på at kommunikasjon med omverdenen er en del av human og respektfull behandling. Frihetsberøvede barn skal kunne kommunisere med familie, og bør ha regelmessig besøk. Minst en gang i måneden og optimalt sett en gang i uken.¹⁴² Kommunikasjon ved brev eller telefon bør kunne foretas minst to ganger i uken, men med visse unntak. Barnet skal også få lese aviser, høre radio og se TV. Også under ”days of general discussion” i 1995 ble viktigheten av familiekontakt fremholdt.¹⁴³ For at kontakten med

¹³⁸ <http://www.barneombudet.no/sfiles/97/92/1/file/08-02015-2-horing-nou-2008-15-om-barn-og-straaff-212688-ii.pdf>

¹³⁹ http://www.krom.no/artikler_more.php?id=124_0_31_0_c

¹⁴⁰ Se blant annet http://www.krom.no/artikler_more.php?id=124_0_31_0_c og Fontene 1/09 s. 42

¹⁴¹ NOU 2008:15 s. 112

¹⁴² JDL pkt. 59 flg.

¹⁴³ Day of general discussion 1995 pkt. 230

familien skal kunne opprettholdes, legges det i generell kommentar nr. 10 vekt på at barnets plasseres nær familien.¹⁴⁴

Retten til kommunikasjon kan fravikes under særlige omstendigheter, jf. art. 37c annet punktum. Unntaket retter seg mot ”særlige omstendigheter”, og ordlyden tilsier et snevert unntak. Unntaket må ellers ses i sammenheng med BK art. 3, og må begrunnes med barnets beste.¹⁴⁵ Dette kan eksempelvis være at kontakt med enkelte i familien har uheldig innvirkning på barnet og derfor ikke vil være til barnets beste. Unntaket kan ikke nyttes som disiplineringstiltak eller for å sikre samarbeid.¹⁴⁶

3.3.2.1 Er kravene til kommunikasjon med familie sikret i norsk rett?

Når det gjelder barn i politiarrest er utgangspunktet at barnet ikke skal ha kontakt med andre enn forsvarer, jf. forskrift om bruk av politiarrest § 2-9. Foreligger særlige grunner, kan det imidlertid gjøres unntak fra dette. Jeg antar at barnets unge alder kan være en slik grunn. Uansett tar man i norsk rett motsatt utgangspunkt enn BK art. 37c når det gjelder barn i politiarrest.

Ved varetektsfengsling er utgangspunktet at man skal ha rett til kommunikasjon med familien. Imidlertid kan man gjøre unntak fra dette etter strpl. § 186(2). Hvor hensynet til etterforskningen tilsier det, kan det ilegges brev- eller besøksforbud, jf. strpl. § 186(2). Dette innebærer at frihetsberøvede ikke har rett til å sende eller motta brev eller motta besøk.

Også ved soning av dom er utgangspunktet at innsatte skal kunne motta besøk og telefonsamtaler, jf. strgjfl. §§ 31(1) og 31(2). Imidlertid kan dette nektes om ”det er grunn til å anta at besøket vil bli misbrukt til planlegging eller gjennomføring av straffbar handling, unndragelse av gjennomføringen eller handlinger som vil kunne forstyrre ro, orden og sikkerhet”, jf. strgjfl. §§ 31(4) og 32(4).

¹⁴⁴ CRC, General Comment no. 10 pkt. 28c

¹⁴⁵ NOU 2008:15 s. 112

¹⁴⁶ Van Baueren 1995 s. 220

Verken BK art. 37c, straffeprosessloven eller straffegjennomføringslovens regler gjelder ubetinget. I de nevnte lovene er utgangspunktet at barn skal ha rett til kommunikasjon med familie, men det kan også settes begrensninger når omstendighetene tilsier det. Straffeprosesslovens unntak er begrunnet med hensynet til etterforskningen og straffegjennomføringsloven for å hindre straffbare handlinger eller lignende. BK art. 37c derimot, er begrunnet med hensynet til barnets beste. Van Baueren fremhevet nettopp at besøksforbud ikke kan anvendes som disiplinæringsvedtak slik det gjøres i straffegjennomføringsloven.¹⁴⁷ Hensynet til etterforskningen, er heller ikke en del av vurderingen av barnets beste.

Utgangspunktet i barnekonvensjonen og norsk rett er sammenfallende når det kommer til varetektsfengsling og fengsling etter dom. Imidlertid er unntakene i norsk rett ikke hjemlet i barnets beste, og stemmer derfor ikke overens med unntaket i BK art. 37c. Slik jeg ser det bryter norsk rett med BK art. 37c i de tilfellene hvor barn ilegges brev- eller besøksforbud eller settes i politiarrest.

3.3.2.2 Særskilt om opprettholdelse av kommunikasjon og barn atskilt fra voksne

Et særlig problem når det gjelder opprettholdelse av kommunikasjon gjennom besøk, er at det kreves en viss nærhet for å gjennomføre dette. Advokatforeningens undersøkelse viser at barn blir plassert i fengsel langt hjemmefra.¹⁴⁸ Skal Norge oppfylle kravet til at barn ikke skal fengsles sammen med voksne, er det foreløpig kun i Bergen de kan plasseres. Det betyr at barn fra hele landet, skal plasseres i Bergen. Dette vil føre til at frihetsberøvede barn ofte vil bli plassert langt hjemmefra. Den praktiske muligheten til å opprettholde jevn kontakt med pårørende, vil minke. Jo nærmere hjemmet barnet er plassert, enklere vil det være å opprettholde kontakten med familien gjennom besøk. Selv med seks ungdomsenheter vil barn bli plassert langt hjemmefra. Kriminalomsorgen nord f. eks omfatter Sør-Trøndelag, Nord-Trøndelag, Nordland,

¹⁴⁷ Van Baueren 1995 s. 220

¹⁴⁸ Supplerende rapport 2009 s. 41

Troms og Finnmark, og strekker seg med andre ord over et stort geografisk område. Skal man oppfylle kravet om at barn ikke skal sone sammen med voksne, vil dette gå på bekostning av nærhetsprinsippet. I Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter ble det uttalt at ”behovet for nærhet til familie og nærmiljø skal sikres”.¹⁴⁹ Hvordan dette skal sikres sies det ikke noe om. Dette tas imidlertid opp i NOU 2008:15. Det er ikke tilstrekkelig at det legges til rette for kontakt med familie gjennom brev og telefon. Den nærmeste familien må også gis anledning til å besøke barnet. Det foreslås at det bør gis økonomisk støtte for å dekke reise og oppholdets utgifter uavhengig av familiens økonomi.¹⁵⁰

Slik jeg ser det vil man ved å styrke retten til besøk og være behjelpelig med den økonomiske og praktiske gjennomføringen, antakelig være ett skritt nærmere i å oppfylle kravet om at barn og voksne skal holdes atskilt, samtidig som at kommunikasjon vil kunne opprettholdes. Allikevel vil det være vanskelig å forene nærhetskravet og kravet til at barn skal holdes atskilt fra voksne, så lenge soningsplassene er plassert kun seks steder i Norge. Slik jeg ser det vil man måtte opprette soningsplasser for det enkelte barn i deres nærmiljøet for å sikre både nærhetskravet og at barn skal holdes atskilt fra voksne. Forsker Sturla Falck er blant de som har foreslått at dette kan løses ved ad hoc enheter som kan opprettes og legges ned ved behov.¹⁵¹

3.3.3 Behandles med menneskelighet og respekt

Barn som berøves friheten skal ”*behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet og på en måte som tar hensyn til barnets behov*”, jf. BK art. 37c første punktum. Retten til human og respektfull behandling, er en felles standard både for barn og voksne, jf. SP art. 10(1). Standarden er universell, og skal ikke avhenge av materielle resurser.¹⁵² BK art. 37c første punktum fører med seg noe

¹⁴⁹ Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter s. 117

¹⁵⁰ NOU 2008:15 s. 161

¹⁵¹ Sidsel Skotland: Barnefengsel. I: Rus og Samfunn nr. 2/2010 s. 16

¹⁵² CCPR, General comment no. 21 pkt. 4

nytt i forhold til SP art. 10(1). Nemlig at man må ta hensyn til barnets behov etter dets alder.

BK art. 37c første punktum gir relativt abstrakte retningslinjer som vanskelig kan oversettes i bestemte rettigheter. Imidlertid gir bestemmelsen visse føringer for lovgiver og gjenspeiler blant annet bestemmelser som BK art. 3(1) om barnets beste, og torturforbudet i BK art. 37a.

I generell kommentar nr. 10 er det gitt en liste over regler og prinsipper som må overholdes for at barnet skal få human behandling ved frihetsberøvelse. For det første skal det fysiske miljøet være tilpasset barn. Deres behov for privatliv skal respekteres og de skal ha anledning til å delta i fritidsaktiviteter. Barn som er i skolealder har rett på undervisning. Ved ankomst har barnet rett til legeundersøkelse. Personalet skal sørge for at barnet kan opprettholde kontakt med omverdenen og tvang, makt og disiplinærvedtak skal anvendes som et minimum. For at disse rettighetene skal kunne opprettholdes, må barnet også ha rett til å fremsette ønsker eller klager når det mener det blir behandlet i strid med barnekonvensjonen.¹⁵³

Beijing-reglene art. 13.5 kan også være veiledende for tolkningen av bestemmelsen.¹⁵⁴ Mens barnet venter på dom, skal det motta omsorg og all nødvendig assistanse. Dette gjelder både sosial, utdanning, yrkesfaglig, psykologisk, og medisinsk hjelp som de måtte ha behov for i forhold til deres alder, kjønn og personlighet.¹⁵⁵

Også i JDL-reglene utdypes det hva som ligger i human behandling av barnet. Kommunikasjon med omverdenen står sentralt.¹⁵⁶ I tillegg til anbefalingene som retter seg mot kommunikasjon, sies det i JDL-reglene at bruken av fysisk makt eller tvang skal være forbudt. Det anbefales også begrenset bruk av disiplinære sanksjoner.¹⁵⁷

¹⁵³ CRC, General comment no. 10 pkt 28c 1-7

¹⁵⁴ Van Baueren 1995 s. 220

¹⁵⁵ Beijing-reglene art. 13.5

¹⁵⁶ Se nærmere om kommunikasjon i avsnitt 3.3.2

¹⁵⁷ JDL art. 59 - 67

Ved frihetsberøvelse av barn, må man altså se hen til de overnevnte retningslinjene og prinsippene for å være i tråd med at frihetsberøvede barn skal behandles med menneskelighet og respekt. I tillegg til de overnevnte prinsipper, må barnet holdes atskilt fra voksne og få opprettholde kontakt med familien.¹⁵⁸

3.3.3.1 Er kravene til human og respektfull behandling av barn oppfylt i norsk rett?

Når det gjelder undervisning og fritidsaktiviteter, jf. strfgjl. §§ 18 og 21, skal det legges til rette for dette. De innsatte skal både ha et aktivitetstilbud på dagtid og på fritiden. Dette gjelder både i varetekt og fengsel etter dom, jf. strfgjl. § 52. Imidlertid er ikke dette alltid virkeligheten. Advokatforeningens undersøkelse viste at kun 3 av 10 barn har fått tilbud om skolegang eller yrkesundervisning i fengslet.¹⁵⁹ Retten til kommunikasjon er også sikret i norsk lovverk. Den frihetsberøvede skal i utgangspunktet ha rett til besøk, telefonsamtaler og postsendinger, jf. strpl. § 186 (2) og strfgjl. §§ 30, 31, 32. Når det gjelder tvangsmidler og disiplinærvedtak, er dette regulert i strfgjl. §§ 37-40, jf. strfgjl. § 52.

For barn i politiarrest er situasjonen annerledes. Utgangspunktet er at den pågrepne er isolert på enecelle frem til løslatelse eller fremstilling for retten. Kommunikasjon foregår kun med advokat, om det ikke foreligger særlige omstendigheter som tilsier noe annet, jf. § 2-9 i forskrift om bruk av politiarrest. Arrestanten har ellers rett på madrass og teppe om han må være der over natten. Arrestanten skal også ha tilgang på nødvendig helsehjelp, jf. § 2-3 i forskrift om bruk av politiarrest. I tillegg skal vedkommende få være i friluft, så langt det er mulig og legge til rette for dette, jf. § 2-7 forskrift om bruk av politiarrest. Utover dette er det ingen lovfestede rettigheter for innsatte i politiarrest.

Etter dette ser man at de spesifikke rettighetene som det gis veiledning på i Beijing-reglene, JDL-reglene og i generell kommentar nr. 10 er sikret ved varetektsfengsling og

¹⁵⁸ Se punkt 3.3.1 og 3.3.2

¹⁵⁹ Supplerende rapport 2009 s. 34

soning av dom. Når det gjelder barn i politiarrest, har disse minimalt med rettigheter og ingen av de overnevnte rettighetene er sikret. I tillegg fører politiarrest automatisk til isolasjon. Jeg har tidligere konkludert med at dette strider mot torturforbudet i BK art. 37a¹⁶⁰, og det vil følgelig også stride mot human og respektfull behandling. Flestparten av de innsatte barna er i dag fengslet med voksne.¹⁶¹ Dette er også i strid med human og respektfull behandling. Det er heller ikke sikret en ubetinget rett til kommunikasjon med familie. Dette er også en forutsetning for human og respektfull behandling. Ingen av de norske lovbestemmelsene er spesielt rettet mot barn. Lovbestemmelsene gjelder så vel for voksne som barn. Det er i det hele tatt verken i straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, eller instruks for politiarrest bestemmelser som fokuserer særskilt på det fysiske miljøet for barn i fengsel. Heller ikke selve målformuleringen om human og respektfull behandling i barnekonvensjonen, finner vi igjen i norsk rett. Allikevel ser man vilje til å tilrettelegge miljøet for barn. I St. meld nr. 20 (2005-2006) sies det at ved opprettelse av ungdomsenheter, skal tilrettelegges for at man ved frihetsberøvelsen tar hensyn til alder og individuelle behov.¹⁶²

Selv om norsk rett oppfylder de fleste av retningslinjene i Beijing- og JDL-reglene, burde det vært klare og særskilte bestemmelser for behandling av frihetsberøvede barn. Det ville da vært enklere å sikre en human og respektfull behandling i et barnevennlig miljø. Særlig politiarrest er et problem, da barnet har minimalt med rettigheter. At barn og voksne er plassert sammen og mangelen på kommunikasjon med familie, utgjør også et særlig problem for oppfyllelsen av human og respektfull behandling.

Norsk rett er ikke i tråd med BK art. 37c.

¹⁶⁰ Se punkt 3.1.3

¹⁶¹ Se punkt 3.3.1

¹⁶² St. meld. Nr. 20 (2005-2006) pkt. 5.1.3.1.4

Barnekonvensjonen art. 37d

BK art. 37d oppstiller krav til prosessen hvor et barn er berøvet friheten. Dette gjennom regler om juridisk bistand og prøvelse av frihetsberøvelsens lovlighet i BK art. 37d. BK art. 40 inneholder supplerende regler om barnets rettigheter under frihetsberøvelse.

3.3.4 Juridisk bistand

Ethvert frihetsberøvet barn skal ha rett til juridisk bistand, jf. BK art. 37d.

Bestemmelsen sier ”ethvert frihetsberøvet barn”. Dette viser at barn har ubetinget rett til juridisk bistand. Bistanden skal ytes på alle stadier av saken og det settes ikke vilkår utover at barnet er frihetsberøvet. Videre gis det anvisning på at bistanden skal gis ”omgående”. Dette viser til en streng standard. FNs barnekomité har uttalt at bistanden ikke må komme fra advokat eller annen rettsjelper. En sosialarbeider som innehar den juridiske kompetansen som trengs for å beskytte barnet, kan oppfylle kravet til juridisk bistand.¹⁶³ Både i Beijing- og JDL-reglene oppfordres det til at den juridiske bistanden skal være gratis, jf. Beijing-reglene art. 15.1 og JDL art. 18(a).

I norsk rett finnes ingen egne regler for barn når det kommer til juridisk bistand, men barn er sikret gjennom de generelle reglene i straffeprosessloven. Strpl. § 94 bestemmer at siktede har rett til å ha forsvarer på ethvert trinn av saken. Er det klart at siktede ikke vil bli løslatt innen 24 timer etter pågrepelse, skal forsvarer straks oppnevnes, jf. strpl. § 98. Når det gjelder hovedforhandling skal siktede i hovedsak alltid ha forsvarer, jf. strpl. § 96(1). Det kan gjøres unntak fra dette etter strpl. § 96(1)1-3. For saker som pådømmes som tilståelsessaker etter strpl. § 247, gjelder egne regler i strpl. § 99. Her er det kun i de saker det er tale om å idømme ubetinget frihetsstraff i mer enn 6 måneder, siktede skal ha forsvarer, jf. strpl. § 99. Utgangspunktet er med andre ord at siktede ikke har rett på forsvarer etter strpl. § 99. Utenfor de tilfellene hvor loven ramser opp at siktede har rett til forsvarer, gir strpl. § 100(2) rett til oppnevning av offentlig forsvarer. Det må da foreligge ”særlige grunner”. Barns unge alder kunne i utgangspunktet antas å være en slik særlig grunn, men barnets unge alder kvalifiserer ikke alene til dette.¹⁶⁴

¹⁶³ CRC, General Comment no. 10 pkt. 23f

¹⁶⁴ Larsen i Høstmælingen s. 122

Strpl. § 94, jf. strpl. § 98 oppfyller i utgangspunktet kravet til juridisk bistand på alle trinn av saken, jf. BK art. 37d. Imidlertid gjør BK art. 37d ingen unntak fra retten til å la seg bistå av forsvarer. Dette gjøres som vist både i strpl. § 96(1)1-3 og strpl. § 99. Etter norsk rett, har derfor ikke barn krav på forsvarer i ethvert tilfelle. Imidlertid kan barnet selv skaffe juridisk bistand. Kostnadene vil da ikke dekkes av det offentlig, jf. strpl. § 107. Få barn vil ha muligheten og økonomien til å skaffe juridisk bistand på egen hånd. For at det skal være noen realitet i retten til forsvarer, bør det offentlige ta regningen. FNs barnekomité har uttalt at retten til å la seg bistå av forsvarer, bør være gratis.¹⁶⁵ Dette støttes også av JDL-reglene art. 18(a) som sier at mindreårige bør ha rett til gratis juridisk bistand, hvor det er mulig. En annen svakhet ved straffeprosessloven er at siktede skal ha ”forsvarere straks det er klart at han ikke vil bli løslatt innen 24 timer”, jf. strpl. § 98(1). I de tilfellene hvor barnet blir pågrepet, men ikke blir sittende mer enn 24 timer, vil barnet ikke ha krav på forsvarer. Det er med andre ord ikke en ubetinget rett til forsvarer i norsk rett.

Norsk rett er ikke i samsvar med BK art. 37d vedrørende juridisk bistand.

3.3.5 Overprøving og rask avgjørelse

Barnet har rett til å få prøvd lovligheten av frihetsberøvelsen og få en rask avgjørelse, jf. BK art. 37d. FNs barnekomité har uttalt at lovligheten av frihetsberøvelsen bør prøves innen 24 timer.¹⁶⁶ Beijing-reglene gir anvisning på at spørsmålet om løslatelse må bli avgjort uten forsinkelser.¹⁶⁷ Videre anbefales det at frihetsberøvelsen prøves regelmessig, fortrinnsvis annenhver uke ved varetektsfengsling.¹⁶⁸ Ellers har komiteen uttalt at den sammenlagte lengden på varetekt bør være så kort som mulig. Varetekt bør i det hele tatt være et unntak.¹⁶⁹ FNs barnekomité har også uttalt at det ikke bør gå mer

¹⁶⁵ CRC, Concluding Observations St Vincent and the Grenadines, para. 53

¹⁶⁶ CRC, General Comment no. 10 pkt 28b

¹⁶⁷ Beijing-reglene art. 10.2

¹⁶⁸ CRC, General Comment No. 10 pkt. 28b

¹⁶⁹ CCPR, General Comment No. 08 pkt. 3

enn 30 dager fra et barn er satt i varetekt, til saken bringes inn for domstolen.¹⁷⁰ Bolivia ble av barnekomiteen kritisert for å beholde barn i varetekt i opptil 45 dager før saken ble brakt inn for domstolen.¹⁷¹ Når det gjelder endelig avgjørelse må det treffes i løpet av seks måneder etter at siktelsen ble tatt ut.¹⁷²

Etter norsk lovgivning skal den pågrepne fremstilles for retten snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågrepelse, jf. strpl. § 183(1). Tidsfristen for fengsling skal være så kort som mulig, og ikke overstige 4 uker, jf. strpl. § 185(1). Når det gjelder tidsperspektivet frem til avgjørelse etter hovedforhandling, kan det gå opp til 12 uker, jf. strpl. § 249(2), jf. strpl. § 275(2).¹⁷³

Slik det fremstår, anvender Norge lengstefrister som går langt utover barnekomiteens anbefalinger. For fremstilling etter pågrepelse kan det etter norsk rett gå opp til tre dager, mens 24 timer er anbefalingen fra barnekomiteen. Varetektsfengsling kan skje for fire uker av gangen etter strpl. § 185(1), mens barnekomiteen anvender perioder på to uker av gangen. Når det gjelder tidsfristen for å få saken inn for domstolen, gis det i norsk rett maksimalt 12 uker. Dette stemmer ikke overens med barnekomiteens uttalelser om maks 30 dager, eller deres kritikk av Sveits som hadde beholdt barn i varetekt opptil 45 dager.

Lengstefristene i norsk rett går altså ut over barnekomiteens anbefalinger. Imidlertid er dette som sagt lengstefrister, og det søkes at avgjørelsene tas raskest mulig. Vi kan derfor se på realiteten med henblikk på hvor raskt avgjørelser faktisk blir tatt. Jeg har også nå tatt utgangspunkt i de sakene i lovdata hvor BK art. 37 er påberopt.¹⁷⁴ Seks av disse sakene omhandler varetektsfengsling. I en av sakene ble mistenkte varetektsfengslet på grunnlag av utlendingsloven, og saken vil derfor ikke være illustrerende i denne sammenheng. I de fem sakene¹⁷⁵ som da er til illustrasjon, ble de

¹⁷⁰ CRC, General Comment no. 10 pkt. 28b

¹⁷¹ CRC, Concluding Observations: Bolivia, para. 11

¹⁷² CRC, General Comment no. 10 pkt. 28b

¹⁷³ Se nærmere om dette i punkt 3.2.3

¹⁷⁴ Søk på lov-1999-05-21-30-bk-a37 i strafferettsbasene

¹⁷⁵ Rt.2009 s. 1025, Rt.2005 s. 358, Rt.2004 s. 1655, RG.2008 s. 160, LF.2008-102133

mistenkte fengselet for en periode på fire uker i førsteinstans. I Rt. 2009 s. 1025 gikk man enda lenger og fengslet en 17 år gammel gutt for en periode på åtte uker, jf. strpl. § 185(1). I to av sakene ble anken tatt til følge, og varetektsperioden satt til mindre enn fire uker. Vi ser også at en 15 år gammel gutt i Rt. 2004 s. 1655 ved annengangs fengsling bare ble fengslet for en periode på to uker, mens en 16 år gammel gutt i RG 2008 s. 160 først ble fengslet for to uker av gangen, før han deretter ble fengslet for fire uker. Positivt er at retten i to av sakene på et tidspunkt går under lengstefristene. Imidlertid synes det som om førsteinstansen har en tilbøyelighet til å anvende lengstefristen på fire uker, tross at det er tale om barn.

Når det gjelder den sammenlagte varigheten av varetektsfengsling kan vi se på tall fra advokatforeningens undersøkelse. 6 av de 10 intervjuede guttene satt i varetekt. Disse satt varetektsfengslet gjennomsnittlig i 55 dager.¹⁷⁶ Bolivia ble kritisert for å holde barn varetektsfengslet i 45 dager sammenhengende. Vi ser med dette at Norge går enda lenger enn Bolivia, og ville antakelig mottatt den samme kritikken.¹⁷⁷ I tillegg går norsk rett langt utover den maksimalt anbefalte lengden for varetekt som komiteen legger til grunn i generell kommentar nr. 10.

Norsk rett er verken i teori eller praksis i tråd med BK art. 37d når det kommer til overprøving og rask avgjørelse.

4 Avsluttende bemerkninger

Hovedproblemstillingen i oppgaven har vært hvorvidt norsk rett oppfylder kravene til BK art. 37. Jeg har undersøkt hvorvidt det må gjøres endringer for at norsk rett skal være i samsvar med BK art 37. Avslutningsvis vil jeg redegjøre for hva som gjenstår for at norsk rett skal tilfredsstille BK art. 37.

¹⁷⁶ Supplerende rapport 2009 s. 41

¹⁷⁷ Forutsatt at tallene fra Advokatforeningens undersøkelse gjelder fra pågripelse til hovedforhandling. Da ingen av de som ble satt i varetekt senere ble idømt fengselsstraff ut i fra tabellen, synes dette riktig.

BK art. 37a er i utgangspunktet i tråd med norsk rett, men det reises særskilte spørsmål ved bruk av isolasjon. Isolasjon må anses som brudd på torturforbudet i BK art. 37a. For å løse dette, bør det innføres en bestemmelse som gir anvisning på at barn ikke kan isoleres. I NOU 2008:15 har man sett konsekvensen av isolasjon og foreslått å innføre forbud mot bruk av fullstendig isolasjon i straffeprosessloven. Etter straffgjennomføringsloven har man foreslått at isolasjon kun kan anvendes hvor det er særlig påkrevd. Blir disse endringene lovfestet, vil man hindre at barn isoleres mens de sitter i varetekt eller soner dom. Imidlertid må det også en endring til i bruken av politiarrest for å hindre isolasjon på alle stadier av frihetsberøvelsen.

Norsk rett oppfylder kravet til at pågripelse, frihetsberøvelse og fengsling kun kan skje på lovlig måte, jf. BK art. 37b. Imidlertid er ikke norsk rett i samsvar med kravene om at pågripelse, frihetsberøvelse og fengsling kun kan anvendes som siste utvei og for kortest mulig tid. Selv om vi har sett en positiv utvikling ved utvidet bruk av samfunnsstraff i HR-2010-001849, er problemet at norsk rett mangler flere alternative til fengsel. Også dette har man sett i NOU 2008:15 og foreslått innføring av stormøte som alternativ straffereaksjon. Dette er et skritt i riktig retning, men som vi har sett er det viktig at stormøte ikke blir et alternativ til betinget fengsel i stede for ubetinget fengsel. Det må også opprettes alternative tiltak på arrest- og varetektsstadiet for at norsk rett skal oppfylle kravet til siste utvei i BK art. 37b.

Når det kommer til pågripelse, frihetsberøvelse og fengsling for kortest mulig tid, har vi sett at norsk rett ikke samsvarer med barnekonvensjonen. Verken fristene for politiarrest eller varetektsfengsling oppfylder kravene som følger av BK art. 37b. I NOU 2008: 15 har man foreslått at varetektsfengsling må prøves annen hver uke for barn. Dette er også et skritt i riktig retning, men også tidsperspektivet for den totale lengden av politiarrest og varetekt må reguleres for at norsk rett skal samsvare med BK art. 37b.

Norsk rett bryter også med BK art. 37c da barn og voksne fengsles sammen uten at dette er hjemlet i barnets beste. I NOU 2008:15 foreslår man å innføre ungdomsfengsler. Dette vil kunne løse problemet med at barn og voksne fengsles sammen, men vi har sett at dette kan være vanskelig å forene med nærhetsprinsippet. I

utredningen har man også tatt konsekvensen av dette og skissert et system som skal sikre at kommunikasjon med familien opprettholdes. En forutsetning for opprettholdelse av kommunikasjon, er å innføre forbud mot brev- og besøksforbud. Dette er foreslått i straffeprosessloven.

I BK art. 37c legger man opp til at fengselsmiljøet skal være tilrettelagt for barn. Slik situasjonen er nå, finnes det ingen bestemmelser som tilrettelegger for barn. Dette er foreslått i NOU 2008:15. De fysiske forholdene samt personalkompetansen skal tilpasses barnets behov.

Også i forhold til BK art. 37d finnes det utfordringer i norsk rett. Slik situasjonen er i dag har ikke barn ubetinget rett til juridisk bistand. Utredningen forslår at mistenkte under 18 år alltid skal ha forsvarer hvor det er fare for ubetinget fengselsstraff. Dette vil gi juridisk bistand fra og med varetektsstadiet. På pågripelsesstadiet vil barnet fortsatt ikke ha rett på juridisk bistand før det har gått 24 timer.

Vi har også sett at norsk rett går utover fristene for overprøving av frihetsberøvelse. Fristen for varetektsfremstilling, varetektsperioden og den sammenlagte varetektstiden må settes ned før norsk rett er i samsvar med BK art. 37d.

Konklusjonen min er at norsk rett står ovenfor flere utfordringer når det kommer til pågripelse, frihetsberøvelse og fengslig av barn. NOU 2008:15 redegjør imidlertid for lovendringer som vil sørge for at norsk rett vil komme et skritt nærmere oppfyllelsen av BK art. 37.

Regjeringen uttalte i Soria Moria-erklæringen at man ville styrke og sikre barns rettigheter slik at norsk rett samsvarer med barnekonvensjonen. Gjennom avhandlingen har jeg vist at dette er et arbeid man er godt i gang med, men det må fortsatt gjøres endringer for at norsk rett skal være i samsvar med barnekonvensjonen.

Litteraturliste

4.1 Litteratur

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

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

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

Detrick, Sharon: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Haag, 1999.

Detrick, Sharon: The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the "Travaux Préparatoires". Dordrecht, 1992.

Høstmælingen, Njål: Internasjonale menneskerettigheter. Oslo, 2003.

Larsen, Mette Yvonne: Barn som aktører i straffesakskjeden – et internasjonalt perspektiv. I: Barnerett – i et internasjonalt perspektiv. Redigert av Mary-Ann Hedlund. Bergen, 2008.

Larsen, Mette Yvonne: Rettigheter for barn i konflikt med loven. I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. Redigert av Njål Høstmålingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Oslo, 2008.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein: Innføring i folkerett, 3. utg. Oslo, 2006.

Schabas, William og Helmut Sax: Article 37 Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty. I: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Redigert av André Alen ...[et al.]. Leiden, 2006.

Søvig, Karl Harald: Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet med mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett. Bergen 2009.

Smith, Lucy: FNs konvensjon om barnets rettigheter. I: Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge. Redigert av Njål Høstmålingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg. Oslo, 2008.

Van Bueren, Geraldine: The International Law on the Rights of the Child. Dordrecht, 1995.

Willie, Petter F: Oversikt over internasjonale rettskilder og aktiviteter med fokus på barn og barns rettigheter. I: Barnerett – i et internasjonalt perspektiv. Redigert av Mary-Ann Hedlund. Bergen, 2008.

4.2 Artikler

Falck, Sturla: Barn og straff: Barnefengsel ikke noe nytt. I: Et Tidsskrift fra Fellesorganisasjonen. Fontene nr. 1/2009 s. 42-43.

Fornes, Ingunn: Varetektsfengsling av barn. I: Kritisk Juss nr. 2/2006 s. 87-107.

Gamman, Tor: Om bruk av isolasjon under varetektsfengsling. I: Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab nr. 1/2001, s. 42-49.

Knoff, Richard H: Skadevirkning av isolering. I: Tidsskrift for kriminalomsorg nr. 3/1983 s. 119-123.

Sidsel Skotland: Barnefengsel. I: Rus og Samfunn nr. 2/2010 s. 14-16.

Tonna, Erika og Hanne Jule: Etablering av ungdomsenheter. I: Aktuelt for kriminalomsorgen nr. 3/2009, s. 4.

4.3 Rapporter

Barne- og likestillingsdepartementet og Utenriksdepartementet: Barnets rettigheter. Norges fjerde periodiske rapport til FNs komité for barnets rettigheter - 2008

Supplerende rapport 2009 – til Norges fjerde rapport til FNs komité for barns rettigheter

Soria moria erklæringen – plattform for regjeringssamarbeid mellom AP, SV og Venstre 2005-09

4.4 Nettdokumenter

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3837051.ece>

<http://www.barneombudet.no/sfiles/97/92/1/file/08-02015-2-horing-nou-2008-15-om-barn-og-straft-212688-ii.pdf>

<http://www.barneombudet.no/sfiles/06/02/2/file/brev-til-justisdep.pdf>

<http://www.dagsavisen.no/innenriks/article465138.ece>

http://www.krom.no/aktuelt_more.php?id=128_0_32_0_C

<http://www.lnu.no/pages/side.aspx?nr=14081>

<http://www.nettavisen.no/nyheter/article2711777.ece>

4.5 Lover, forarbeider, offentlig publikasjoner

Norges Riges Grundlov av 17. mai 1814.

Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 20. mai 1901.

Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927.

Lov om barn og foreldre (barnelova) av 08. april 1981.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981.

Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992.

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

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

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

Forskrift om bruk av politiarrest av 20. juni 2006.

Riksadvokatens Rundskriv om konfliktråd nr. 2/1993

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

Ot. Prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot. Prp. nr. 31 (2006-2007) Om lov om endringer I straffeprosessloven mv.

St. Prp. nr. 104 (1989-1990) Om samtykke til ratifikasjon med visse forbehold, av de Forente Nasjoners konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter.

Innst. S. nr. 7 (1989-1990)

St.meld. Nr. 20 (2005-2006) Alternative straffereaksjonar overfor unge lovbrutarar

NOU 2008: 15 Barn og straff

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1992: 23 Ny straffelov

NOU 1985: 3 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks

4.6 Domsregister

Rt. 2001 s. 1006

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2004 s. 1655

Rt. 2005 s. 358

Rt. 2005 s. 1567

Rt. 2008 s. 513

Rt. 2009 s. 321

Rt. 2009 s. 1025

Rt. 2009 s. 903

HR. 2010-001849

RG-2008-160

LF-2008-102133

4.7 Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), 1999.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), 1966.

FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling (TK), 1984.

FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK), 1989.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1966

4.8 Internasjonale retningslinjer og anbefalinger

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules), 1985.

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (JDL), 1990.

Committee on the Rights of the Child, Days of general discussion: Juvenile Justice 1995.

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment and other cruel or degrading forms of punishment: 02.03.2007

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 10: Children's rights in Juvenile Justice: 25.04.2007.

Human Rights Committee, General Comment No. 7: Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Art. 7): 30.05.1982.

Human Rights Committee, General Comment No. 08: Right to liberty and security of persons (Art. 9): 30.06.1982.

Human Rights Committee, General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10.03.1992.

Human Rights Committee, General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992.

Committee for the Prevention of Torture (Council of Europe): Report to the Norwegian government to the visit to Norway carried out by the European committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment. 11.04.2006

General Assembly resolution 3452 (XXX): Declaration on the protection of all persons from being subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. 09.12.1975.

Committee on the Rights of the Child, concluding observations: Gambia (UN Doc. CRC/C/15/Add. 165, 2001)

Committee on the Rights of the Child, concluding observations: United Kingdom (UN Doc. CRC/C/15/Add.188, 2002)

Committee on the Rights of the Child, concluding observation: St Vincent and the Grenadines (UN Doc. CRC/C/15/ADD. 184, 2002)

Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations: Bolivia (UN Doc. CRC/C/15/Add. 1, 1993)

Committee on the Rights of the Child, concluding observations: Liberia (UN Doc. CRC/C/15/Add. 236, 2004)

Committee on the Rights of the Child, concluding observations: Japan (UN Doc. CRC/C/15/Add. 231, 2004)

Committee on the Rights of the Child, concluding observations: Norway (UN Doc. CRC/C/NOR/CO/4, 2010)

5 Tabeller

5.1 Advokatforeningens undersøkelse av barn i fengsel

Fengsel	Født	Alder ved innsettelse	Varetekt lengde	Soning lengde	Sitter på avdeling med voksne	Deler celle med voksen innsatt (alder på den andre innsatte)	Kollektiv isolasjon med innelåsning på celle 23 timer pr døgn, hvor lenge	Fysisk/psykisk sykdom, subjektive plager	Besøk av familie siste 10 døgn før intervjuet, hvis ikke hvor lenge siden sist
Larvik	1991	17		15 dg	ja	ja (23)	ja, 6 dager	ADHD	Nei, 15 dager
Horten	1992	16	27 dg		ja	ja (41)	ja, 12 dager	ADHD, angst	Nei, 21 dager
Ringerike	1990	16		160 dg	ja	nei	ja, 105 dager	ADHD, angst	Nei, 28 dager
Oslo	1992	15	62 dg		ja	nei	ja, 12 dager	ADHD	Nei, 62 dager
Oslo	1989	17		150 dg	ja	nei	ja, 23 dager	Angst, krigstraumer	Nei, uklart
Oslo	1991	17	90 dg		ja	nei	nei	Angst, redsel	Nei, 90 dager
Kongsvinger	1991	16	12 dg		ja	nei	ja, uklart	ADHD	ja
Kragerø	1991	17	11 dg		ja	nei	nei	ADHD	Nei, 11 dager
Stavanger	1990	17	133 dg		ja	nei	ja, 90 dager	Angst, redsel	ja
Skien	1991	15		210 dg	ja	ja (19)	ja, 60 dager	ADHD	Nei, 50 dager