

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Terskelen for å fengsle unge lovbrytere vurdert i lys av Barnekonvensjonen

Kandidatnummer: 591

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 090



## Innholdsfortegnelse

<b>1 INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1 Oppgavens tema.....	1
1.2 Kort om tolkning og anvendelse av Barnekonvensjonen .....	2
1.3 Avgrensninger og presiseringer .....	4
1.4 Den videre fremstillingen .....	5
<b>2 STRAFFERETTENS BESTEMMELSER OM FENGSLING AV BARN .....</b>	<b>6</b>
2.1 Innledning og lovgrunnlag.....	6
2.2 Hensyn bak reglene.....	7
2.2.1 Rettssikkerhet og straffverdighet.....	7
2.2.2 Allmennprevensjon.....	8
2.2.3 Individualprevensjon .....	9
2.3 Vilkår for å idømme barn frihetsstraff.....	11
2.3.1 Generelt .....	11
2.3.2 Vilkåret ”særlig påkrevd” .....	11
2.3.3 Forholdet til samfunnsstraff .....	13
<b>3 UNGE LOVBRYTERES VERN ETTER BARNEKONVENSJONEN .....</b>	<b>17</b>
3.1 Innledning og lovgrunnlag.....	17
3.2 Grunnprinsippene.....	18
3.2.1 Innledning.....	18
3.2.2 Barnets beste.....	18
3.2.3 Øvrige grunnprinsipper .....	20
3.3 Vilkåret ”siste utvei” .....	23
<b>4 NÆRMERE OM TERSKELEN FOR Å IDØMME BARN FRIHETSSTRAFF..</b>	<b>25</b>
4.1 Innledning .....	25

4.2	Barnets alder i reaksjonsfastsettelsen .....	26
4.3	Lovbruddets art .....	32
4.3.1	Innledning .....	32
4.3.2	Sedelighetsforbrytelser .....	32
4.3.3	Forbrytelser mot liv, legeme og helbred .....	37
4.3.4	Vinningsforbrytelser .....	42
4.4	Betydningen av konkurrans – Én handling før og én etter fylte 18 år .....	46
4.5	Kan frihetsstraff benyttes overfor tidligere ustraffede barn? .....	49
4.6	Grensen nedad til samfunnsstraff .....	53
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>57</b>
<b>6</b>	<b>KILDEREGISTER.....</b>	<b>61</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Denne avhandlingen omhandler terskelen for å benytte frihetsstraff overfor barn, vurdert i lys av FNs barnekonvensjon (BK). Frihetsstraffen er generelt den mest inngripende straffen, og vil være særlig belastende å gjennomføre for barn. Ved de mest alvorlige lovovertrедelser taler likevel hensynet til samfunnsvernet for at det kan være nødvendig å reagere med denne reaksjonen i helt spesielle tilfeller. Barn i konflikt med loven risikerer derfor å måtte sone en ubetinget fengselsstraff ved alvorlige eller gjentatte lovbrudd. Til enhver tid sitter det ca. ti barn i norske fengsler, og dette antallet har holdt seg stabilt over år.<sup>1</sup> Norge er ikke forpliktet til å ha forbud mot frihetsberøvelse av mindreårige, men den nåværende regjeringen sitt mål er at ingen barn skal settes i fengsel.<sup>2</sup>

Generelt vil handlingens objektive grovhet og lovbrøterens skyld være sentralt i en reaksjonsfastsettelse.<sup>3</sup> Imidlertid er ikke den strafferettslige skyldenvnen like godt utviklet hos barn, fordi de ikke har den samme modenhet og moralske innsikt som voksne personer.<sup>4</sup> Barn over den kriminelle lavalder er beskyttet av Barnekonvensjonen. Spørsmålet er i denne sammenheng hvilken betydning Barnekonvensjonen får for fastsettelse av straffereaksjon der gjerningspersonen er mellom 15 og 18 år.

I januar 2012 kom det lovendringer om barn og straff. Det er foretatt endringer både for pågrepelse og varetektsfengsling av barn samt for fastsettelse og gjennomføring av straff. Straffeloven av 1902 (strl.) § 18 er nå i overensstemmelse med § 33 i den nye straffeloven

---

<sup>1</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 19.

<sup>2</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 99 og 9.

<sup>3</sup> NOU 2008:15 s. 135.

<sup>4</sup> Mæland (2012) s. 204.

av 2005, og må ses i lys av BK artikkel 37 bokstav b om at fengsling skal være ”siste utvei”. Lovgiver har gjennom å kodifisere tidligere rettspraksis styrket de unge lovbrüternes rettigheter, men gir ikke noe absolutt forbud mot å idømme barn frihetsstraff.<sup>5</sup>

Hovedtemaet i avhandlingen er terskelen for fengsling av barn vurdert i lys av Barnekonvensjonen. Hvor går grensen for å benytte frihetsstraff overfor barn? Jeg vil forsøke å peke på typiske momenter som trekker i retning for og imot fengsel som straffereaksjon for personer under 18 år. Blant annet vil jeg se nærmere på betydningen av barnets alder, lovbruddets art, konkurrenstilfeller ved handlinger begått før og etter 18 år, og om frihetsstraff kan benyttes overfor tidligere ustraffede barn. Siden fengselsstraffen grenser nedad til samfunnsstraff vil terskelen for å idømme ubetinget fengsel avhenge av samfunnsstraffens rekkevidde. Forholdet til samfunnsstraff vil derfor også bli behandlet. I tillegg til lovtekst og forarbeider, vil problemstillingene i hovedsak bli belyst ved bruk av rettspraksis. Det finnes lite juridisk teori om temaet barn og frihetsstraff. Den juridiske teorien knytter seg stort sett til spørsmålet om barn og bruk av varetektsfengsling.

## **1.2 Kort om tolkning og anvendelse av Barnekonvensjonen**

Etter menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 er Norge folkerettslig forpliktet til å følge FNs barnekonvensjon av 20. november 1989, da den gjelder som norsk lov, og skal etter § 3 gå foran norsk lovgivning ved motstrid. Norge inkorporerte konvensjonen i 2003.<sup>6</sup> At Barnekonvensjonen er en konvensjon, og ikke en erklæring, betyr at den er rettslig bindende for de statene som ratifiserer den.<sup>7</sup> Det tydeliggjør at barn også er rettssubjekter, og deres særlige behov skal bli ivaretatt gjennom konvensjonen.

---

<sup>5</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 100 og 159.

<sup>6</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 27.

<sup>7</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 17.

Siden Barnekonvensjonen er bindende for Norge, må vi også følge de prinsippene som konvensjonen legger til grunn. Barnekonvensjonen oppstiller fire grunnleggende prinsipper som vil få betydning ved tolkningen av de øvrige artiklene i konvensjonen; vernet mot diskriminering, hensynet til barnets beste, retten til liv og utvikling, og retten til å bli hørt.<sup>8</sup> Disse grunnprinsippene vil bli nærmere omtalt i punkt 3.2. I denne avhandlingen vil grunnprinsippene være relevante for tolkningen av BK artikkel 37 bokstav b om fengsling av mindreårige. Etter forarbeidene til menneskerettsloven vil håndhevingsorganenes rettskildebruk også være naturlig å legge vekt på.<sup>9</sup> Det vil for Barnekonvensjonen være FNs Barnekomité sin rettskildebruk som vektlegges.

FNs Barnekomité er Barnekonvensjonens håndhevingsorgan, jf. BK artikkel 43.<sup>10</sup> De overvåker statenes gjennomføring, og skal gi partene veiledning og anbefalinger om tolkning av Barnekonvensjonen.<sup>11</sup> Barnekomiteens såkalte *General comments* er ikke bindende for statene, men bør bli vektlagt i den nasjonale anvendelsen av bestemmelsene ettersom tolkningene er i tråd med folkerettslig metode.<sup>12</sup> Vekten av kommentarene vil variere ut fra hvor klart de er utformet.<sup>13</sup> Barnekomiteens Generelle kommentar nr. 10 fra 2007 inneholder rådgivende uttalelser for hvordan rettighetene til barn som er i konflikt med loven skal tolkes. Disse er oversatt til norsk av Barne- og likestillingsdepartementet, for å gjøre den mer tilgjengelig.<sup>14</sup> Siden denne avhandlingen gjelder terskelen for når barn kan idømmes frihetsstraff, vil de relevante kommentarene fra Barnekomiteen i hovedsak

---

<sup>8</sup> Generell kommentar nr.10 s. 4 og Barnekonvensjonen (2012) s. 19.

<sup>9</sup> NOU 2008:15 s. 99.

<sup>10</sup> NOU 2008:15 s. 99.

<sup>11</sup> BK artikkel 43, Generell kommentar nr.10 punkt 4.

<sup>12</sup> NOU 2008:15 s. 100.

<sup>13</sup> NOU 2008:15 s. 100.

<sup>14</sup> <http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/rettighets/arkiv/generelle-1/>

være kommentarene som knyttet seg til barnets beste etter BK artikkel 3 og om fengsling av barn etter BK artikkel 37 bokstav b.

Barnekomiteen gir rapporter til de enkelte medlemsstatene som har ratifisert konvensjonen, der hver stat har en rapporteringsplikt til Barnekomiteen for gjennomføringen av konvensjonen, jf. BK artikkel 44. Norske domstoler må se hen til Barnekomiteens tolkning av Barnekonvensjonen, og følge med i utviklingen på hvordan konvensjonen skal forstås internasjonalt, dersom den skal ha reell betydning.<sup>15</sup>

### **1.3 Avgrensninger og presiseringer**

Oppgaven vil omhandle frihetsberøvelse i form av ubetinget soning i fengsel. Det kalles også frihetsstraff, og domstolen kan gi barnet denne straffereaksjonen dersom den tiltalte blir funnet skyldig i lovbrudd. Fengsel i form av varetektsfengsling og betinget fengsel vil bli holdt utenfor.

Etter BK artikkel 1 er man barn til man fyller 18 år. Personer under 18 år blir gjerne omtalt som både mindreårige, barn og ungdom. Den kriminelle lavalderen i Norge er imidlertid mye lavere enn myndighetsalder. Etter strl. § 46 kan ingen straffes før de fyller 15 år. I avhandlingen vil jeg benytte både ”barn” ”mindreårige” og ”unge lovbrøyttere” som begreper for personer mellom 15 og 18 år - altså fra første sekund den dagen man fyller 15 til siste sekund den dagen man er 17 år. Jeg vil gå inn i den rettslige betydningen av straffereaksjon for denne aldersgruppen.

Straffesaker mot lovbrøyttere under 18 år følger de vanlige saksbehandlingsreglene i straffeprosessloven med noen særregler. Dersom påtalemyndighetene finner den mistenkte skyldig kan de enten treffe vedtak om fritak (strpl. § 69), bestemme at saken skal overføres til konfliktrådet (strpl. § 71a) eller ta ut tiltale (strpl. § 249). Min avhandling vil omhandle

---

<sup>15</sup> NOU 2008:15 s. 100.

tilfellene der det blir tatt ut tiltale mot barnet. Jeg avgrenser mot konfliktrådsbehandling. Reglene om den nye ungdomsstraffen som har blitt vedtatt, men ikke har trådt i kraft, vil bli holdt utenfor.<sup>16</sup>

I forbindelse med reaksjonsfastsettelsen i straffesaker må også straffens *lengde* utmåles. Utgangspunktet er at straffen utmåles etter alminnelige straffutmålingsprinsipper, hvor ung alder er et formildende moment i vurderingen. Jeg velger å avgrense mot denne delen av straffutmålingen, og vil bare konsentrere meg om hva som skiller idømmelse av fengselsstraff fra andre reaksjoner. Dersom barnet blir idømt fengselsstraff vil jeg altså ikke se nærmere på selve omfanget av den, og ikke ”for et kortest mulig tidsrom” etter BK artikkel 37 bokstav b. Ansvarslæren og fullbyrdelseslæren blir også holdt utenfor.

#### **1.4 Den videre fremstillingen**

I den følgende fremstillingen vil jeg i kapittel 2 se på reglene om frihetsstraff for barn etter norsk strafferett. Det vil bli redegjort for hensynene bak reglene og det juridiske innholdet i dem. Kapittel 3 vil ha til formål å gjøre rede for rettighetene etter Barnekonvensjonen og deres rekkevidde. I kapittel 4 foretas en drøftelse av reglene med utgangspunkt i rettspraksis. Avslutningsvis vil det fremsettes noen rettspolitiske betraktninger.

---

<sup>16</sup> Ungdomsstraffen er en ny straffereaksjon som er ment som et alternativ til ubetinget fengsel, og i enkelte tilfeller til samfunnsstraff. Reaksjonen skal gjennomføres i regi av konfliktrådet, og skal henholdsvis bestå av ungdomsstormøte og en ungdomsplan som inneholder kriminalitetsforebyggende tiltak, jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105.



## 2 Strafferettens bestemmelser om fengsling av barn

### 2.1 Innledning og lovgrunnlag

Reglene i straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10 får i utgangspunktet anvendelse på alle straffbare handlinger. Barn som rettssubjekt er imidlertid beskyttet av noen særbestemmelser. De relevante særbestemmelsene for oppgavens tema er strl. §§ 18 og 28 a annet ledd. Disse bestemmelsene ble endret ved lov av 20. januar 2012 nr. 6, og trådte i kraft straks.

Den tradisjonelle definisjonen av straff er:

”Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.”<sup>17</sup>

Staten gir altså lovbrøteren en straffereaksjon som skal stå i samsvar med straffverdigheten til lovovertrædelsen. Straffen skal være et tilsiktet onde, og lovovertræderen skal også subjektivt føle det som et onde. Det følger av forarbeidene til straffeloven at straffens formål er å styre atferden i fremtiden, og å bidra til et samfunn som man ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig.<sup>18</sup> Prevensjonsformålet er dobbelt ved å forebygge uønsket atferd, og ved å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje.<sup>19</sup> Dette kommer jeg tilbake til i punkt 2.2.2 og 2.2.3.

Begrunnelsene for å straffe har innvirkning på reaksjonsfastsettelsen ettersom en rekke forhold ved handlingen vil være skjerpene eller formildende. Domstolene legger også vekt

---

<sup>17</sup> Andenæs (2004) s. 10 og Rt. 1977 s. 1207.

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 77.

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 78.

på hvilken virkning straffen vil få.<sup>20</sup> Kan man oppnå samme nytten uten å påføre et onde, vil det påførte ondet ikke ha noen nytte.<sup>21</sup> Når det gjelder begrunnelsen for å straffe reiser det seg noen særlige problemstillinger når lovbyteren er et barn. Hvilken betydning det har at barn har en lavere evne til straffeskyld enn voksne, og hvilken betydning det har at straffen ofte vil være mer belastende for unge enn for voksne lovbytere, er to sentrale problemstillinger ved reaksjonsfastsettelsen og straffutmålingen.<sup>22</sup>

Fremstillingens overordnede problemstilling er terskelen for når barn kan bli idømt ubetinget fengselsstraff. Det vil bli behandlet i kapittel 4. Jeg vil nå se på hensynene bak straffelovgivningens regler i punkt 2.2. Deretter vil jeg redegjøre for det rettslige innholdet i vilkåret for å idømme frihetsstraff for barn i punkt 2.3.

## **2.2 Hensyn bak reglene**

### **2.2.1 Rettssikkerhet og straffverdighet**

Straffelovgivningen tar bare sikte på å ramme straffverdige handlinger.<sup>23</sup> Rettsanvenderen skal sørge for at det foreligger et rimelig forhold mellom handlingens straffverdighet og straffen, og det skal legges vekt på rettssikkerhetshensyn.<sup>24</sup>

Graden av straffverdighet vil bero på straffebestemmelsens skyldkrav og strafferamme.<sup>25</sup> Handlinger som er like klanderverdige skal straffes likt, og handlinger som er mer

---

<sup>20</sup> NOU 2008:15 s. 22.

<sup>21</sup> NOU 2008:15 s. 22.

<sup>22</sup> NOU 2008:15 s. 22.

<sup>23</sup> Eskeland (2006) s. 54.

<sup>24</sup> l.c.

<sup>25</sup> l.c.

klanderverdige skal straffes strengere.<sup>26</sup> Dersom man har begått en svært grov handling taler rimelighets- og rettferdighetshensyn for at domstolen idømmer en streng reaksjon. Dette gjelder også for barn. Imidlertid gjør andre hensyn seg gjeldende i totalvurderingen. Er det mindre straffverdig at handlingen er begått av et barn? Hensynet til straffverdighet og hensynet til prevensjon er ofte sammenfallende. Jo mer straffverdig handlingen er, jo større vekt får hensynet til prevensjon.<sup>27</sup> Jeg vil nå se på de allmennpreventive og individualpreventive hensynene i punkt 2.2.2 og 2.2.3.

### 2.2.2 Allmennprevensjon

Hovedformålet med straffen er å motvirke de handlinger som er kriminalisert.<sup>28</sup> Men prevensjonen virker bare avskrekkende på de som har utviklet skyldbevne, og derfor forstod eller burde forstått at handlingen var straffbar. Barn under 15 år er regnet for å være utilregnelige etter norsk rett fordi de ikke har utviklet tilstrekkelig skyldbevne for å straffes.<sup>29</sup> Barn mellom 15 og 18 år ser heller ikke alle konsekvenser, og har en begrenset evne til å utvise strafferettslig skyld sammenlignet med voksne.<sup>30</sup> Det at barn har begrensede evner til å se konsekvensene av sine handlinger svekker allmennprevensjonens betydning.<sup>31</sup>

Tilbakefall er et problem blant unge lovbrøyttere, ettersom 66 % begår ny kriminell aktivitet kort tid etter soning.<sup>32</sup> Det følger av forarbeidene at hensynet til samfunnsvern og

---

<sup>26</sup> Andenæs (1997)

<sup>27</sup> Eskeland (2006) s. 526.

<sup>28</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78.

<sup>29</sup> NOU 2008:15 s. 23.

<sup>30</sup> NOU 2008:15 s. 23.

<sup>31</sup> NOU 2008:15 s. 23.

<sup>32</sup> NOU 2008:15 s. 44.

allmennprevensjon også må tas i betraktning i saker mot barn, men vektleggingen av hensynene bør som hovedregel ikke være like fremtredende som hos voksne lovbytere.<sup>33</sup>

### 2.2.3 Individualprevensjon

Straffereaksjonen skal være et middel for å unngå at forbryteren begår nye straffbare handlinger. Når det gjelder barn tar de mer skade av fengselsstraffen enn voksne, og derfor bør denne reaksjonen unngås for unge lovbytere.<sup>34</sup>

Man ønsker at straffen skal hindre barnet i å begå nye kriminelle handlinger.<sup>35</sup> Forarbeidene presiserer at barn som fortsatt er i utvikling har et særskilt potensial for endring.<sup>36</sup> Troen på at det er lettere ”å snu” en ung lovbyter enn en kriminell voksen, gjør at hensynet til individualprevensjon står sterkere der barn dømmes for straffbare handlinger.<sup>37</sup> Imidlertid er barn også svært forskjellige, og man kan ikke behandle dem for kategorisk. Andenæs mener, ut fra et individualpreventivt synspunkt, at dommerens oppgave kan sammenlignes med legens:

”Det gjelder i hvert enkelt tilfelle å foreskrive den behandlingsmåte som gir størst utsikt til et heldig resultat. Den kur som passer for den ene, passer ikke for den andre. Individualiserende behandling av forbryterne under utnyttelse av psykologiske erfaringer, blir det store krav. Lovgiveren kan imidlertid ikke se ensidig på virkningen for den straffede, han må også se på virkningen for almenheten.”<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s.102.

<sup>34</sup> NOU 2008:15 s.135.

<sup>35</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>36</sup> Innst. 83 L (2011-2012) s. 2.

<sup>37</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>38</sup> Andenæs (1946) s. 493.

Etter forarbeidene må individualpreventive hensyn veie meget tungt ved straffutmålingen når lovbrøyteren er et barn, og straffereaksjonen må ta sikte på å gjøre noe med barnets problemer som en vet øker risikoen for ny kriminalitet.<sup>39</sup> I forarbeidene oppstilles det særlig tre momenter domstolene bør ta hensyn til i vurderingen av om en straffereaksjon kan synes å gi en individualpreventiv effekt, der barn har begått lovbrudd. Det første vurderingsmomentet er å gi en reaksjon som kan motivere barnet til atferdsregulering.<sup>40</sup> For det andre bør reaksjonen være egnet til å fjerne eller redusere risikofaktorer i barnets liv, og samtidig styrke barnets ressurser.<sup>41</sup> Det siste momentet innebærer å gi en reaksjon som engasjerer barnets nettverk, både privat og offentlig, for å redusere risikofaktorene.<sup>42</sup> Slik kan samfunnet gi gode forutsetninger for barn som vil slutte med kriminalitet.

Noe som illustrerer at prevensjonens betydning fortsatt er et omstridt tema, er avskaffelsen og opprettelsen av ungdomsfengslene. Norge avskaffet ungdomsfengslene i 1975 fordi de ikke hadde noen påviselig individualpreventiv effekt.<sup>43</sup> Ved ratifiseringen av Barnekonvensjonen reserverte Norge seg mot BK artikkel 37 bokstav c, om at barn ikke skal sitte i fengsel med voksne hvis det ikke er til barnets beste.<sup>44</sup> Det er bred enighet om at det ikke er til barnets beste å sitte i fengsel med voksne kriminelle slik situasjonen er idag. Derfor har Norge blitt kritisert for ikke å ta hensyn til dette. Imidlertid har regjeringen nå bestemt at ungdomsfengsler skal opprettes igjen.<sup>45</sup> Dette vil gjelde fra og med 2014.

---

<sup>39</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 102.

<sup>40</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>41</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>42</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>43</sup> Eskeland (2006) s. 49.

<sup>44</sup> Møse (2002) s. 169.

<sup>45</sup> <http://www.dagbladet.no/2012/10/18/nyheter/utdanning/innenriks/23923069/>

Hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonen må avveies mot hensynene nevnt ovenfor. Drøftelsene i kapittel 4 vil illustrere hvordan avveiningene av disse hensynene skal foretas.

## **2.3 Vilkår for å idømme barn frihetsstraff**

### **2.3.1 Generelt**

Som allerede nevnt ble strl. § 18 endret ved lov av 20. januar 2012. Den er langt på vei en kodifisering av de senere års rettspraksis.<sup>46</sup> Bestemmelsen samsvarer med § 33 etter ny straffelov for 2005 som er vedtatt, men ennå ikke trådt i kraft. Strl. § 18 lyder nå:

”Den som var under 18 år på handlingstidspunktet, kan bare idømmes ubetinget fengselsstraff når det er *særlig påkrevd*.” (Min kursivering)

Anvendelsesområde for bestemmelsen er begrenset til å gjelde barn mellom 15 og 18 år på handlingstiden. Terskelen for å fengsle barn vil bero på om vilkåret ”særlig påkrevd” er oppfylt. Det vil nå foretas en redegjørelse for det rettslige innholdet i vilkåret for å idømme barn frihetsstraff.

### **2.3.2 Vilkåret ”særlig påkrevd”**

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”særlig påkrevd” skal det svært mye til å sette barn i fengsel. Retten må altså vurdere om straffens formål kan oppnås ved en mildere straff, som for eksempel samfunnsstraff eller betinget fengsel, slik at mindre inngripende alternativer enn frihetsstraff først vil være prøvd.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>47</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 162.

Etter forarbeidene må vilkåret vurderes i relasjon til *lovbruddets art og forholdene ellers*, og der andre reaksjonsformer er tilstrekkelige og hensiktsmessige må disse foretrekkes.<sup>48</sup> Det tolker jeg dit hen at lovbruddets art vil bero på hvor alvorlig lovbruddet objektivt sett er ut fra hvilken skyldgrad som kreves og strafferammens lengde. At ”forholdene ellers” skal vurderes innebærer altså at det ikke finnes noen uttømmende liste av momenter. Det må foretas en bred skjønnsmessig helhetsvurdering der barnets individuelle behov, likhetshensyn, hensynet til samfunnsvern og allmennpreventive hensyn, samt lovbruddets art og grovhet inngår som momenter.<sup>49</sup> Unge gjerningspersoner må bedømmes mildere enn voksne fordi det må antas at de ikke har den samme vurderingsevnen, og fordi straff vil virke mer belastende på dem.<sup>50</sup> Det uttales også i forarbeidene at:

”De negative virkningene av fengselsstraff er velkjente og vil i større grad gjøre seg gjeldene for barn. Det må derfor stilles strenge krav til når ubetinget fengsel skal kunne anvendes.”<sup>51</sup>

Justiskomiteen på Stortinget støtter dette. De viser til at sosial kontroll i større grad skal sikre at ungdom avholdes fra å begå kriminalitet. Komiteen er opptatt av at det ikke virker rehabiliterende på ungdommer å være innesperret sammen med voksne tunge kriminelle, og at det derimot kan virke som en «forbryterskole».<sup>52</sup> Det viktigste for unge lovbrøyttere vil etter komiteens mening være at det kommer en rask, resolutt og riktig reaksjon.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 162.

<sup>49</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 102.

<sup>50</sup> Prop.135L (2010-2011) s. 102.

<sup>51</sup> Prop.135L (2010-2011) s. 100.

<sup>52</sup> Innst. 83 L (2011-2012) s. 4.

<sup>53</sup> Innst. 83 L (2011-2012) s. 4.

Ettersom bestemmelsen er såpass ny, finnes det lite rettspraksis som sier noe om innholdet i ”særlig påkrevd”-vilkåret. Avgjørelsene som har vist til den tilsvarende ordlyden i strl. § 33 av 2005-loven, sier ikke noe utenom det som står i forarbeidene.

Strl. § 18 må tolkes i lys av Barnekonvensjonen artikkel 3 og 37; om hensynet til barnets beste og ”siste utvei”-kravet. Ifølge forarbeidene må hensynet til barnets beste vike der hensynet til samfunnsvernet er tilstrekkelig tungtveiende.<sup>54</sup> Om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende allmennpreventive hensyn vil bero på omstendighetene i den konkrete saken. Hvilken vekt et hensyn skal få i avveiningen beror ikke bare på det relevante hensynets vekt isolert sett, men også på vekten av de andre hensyn som må tas i betraktning.<sup>55</sup> Hvordan denne avveiningen foretas i praksis vil bli behandlet nærmere i kapittel 4.

### 2.3.3 Forholdet til samfunnsstraff

Siden terskelen til ubetinget fengselsstraff grenser nedad til ileggelse av samfunnsstraff, er det relevant å se på reglene som bestemmer rekkevidden av samfunnsstraffen. Etter strl. § 28a første ledd *kan* samfunnsstraff idømmes i stedet for fengsel dersom de tre kumulative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Etter første ledd bokstav a må straffealternativet ikke vært strengere enn fengselsstraff i 1 år, etter bokstav b må hensynet til straffens formål ikke tale mot en reaksjon i frihet, og etter bokstav c må lovbryteren samtykke og ha bosted i Norge. Denne hovedregelen gjelder alle tiltalte, uavhengig av alder. For barn finnes det unntak fra første ledd, som utvider anvendelsesområde for bruk av samfunnsstraff. Strl. § 28a annet ledd ble endret ved lov av 20. januar 2012, og lyder nå:

”Første ledd bokstav a kan fravikes når den straff som ellers ville ha blitt idømt, helt eller delvis ville ha vært betinget, *når lovbryteren var under 18 år på handlingstidspunktet*, og ellers når sterke grunner taler for at samfunnsstraff skal idømmes.” (Min kursivering)

---

<sup>54</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>55</sup> Eskeland (2006) s. 422.



Ordlyden tilsier at unge lovbytere kan idømmes samfunnsstraff også dersom fengselsstraffen ville blitt på mer enn ett år. Endringen i unntaket innebar en tilføyelse av alternativet ”når lovbyteren var under 18 år på handlingstiden”. For barn trenger altså ikke alternativ utmålt fengselsstraff være ett år eller mindre, og det trenger ikke vurderes om "sterke grunner" foreligger for at samfunnsstraff likevel skal benyttes.<sup>56</sup> Samfunnsstraff kan nå anvendes i større utstrekning. At lovgiver lovfester et utvidet anvendelsesområde for bruk av samfunnsstraff, vil være med på å gjøre terskelen høyere for å idømme barn fengselsstraff.

Vilkåret i strl. § 28a første ledd bokstav b om at ”hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet”, vurderes også annerledes der lovbyteren er et barn. Det følger av rettspraksis at avveiningen av straffens formål skal foretas på en annen måte enn for myndige lovbytere. I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1313, hvor en 17 år gammel gutt ble idømt samfunnsstraff for ran, oppstilte Høyesterett en ratio decidendi for hvordan avveiningen mellom de allmennpreventive og individualpreventive hensynene skal foretas.

”Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til.”<sup>57</sup>

I reaksjonsfastsettelsen for barn skal altså de individualpreventive hensynene få en mer fremtredende rolle, enn i straffesaker mot myndige personer. Høyesterett får fram at

---

<sup>56</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 162.

<sup>57</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

hensynet til barnets beste etter BK er et tungtveiende argument i avveiningen, når de sier det skal særlige tungtveiende allmennpreventive hensyn til for at grunnprinsippet må vike. Det gis likevel en mulighet for å benytte frihetsstraff der hensynet til samfunnsvernet er tilstrekkelig tungtveiende.<sup>58</sup> Hvor terskelen går for å idømme frihetsstraff vil bero på om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Formuleringen er vag og skjønnsmessig. Det nærmere innholdet i dette vil jeg komme tilbake til i punkt 4.6.

Samfunnsstraff som straffereaksjon grenser altså oppad til ubetinget fengselsstraff, og grensen mellom disse reaksjonene er skjønnsmessig. Samfunnsstraff kan idømmes dersom de overfor nevnte vilkårene er oppfylt. Det følger av forarbeidene at det skal tas hensyn til både handlingens objektive grovhet og de subjektive forhold for lovbrøyteren i vurderingen av om samfunnsstraff kan ilegges.<sup>59</sup> Da kan lovbrøyterens unge alder blant annet få betydning. Hvor belastende straffen er for den enkelte vil variere med innholdet i straffen; det er samfunnsstraffens straffende formål som gjør straffen til et reelt alternativ til ubetinget fengsel.<sup>60</sup> Mens frihetsstraffen er en frihetsberøvende straff, gjennomføres samfunnsstraffen i frihet med varierende grad av frihetsbegrensning.<sup>61</sup> De ulike programmene skal lære den domfelte ferdigheter som skal til for å mestre et liv uten kriminalitet.<sup>62</sup> Hensynet til individualprevensjon taler for en reaksjon på samfunnsstraff for unge kriminelle. Forarbeidene presiserer også at samfunnsstraffen er et alternativ til ubetinget fengsel, og at denne straffen i økende grad fungerer som et alternativ til slik frihetsstraff.<sup>63</sup> Rettspraksis viser at Høyesterett har benyttet samfunnsstraff i større og større grad overfor unge lovbrøytere de senere årene. Etter min oppfatning har lovdringen

---

<sup>58</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>59</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 95.

<sup>60</sup> NOU 2008:15 s. 145.

<sup>61</sup> NOU 2008:15 s. 145.

<sup>62</sup> NOU 2008:15 s. 145.

<sup>63</sup> NOU 2008:15 s. 145.

ført til en akseptert utvidelse for bruk av samfunnsstraff, og dermed hevet terskelen for å benytte frihetsstraff. Dette er i tråd med ”siste utvei”-kravet etter BK artikkel 37 bokstav b, som det vil bli gjort en redegjørelse for i punkt 3.3.

### 3 Unge lovbryteres vern etter Barnekonvensjonen

#### 3.1 Innledning og lovgrunnlag

Strafferettens område er et av de rettsområder hvor folkeretten har stor innvirkning på norsk rett.<sup>64</sup> At Norge har inkorporert FNs barnekonvensjon viser at den har fått en ekstra sterk stilling i norsk rett, ved at den har forrang framfor annen norsk lovgivning.<sup>65</sup> Dermed er konvensjonen en relevant rettskildefaktor for norske domstoler i vurderingen av saker som omhandler barn. Alle verdens land har ratifisert BK bortsett fra USA og Somalia.<sup>66</sup> Den store tilslutningen og anerkjennelsen av konvensjonen understreker dens betydning. De nordiske landene står i fremste rekke på etterlevelsen av den.<sup>67</sup> Imidlertid er Norge kritisert for behandlingen av mindreårige asylsøkere, barn med psykisk problemer og barn i fengsel.<sup>68</sup>

BK artikkel 37 og 40 omhandler rettigheter for barn som er i konflikt med loven. BK artikkel 37 tar for seg rettigheter vedrørende berøvelse av frihet. BK artikkel 40 sørger for minsterettigheter for verdighet og egenverd, der barn har blitt anklaget eller beskyldt for et straffbart forhold. Jeg kommer i hovedsak til å se på ”siste utvei”-kravet etter BK artikkel 37 bokstav b siden det er relevant for hvor terskelen skal ligge for å fengsle barn. Dette vil bli behandlet i punkt 3.3 nedenfor.

---

<sup>64</sup> NOU 2008:15 s. 63.

<sup>65</sup> Hedlund (2008) s. 134.

<sup>66</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 18.

<sup>67</sup> *ibid*, s. 30.

<sup>68</sup> *ibid*, s. 28.

## 3.2 Grunnprinsippene

### 3.2.1 Innledning

Som sagt inneholder Barnekonvensjonen fire grunnprinsipper som skal benyttes i tolkningen av artiklene i konvensjonen. I Generell kommentar nr.10 fra FNs Barnekomité uttales det at partene systematisk skal anvende grunnprinsippene i artikkel 2, 3, 6 og 12 i konvensjonen, og de grunnleggende prinsippene for behandling av unge lovbryttere som er nedfelt i artikkel 37 og 40.<sup>69</sup> Prinsippet om barnets beste gjennomsyrrer hele Barnekonvensjonen, og vil naturlig nok bli viet stor plass i min avhandling. Selv om det gjerne er hensynet til barnets beste som retten velger å vektlegge i vurderingsgrunnlaget, er de tre andre prinsippene ikke uten relevans i straffesaker mot barn. De tre øvrige prinsippene vil få en felles behandling under punkt 3.2.3.

### 3.2.2 Barnets beste

Etter BK artikkel 3 fastsettes det at:

”Ved alle handlinger som berører barn, enten det foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal *barnets beste* være et grunnleggende hensyn”. (Min kursivering)

Hensynet til barnets beste er et grunnleggende prinsipp i Barnekonvensjonen, og dermed også i norsk rett. Alle barn er forskjellige og har forskjellige behov. Det er vanskelig å vurdere det presise rettslige innholdet i ordlyden ”barnets beste”. Utgangspunktet er at det skal skje en individuell vurdering av hva som er det beste for det enkelte barnet. Sakkyndige kan bistå med fagkunnskap om barn.<sup>70</sup> Siden begrepet er svært skjønnsmessig kreves det noen retningslinjer for tolkningen. FNs Barnekomités Generell kommentar er sentral for å forstå betydningen av konvensjonsteksten. De har ikke forsøkt å gi generelle

---

<sup>69</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 5.

<sup>70</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 65.

kriterier for hva som skal være barnets beste, men at det skal være et allment prinsipp som skal tolkes og gis innhold til lovens øvrige artikler.<sup>71</sup> For denne avhandlingen er prinsippet relevant for tolkningen av ”siste utvei”-kravet. I Generell kommentar nr.10 sier Barnekomiteen at siden barn og voksne er forskjellig når det gjelder fysisk og psykologisk utvikling, og de har forskjellige følelsesmessige behov og oppdragelsesbehov, er barn mindre strafferettslig ansvarlig.<sup>72</sup> Det er derfor nødvendig med et separat rettssystem for mindreårige, og en annen behandling av disse enn av voksne.<sup>73</sup> Komiteen sier også noe om betydningen av barnets beste- prinsippet i straffesaker mot barn:

”Det at man skal ta hensyn til barnets beste, innebærer bl.a. at de tradisjonelle formålene med strafferetten, som straff og gjengjeldelse, må vike plassen for formål som går på *rehabilitering, aktiv konfliktløsning og gjenoppretting*, når det er snakk om mindreårige lovbytere. Dette kan gjøres samtidig med at det legges vekt på en effektiv offentlig sikkerhet.”<sup>74</sup> (Min kursivering)

Min forståelse av kommentaren er at de individualpreventive hensynene, herunder rehabiliteringseffekten, skal ha en mer fremtredende rolle i straffesaker mot barn enn i saker mot voksne lovbytere. Straffens formål om å hindre barnet fra å begå nye kriminelle handlinger bør veie tyngre enn samfunnets behov for gjengjeldelse. Unge lovbytere er mer sårbare, og de tar mer skade av en frihetsstraff. Derfor bør alternativer, som allikevel ivaretar offentlig sikkerhet, bli benyttet. Det kan for eksempel være samfunnsstraff eller betinget fengsel.

---

<sup>71</sup> NOU 2008:15 s. 103.

<sup>72</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 10.

<sup>73</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 10.

<sup>74</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 10.

Barnekomiteen gir likevel ikke et klart og presist uttrykk for hvilken vekt og rekkevidde prinsippet bør få. Det må altså avgjøres i den konkrete saken. En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”et grunnleggende hensyn” etter BK artikkel 3 tilsier at barnets interesser alltid skal være med i vurderingsgrunnlaget i skjønnsutøvelsen, men ikke at det nødvendigvis blir det avgjørende hensynet. Dette er i bunn og grunn et verdispørsmål.<sup>75</sup> Vekten av hensynet vil variere fra sak til sak fordi man må foreta en konkret helhetsvurdering hvor mange hensyn skal bli vurdert. Det må ikke nødvendigvis være noen motstrid mellom ”barnets beste” og strafferettens hensyn. De kan derimot komme i kollisjon med hverandre dersom retten vil benytte frihetsstraff som reaksjon for barnet. Imidlertid kan hensynet til barnets beste også tilsi en frihetsberøvende reaksjon.<sup>76</sup>

Som nevnt i punkt 2.2 er samfunnsvern og rettferdighetsbetraktninger viktige hensyn for å straffe. Strafferettens område skiller seg ut ved at det er særlig sterke hensyn som er antatt å kunne gå foran ”barnets beste”.<sup>77</sup> Slik jeg forstår det, presumeres det å være til barnets beste ikke å sone en ubetinget dom i fengsel, men i noen særlige tilfeller må hensynet vike der hensynet til samfunnsvernet står sterkere. Det kan også tenkes å være til barnets beste å bli møtt med en reaksjon på fengsel for å bli stoppet i å begå gjentatte lovbrudd.<sup>78</sup> Jeg tolker uttalelsene til Barnekomiteen dit hen at hensynet til samfunnsvernet må være særlig sterkt for at frihetsstraffen kan forsvares, i og med at det må veie tyngre enn et grunnprinsipp.

### 3.2.3 Øvrige grunnprinsipper

De tre øvrige grunnprinsippene etter Barnekonvensjonen vil som sagt også få betydning for tolkningen av om fengsling av barn skal være ”siste utvei”. Etter diskrimineringsvernet i BK artikkel 2 skal partene treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at alle barn blir behandlet

---

<sup>75</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 52.

<sup>76</sup> NOU 2008:15 s. 138.

<sup>77</sup> NOU 2008:15 s. 103.

<sup>78</sup> NOU 2008:15 s. 138.

likt. Diskriminering vil si at like tilfeller behandles ulikt, eller ulike tilfeller behandles likt.<sup>79</sup> Dersom det er slik at de som sitter inne i norske fengsler gjennomgående er av en ”spesiell gruppe” kan man stille seg spørsmålet om de er utsatt for urettmessig behandling. Er terskelen for å bli idømt fengselsstraff lavere for disse? Barn som for eksempel har fått tiltak av barnevernet, barn med funksjonshemninger og barn som lever under fattigdomsgrensen skal ikke få en annerledes behandling enn andre barn. Barnekomiteen uttaler i den Generell kommentar nr.10 at:

”Mange barn som er i konflikt med loven, er også offer for diskriminering, for eksempel når de prøver å få tilgang til utdanning eller til arbeidsmarkedet. Det må treffes tiltak for å forebygge diskriminering, bl.a. ved å gi tidligere barne - og ungdomskriminelle egnet støtte og bistand til reintegreres i samfunnet, og gjennom offentlige kampanjer som understreker deres konstruktive rolle i samfunnet.”<sup>80</sup>

Retten til liv og utvikling er det tredje grunnprinsippet. BK artikkel 6 konvensjonsfester barnets rett til liv, overlevelse og utvikling. Barnekomiteen uttaler at:

”Bruk av frihetsberøvelse har svært negative konsekvenser for et barns harmoniske utvikling og representerer en alvorlig hindring for hans eller hennes reintegrering i samfunnet.”<sup>81</sup>

Hvis ”siste utvei”-kravet er oppfylt, er altså artikkel 6 ivaretatt. Terskelen for å fengsle barn bør altså være høy av hensyn til de negative virkningene for barnet, og for at målet med å bli reintegrert til samfunnet kan oppnås.

---

<sup>79</sup> Barnekonvensjonen (2012), s. 37.

<sup>80</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 7.

<sup>81</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 11.



Det siste grunnprinsippet er retten til å bli hørt, jf. BK artikkel 12. Barnekomiteen uttaler i sin generelle kommentar at:

”Komiteen har merket seg at meningene til barn som er i konflikt med loven har blitt en viktig pådriver for forbedringer og reformer, og for oppfyllelse av deres rettigheter.”<sup>82</sup>

Prinsippet samsvarer med kontradiksjonsprinsippet i staffeprosessen, hvor partene har anledning til å imøtegå motpartens argumenter. Slik jeg forstår komiteen kan det at barnet får uttrykke sine meninger bidra til utviklingen av hvilken straffereaksjon som egner seg for unge lovbrøyttere. Det vil altså i teorien si at de unge lovbrøytterne kan ha vært med på å justere terskelen for å benytte frihetsstraff. Barnekomiteen mener videre at dersom barnet først er strafferettslig ansvarlig, innebærer det også at barnet må være kompetent og i stand til å delta effektivt i prosessen med å finne den mest egnede reaksjonen på den overtredelse av straffeloven som han/hun er beskyldt for.<sup>83</sup> Selv om det er retten som treffer avgjørelsene, anerkjenner man ikke barnets rettigheter hvis man behandler barnet som et passivt objekt, og bidrar heller ikke til å finne en effektiv reaksjon på barnets atferd.<sup>84</sup>

Etter min oppfatning blir disse tre grunnprinsippene forutsatt oppfylt av norske domstoler. De får ikke en selvstendig tolkning i vurderingsgrunnlaget, men blir indirekte behandlet gjennom vurderingen av om ”siste utvei”-kravet er ivaretatt.

---

<sup>82</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 12.

<sup>83</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 45.

<sup>84</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 45.

### 3.3 Vilkåret ”siste utvei”

Etter BK artikkel 37 bokstav b skal partene sikre at:

”Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte og skal bare benyttes som *siste utvei* og for et kortest mulig tidsrom.” (Min kursivering)

Dette vil altså si at myndighetene har lov til å frihetsberøve barn der loven gir rom for det. Ordlyden ”siste utvei” tilsier at alle andre alternativer er forsøkt eller vurdert, og det ikke er mulig å oppnå formålet med straffen på annen måte enn ved ubetinget fengsel. Barnekonvensjonen oppstiller altså ikke et absolutt forbud for å idømme barn frihetsstraff, men det skal bare benyttes der det strengt tatt er nødvendig. Til forskjell fra konvensjonstekster for øvrig er ordlyden ganske så klart utformet. Spørsmålet blir mer om ”siste utvei”-kravet foreligger i den konkrete saken, enn hva som ligger i selve innholdet i vilkåret. Siden ”siste utvei”-kravet først er oppfylt når andre alternative tiltak ikke kan benyttes, er det nærliggende å tro at de fire grunnprinsippene regnes for å være ivaretatt.<sup>85</sup> For eksempel taler retten til liv og utvikling for at det skal mye til å fengsle, og diskrimineringsvernet er ivaretatt ved forbudet mot vilkårlige avgjørelser. Når det gjelder rettens fastsettelse av straffereaksjon uttaler Barnekomiteen at:

”Komiteen vil gjerne understreke at reaksjonen på en straffbar handling alltid bør stå i forhold ikke bare til omstendighetene rundt handlingen og hvor alvorlig den er, men også til barnets alder og reduserte straffeansvar, og til barnets livssituasjon og behov, samt til samfunnets ulike og særlig langsiktige behov. En tilnærming som bare dreier seg om straff, er ikke i samsvar med de grunnleggende prinsipper for behandling av unge lovbrytere som er redegjort for i konvensjonens artikkel 40 nr. 1(...) I tilfeller der barn har begått alvorlige forbrytelser, kan tiltak som står i forhold til gjerningsmannens livssituasjon og alvoret i forbrytelsen, og som samtidig også tar hensyn til behovet for

---

<sup>85</sup> NOU 2008:15 s. 106.

offentlig sikkerhet og behovet for straffereaksjoner, vurderes. Når det gjelder barn, skal imidlertid behovet for å ivareta barnets ve og vel og barnets beste, og behovet for å fremme hans/hennes reintegrering, alltid komme foran slike hensyn.”<sup>86</sup>

Dette viser at det bør tas hensyn til barn som en spesiell sårbar gruppe, og at barnets reintegrering til samfunnet bør få særlig vekt i avveiningen om hvilken straffereaksjon som er rimelig og rettferdig. Reaksjonen må være proporsjonal med blant annet handlingen, barnets alder og barnets behov. Å ”snu” barnet til å avstå fra kriminalitet, vil være et tungt argument i avveiningen for ikke å benytte frihetsstraff. I Generell kommentar nr. 10 uttaler Barnekomiteen om ”siste utvei”-kravet at:

”Partene skal treffe tiltak for å ta seg av barn som er i konflikt med loven uten å gå til rettslige skritt, som en integrert del av deres rettssystem for mindreårige, og de skal sørge for at barnas menneskerettigheter og rettslige garantier blir fullt ut respektert og beskyttet i prosessen.”<sup>87</sup>

Statene må med andre ord ha mildere tiltak tilgjengelig, før det blir nødvendig med sterkere virkemidler. BK artikkel 40 nr. 4 angir eksempler på hvilke tiltak som kan benyttes. Listen er ikke uttømmende, og legger ingen begrensning på statene. Slik legger de til rette for at rettssystemene ivaretar ”siste utvei”-kravet. At tiltakene bør være tilstede ved alle stadier i straffesaken underbygger etter min mening ønsket og troen på at barnet kan reintegreres til samfunnet.

---

<sup>86</sup> Generell kommentar nr. 10, punkt 71.

<sup>87</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 26.

## 4 Nærmere om terskelen for å idømme barn frihetsstraff

### 4.1 Innledning

Jeg vil nå forsøke å belyse hvor terskelen i norsk strafferett ligger for å gi barn frihetsstraff - sett i lys av Barnekonvensjonen. I det følgende vil jeg drøfte ulike problemstillinger knyttet til dette.

Det er som sagt adgang til å idømme barn ubetinget fengsel i spesielle tilfeller.<sup>88</sup> Overordnet ved reaksjonsfastsettelsen generelt er hensynet til allmennprevensjon, og at straffen er rimelig.<sup>89</sup> I saker hvor lovovertrederen er et barn blir avveiningen av hensynene i reaksjonsfastsettelsen foretatt på en annen måte enn for voksne lovbrøyttere. Dette vil bli behandlet nærmere i foreliggende kapittel.

I den videre fremstillingen vil det ikke være tvil om hvorvidt de fire straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Det er i hvilke tilfeller retten kan benytte frihetsstraff overfor den unge lovbrøytteren som vil bli behandlet.

Både hensynene bak reglene i strafferetten og Barnekonvensjonens vern gir etter mitt syn uttrykk for at det kan være vanskelig å vite hvor grensen for å benytte frihetsstraff overfor barn går. Det må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle om vilkårene for å ilegge ubetinget fengsel foreligger. Rettspraksis vil være en sentral rettskilde når terskelen for å idømme frihetsstraff skal klarlegges. På grunn av de nye lovendringene fra 2012 er det i skrivende stund begrenset med rettspraksis for de endrede bestemmelsene. Avgjørelser fra de senere årene gir likevel uttrykk for gjeldende rett, siden lovendringene innebar en kodifisering av

---

<sup>88</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>89</sup> Slettan (1997) s. 304.

denne rettspraksisen.<sup>90</sup> Reelle hensyn vil også være en relevant rettskildefaktor for å vurdere resultatets godhet.

Det kan derfor ikke oppstilles en generell og bestemt terskel. Den er skjønnsmessig og må fastsettes i den konkrete saken. Imidlertid vil jeg peke på noen momenter av betydning for hvor grensen til frihetsstraff går.

## **4.2 Barnets alder i reaksjonsfastsettelsen**

Først kan det stilles spørsmål ved hvilken betydning barnets alder har i reaksjonsfastsettelsen. Selv om det er reglene etter straffeloven av 1902 som er gjeldende rett, vil jeg for oversiktens skyld bemerke at ny straffelov av 2005 har kodifisert tidligere praksis.<sup>91</sup> 2005-loven har inntatt at lovbryteren var under 18 år på handlingstidspunktet som formildende omstendighet, jf. § 78 bokstav i. Bokstav i ble tilføyd ved lov av endring 20. januar 2012, samtidig med lovendringen av strl. §§ 18 og 28 a annet ledd. Retten må avgjøre betydningen av barnets alder i den konkrete saken, hvor barnets modenhet og utvikling må vurderes.<sup>92</sup> Selv om den nye loven ikke har trådt i kraft, gir den uttrykk for gjeldende rett.

For barn mellom den kriminelle lavalder og myndighetsalderen vil det generelt være stor forskjell i modenhet. Jo nærmere barnet er 15 år, jo nærmere vil det være grensen for den kriminelle lavalder og dermed strafferettslig utilregnelig.<sup>93</sup> Tilsvarende, jo nærmere barnet er 18 årsdagen, jo nærmere vil det være myndig alder, og etter fylte 18 år kan ikke Barnekonvensjonen lenger påberopes.<sup>94</sup> Vurderingstema vil her være hvilken betydning

---

<sup>90</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>91</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 102.

<sup>92</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 185.

<sup>93</sup> NOU 2008:15 s. 23.

<sup>94</sup> BK artikkel 1.

barnets stigende alder har mellom 15 og 18 år ved fastsettelse av ubetinget fengselsstraff. Er terskelen for frihetsstraff lavere for barn nær 18 års grensen?

Om ”særlig påkrevd”-vilkåret er oppfylt må ifølge forarbeidene vurderes ut fra lovbruddets art og ”forholdene ellers”. Lovgiver gir altså ingen uttømmende liste på hva som skal være med i vurderingen. Det betyr at barnets modenhet kan få betydning i vurderingen. Det følger også av forarbeidene at modenhet er et moment av betydning i straffutmålingen for barn, der umodenhet er en formildende omstendighet.<sup>95</sup> Slik jeg ser det vil et slik moment få betydning enten barnet er 15, 16 eller 17 år. Jeg tror umodenheten reelt sett får mindre vekt ved stigende alder. Normalt vil en 17 åring være mer moden enn en 15 åring.<sup>96</sup>

Etter BK artikkel 40 skal statene ta ”hensyn til barnets alder” for barn som beskyldes for, anklages for eller finnes å ha begått et straffbart forhold. Ordlyden er vagt utformet, men legger føringer for lovgiver, og kan brukes som tolkningsmoment.<sup>97</sup> Den sier imidlertid ikke noe om vekten av barnets stigende alder. I tillegg har Barnekomiteen i sin Generell kommentar til ”siste utvei”-kravet gitt uttrykk for at barnets alder bør være et sentralt moment i reaksjonsfastsettelsen.<sup>98</sup>

Siden det er vanskelig å trekke noen generelle slutninger ut fra lovtekst og forarbeider, går jeg over til å se nærmere på rettspraksis. Jeg vil undersøke tre Høyesterettsavgjørelser hvor alderen har fått betydning for resultatet.

Den første avgjørelsen, Rt. 2005 s. 29, gjaldt en 17 år og ni måneder gammel gutt som var dømt for å ha hatt samleie med en jente på snart 13 år. Høyesterett kom under dissens 4-1

---

<sup>95</sup> NOU 2008:15 s. 136.

<sup>96</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 23.

<sup>97</sup> NOU 2008:15 s. 109.

<sup>98</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 71.

til at fengsel var nødvendig. Slik jeg ser det la flertallet vekt på at lovovertrедelsen var grov, og at domfelte nær 18 års grensen på handlingstiden. Det bør i denne sammenheng nevnes at spørsmålet i saken gjaldt lengden av frihetsstraffen, og ikke fastsettelse av frihetsstraff eller samfunnsstraff som straffereaksjon. Imidlertid vil det være relevant å se om retten legger vekt på barnets stigende alder. Høyesteretts syn på hvilken betydning alderen skal få, vil ha en viss overføringsverdi til hvordan de ville vurdert barnets alder i en reaksjonsfastsettelse.

”Det sentrale spørsmålet i straffutmålingen er hvilket utslag det skal gi at domfelte bare var 17 år og 9 måneder på gjerningstidspunktet. Ved denne vurderingen vil det være av vesentlig betydning hvilket *avvik fra 18-års grensen* det i den enkelte sak er tale om. I vår sak manglet gjerningsmannen to og en halv måned på å være 18 år. Isolert sett tilsier ikke dette at det er grunn til å utmåle en straff som ligger betydelig under minstestrafen.”<sup>99</sup> (Min kursivering)

Her foreligger det etter min mening to tolkningsalternativer. Enten mener retten det at han fortsatt var et barn isolert sett ikke kunne sette straffen betydelig ned, eller det at han var nær myndighetsalder ikke alene kunne tale for en mildere straff. Det at han var nær 18 år ”isolert sett” ikke tilsa at det var grunn til å utmåle en mild straff, må være det mest nærliggende alternativet. Retten uttalte jo at det var av vesentlig betydning hvor stort avviket var fra 18 årsdagen. At avviket bør få ”vesentlig betydning” tilsier at det er av stor betydning om lovbrøteren er nær 15 eller 18 år på handlingstiden. Skjerpene momenter gav utslag i denne saken. Det kan likevel se ut som at det skal mindre til å idømme eldre barn frihetsstraff, enn de nær 15 år. Mindretallet ville ha større deler av straffen betinget da domfelte var beskyttet av ”siste utvei”-kravet.<sup>100</sup> Hensynet til barnets beste og ”siste utvei”-kravet var ikke med i vurderingsgrunnlaget til flertallet, men det ble redegjort for de sterke

---

<sup>99</sup> Rt. 2005 s. 29 avsnitt 9-10.

<sup>100</sup> Rt. 2005 s. 29 avsnitt 18.

allmennpreventive hensynene som de mente fikk avgjørende vekt. Barnekonvensjonen er således ivaretatt. ”Særlig påkrevd”-vilkåret etter lovendringen i strl.§ 18, gjaldt ikke på tidspunktet for denne dommen. Det kan tenkes at lovbrøytene nær 18 års grensen har blitt bedre beskyttet etter lovendringen fra 2012, og at aldersavviket ikke ville vært av vesentlig betydning i denne vurderingen i dag.

Den andre avgjørelsen, Rt. 2010 s 1313, gjaldt en 17 år og fire måneder gammel gutt som hadde begått et ran og ransforsøk. Høyesterett idømte den unge lovbrøytteren samfunnsstraff under tvil. I reaksjonsfastsettelsen tok de stilling til rekkevidden av samfunnsstraffen for når lovbrøytteren var under 18 år på handlingstiden. Hvor langt anvendelsesområde for samfunnsstraffen rekker vil ha betydning for hvor terskelen ligger for å idømme barn frihetsstraff.

”Det som i det lange løp alt i alt tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretar en dom på samfunnsstraff. *Jo yngre barnet er, desto mer må det til.*”<sup>101</sup> (Min kursivering)

Hvilken betydning alderen til barnet skal få i avveiningen sier de ganske klart. Jeg forstår innholdet slik at jo yngre barnet er, jo sterkere allmennpreventive hensyn må foreligge for å sette barnets interesser til side. Stigende alder vil altså få betydning i avveiningen. Ut fra denne dommen kan man altså trekke den slutningen at det må foreligge sterkere allmennpreventive hensyn for å begrunne frihetsstraff dersom lovbrøytteren er 15 år på handlingstiden enn hvis lovbrøytteren var nær 18 års grensen. Høyesterett fant at det forelå tungtveiende allmennpreventive hensyn i denne saken, men falt ned på samfunnsstraff da domfelte ikke hadde foretatt andre lovbrudd før og etter den ene natten handlingene

---

<sup>101</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.



skjedde.<sup>102</sup> Retten bygde i stor grad sin vurdering på Barnekonvensjonen artikkel 3, 37 bokstav b og lovgivers syn i den nye strl. § 33 da de tolket strl. § 28a om grensen for å idømme samfunnsstraff. At dommen er enstemmig styrker dens rekkevidde. Hensynet til barnets beste og ”siste utvei”-kravet fikk i denne avgjørelsen avgjørende betydning, og det ble ikke ansett ”særlig påkrevd” å fengsle.

Den tredje avgjørelse som sier noe om barnets stigende alder har betydning er inntatt i Rt. 2011 s. 206. En gutt på 17 år og 10 måneder hadde utført grovt ran med frihetsberøvelse. Retten kom fram til at samfunnsstraff ville være den riktige straffen. I begrunnelsen la de vekt på at han fortsatt var et barn, og at:

”Domfelte i vår sak er nokre månader eldre enn domfelte i 2010-dommen [Rt. 2010 s. 1313], men ein slik mindre skilnad tilseier ikkje anna løysing for domfelte i vår sak, i og med at han ikkje var fylt 18 år på handlingstidspunktet. Vurderingane i 2010-dommen knyter seg i særleg grad til rettsgrunnlag som gjeld for personar under 18 år, slik at det først blir når denne grensa er passert, at det blir ein markert skilnad i val av reaksjon i saker som vår.”<sup>103</sup>

Retten la stor vekt på alderen ved reaksjonsfastsettelsen. Jeg tolker Høyesterett i denne avgjørelsen dit hen at 18 årsdagen markerer en forskjell for hvilken straff som kan begrunnes ut fra alder, og ikke hvor nært opptil 18 år man er. Barn som nærmer seg 18 er fortsatt innenfor den sårbare gruppen, og skal også kunne påberope seg Barnekonvensjonen fullt ut. De mente altså her at man ikke bør legge vekt på stigende alder.

Etter dette kan det konkluderes med at lav alder generelt skal føre til at terskelen for å idømme frihetsstraff er høy. De nevnte dommene kan gi uttrykk for at de

---

<sup>102</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 19.

<sup>103</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 22.

allmennpreventive grunnene må foreligge i noe sterkere grad der barnet er nærmere 15 års grensen. Når det er sagt gjelder jo hensynet til barnets beste og ”siste utvei”-kravet for barn uansett alder. Det kan synes å ha skjedd en liten utvikling i rettspraksis for lovbrøyttere nær 18 års alder. Modenheten vil jo variere mye også nær 18 års grensen. Den sistnevnte dommen gir klart uttrykk for at alle barn skal være vernet av ”siste utvei”-kravet etter Barnekonvensjonen. Øvrige omstendigheter og lovbruddets alvorlighetsgrad blir dermed viktig i fastsettelse av reaksjon. Står slutningen i Rt. 2010-dommen sterkere enn 2011-dommen? Rt. 2011 s. 206 ble avsagt under dissens 4-1, mens Rt. 2010 s. 1313 var enstemmig og tydeligere. I en Lagmannsrettsavgjørelse fra 2012 tok mindretallet stilling til spørsmålet om barnets stigende alder har betydning, og la mest vekt på 2010-dommen.<sup>104</sup> Rent rettskildemessig ville man tro at den siste rettsavgjørelsen gav uttrykk for gjeldende rett, men her legger altså lagmannsretten vekt på 2010-dommen. Det var riktignok mindretallet som uttalte dette, men flertallet tok ikke stilling til stigende alder i denne avgjørelsen. Det kan derfor se ut som at Rt. 2010 s. 1313 står sterkere vedrørende problemstillingen om betydningen av barnets stigende alder.

Kriminalomsorgens årsstatistikk fra 2011 underbygger at barnets alder på handlingstiden har betydning, og viser at antall innsettelse er proporsjonalt med stigende alder. Fra 2007 til 2011 er det et markant skille mellom de unges alder. Av de barna som fikk dom på ubetinget fengsel i tidsrommet 2007-2011 var det totalt én 15-åring, 11 16-åringer og 56 17-åringer.<sup>105</sup> Dette kan naturligvis skyldes at 17 åringer kan ha begått mer alvorlige lovbrudd og/eller gjentatte ganger. Uansett kan det sies at stigende alder har betydning for straffereaksjonen, og at terskelen for å benytte frihetsstraff for barn nær 15 år er noe høyere enn for barn nær 18 år.

---

<sup>104</sup> LB-2011-122598.

<sup>105</sup> Kriminalomsorgens årsstatistikk 2011, s. 35.

## 4.3 Lovbruddets art

### 4.3.1 Innledning

Tema her er hvilke straffbare handlinger som fører til at barn får frihetsstraff. Handlingens grovhet er generelt et viktig moment når reaksjonen skal fastsettes.<sup>106</sup> Vilkåret for ubetinget fengselsstraff ”særlig påkrevd” etter strl. § 18 må foreligge for å idømme frihetsstraff. Forarbeidene sier at vilkåret skal vurderes i relasjon til lovbruddets art og forholdene ellers.<sup>107</sup> Derfor er det relevant å problematisere hvilket lovbrudd som er overtrådt ved fastsettelse av straffereaksjon. Siden det skal mye til å fengsle barn, er det kun alvorlige lovovertrædelser som er aktuelle å se på her. Ifølge forarbeidene er de kriminelle handlingene som unge lovbryttere har blitt ilagt frihetsstraff for de senere årene vold, drap, voldtekt, vinning og narkotika forbrytelser.<sup>108</sup> Ofte har det vært en kombinasjon av flere alvorlige lovbrudd, som for eksempel vold i kombinasjon med vinningsaker.<sup>109</sup> Handlingene må være av en slik alvorlighetsgrad at det er grunnlag for at ubetinget fengsel skal benyttes. I det følgende vil jeg behandle hvilken betydning selve lovbruddets karakter har i vurderingen av reaksjonsfastsettelsen, og betydningen av Barnekonvensjonen. Typetilfellene jeg vil behandle er sedelighetsforbrytelser, forbrytelser mot liv, legeme og helse, og vinningsforbrytelser. Formålet er å undersøke relevansen av lovbruddets art i saker hvor frihetsstraff kan benyttes overfor barn.

### 4.3.2 Sedelighetsforbrytelser

Lovbryttere under 18 år som er skyldig i seksualforbrytelser begår som oftest slike lovbrudd mot jevnaldrende barn. I noen tilfeller kan det føre til at straffen kan bortfalle på grunn av at tiltalte og fornærmede er jevnbyrdige i alder og utvikling, selv om lovbruddene anses å være alvorlige. Hvilken betydning har det for terskelen for å idømme barn fengselsstraff?

---

<sup>106</sup> Slettan (1997) s. 297.

<sup>107</sup> Prop.135L (2010-2011) s.162.

<sup>108</sup> NOU 2008:15 s. 30-31.

<sup>109</sup> NOU 2008:15 s. 30.

Spørsmålet i denne sammenheng vil være hvilke sedelighetsforbrytelser som er så alvorlige at de kan resultere i frihetsstraff. Dette vil bli belyst ved å se nærmere på rettspraksis.

Den første relevante avgjørelsen er den allerede nevnte Rt. 2005 s. 29. Lovbruddets karakter fikk her betydning i reaksjonsfastsettelsen for den 17 år og ni måneder gamle gutten, som ble idømt frihetsstraff for å ha hatt samleie med en jente på snart 13 år. Flertallet bygde sin begrunnelse på at lovbruddet i utgangspunktet skal utmåles med ubetinget fengselsstraff.<sup>110</sup> Det var skjerpede at fornærmede var klart yngre enn 14 år, og at domfelte var klar over dette. De påpekte at straffen kan settes ned for personer under 18 år, og gikk under stafferammen ved å gjøre en del av straffen betinget. Som drøftet i punkt 4.2 overfor fikk det også stor betydning at domfelte var nær 18 års grensen. Mindretallet mente fengselsstraffen skulle gjøres kortere, siden begivenhetsutviklingen til fornærmede burde spille en rolle. De la også vekt på ”siste utvei”-kravet etter BK. Slik jeg ser det ble de allmennpreventive hensynene avgjørende da denne type lovbrudd bør straffes strengt. Det kan se ut til at Høyesterett vil sende et signal til jevnaldrende om at slike handlinger er uakseptable. En gutt på snart 18 år og en jente på snart 13 år vil heller ikke kunne sies å være jevngamle, så det foreligger ikke noe formildende moment i at begge var barn og jevnbyrdige i alder. I tillegg er fornærmede under 14 år, noe som er svært skjerpende. At en førstegangsforbryter ble idømt ubetinget fengsel taler imidlertid for at terskelen for frihetsstraff i denne saken var lav. Det kan derfor diskuteres om fengsel i dette tilfelle var siste utvei etter BK artikkel 37 bokstav b. Momentet om at domfelte var tidligere ustraffet peker imidlertid igjen tilbake på at lovbruddet må ha vært svært alvorlig siden det ble reagert med fengselsstraff. At domfelte fikk en del av straffen betinget, ivaretar hensynet til at domfelte var et barn på handlingstiden.

Den neste avgjørelsen, Rt. 2010 s. 669, gjaldt to gutter som enstemmig ble dømt til samfunnsstraff for voldtekt i fellesskap av en jente under 14 år. A var 15 år og syv måneder

---

<sup>110</sup> Rt. 2005 s. 29 avsnitt 8.

på gjerningstiden, mens B hadde akkurat fylt 16 år. Dommen gjaldt i første rekke om straffen kunne bortfalle på grunn av at partene var omtrent ”jevnbrydig i alder og utvikling”, jf. strl. § 195 fjerde ledd. At de tiltalte var barn tilsa imidlertid at det ikke burde reageres med fengselsstraff. Straffen burde samtidig markere sakens alvor, da handlingene bar preg av kynisk utnyttelse av fornærmede. At seksualforbrytelsen ble gjort mot en ”jevnbrydig i alder og utvikling”, er formildende ettersom lovteksten sier at straffen kan settes ned eller falle helt bort, jf. strl. § 195 fjerde ledd. At straffen ved lovbrudd av denne art kan bortfalle, tilfører terskelen for å fengsle barn et nytt element. Barnekonvensjonen ble ikke nevnt i denne rettsavgjørelsen, men prinsippet om barnets beste og ”siste utvei”-kravet er ivaretatt ved reaksjonsfastsettelsen ettersom det ble reagert med samfunnsstraff. Det avgjørende for utfallet i denne saken var at fornærmede og de domfelte var jevnaldrende, og bare like over den kriminelle lavalder.

Den neste saken har store paralleller til den forrige avgjørelsen. Dommen inntatt i Rt. 2011 s. 1428 gjaldt en 16 år og syv måneder gammel gutt som enstemmig ble idømt samfunnsstraff for å ha voldtatt en jente på 13 år og fem måneder. Han ble, i likhet med avgjørelsen ovenfor, straffet for å ha overtrådt strl. § 195 fjerde ledd. Retten viste til forarbeidene til den nye straffeloven, som viderefører denne bestemmelsen, hvor det uttales at straff kan virke urimelig hardt og stride mot den alminnelige rettsoppfatning når gjerningsmannen og den fornærmede er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.<sup>111</sup> Det vil være naturlig og rimelig at unge mennesker skal kunne ha rom for å utforske sin seksualitet uten å risikere straff.<sup>112</sup> I denne saken var aldersforskjellen i det øvrige sjiktet av hva som kan godtas som jevnaldrende.<sup>113</sup> Utnyttelseselementet ble avgjørende for at straffen ikke kunne falle bort. Lovbruddets karakter gir her etter mitt syn grunn til å trekke den slutningen at der partene er jevnbyrdige i alder vil det sjeldent reageres med fengselsstraff.

---

<sup>111</sup> Rt. 2011 s. 1428 avsnitt 15.

<sup>112</sup> Rt. 2011 s. 1428 avsnitt 15.

<sup>113</sup> Rt. 2011 s. 1428 avsnitt 26.

Når det er sagt, skal det i den enkelte sak foretas en konkret helhetsvurdering. Det presiseres at det i denne saken ikke var snakk om å reagere med fengselsstraff. Problemstillingen var om straff for seksuell omgang med barn under 14 år kunne falle bort på grunn av jevnbyrdighet i alder og utvikling. Grunnen til at jeg belyser min problemstilling med denne saken er at det ofte vil forligge jevnbyrdighet i alder i sedelighetsforbrytelser begått av barn. Selv om handlingene isolert vil være alvorlige, vil andre momenter knyttet til slike type handlinger være formildende for lovbrøyteren. Det er først når aldersforskjellen er stor mellom fornærmede og lovbrøyteren at de allmennpreventive hensynene kan få avgjørende vekt.

Betydningen av lovbruddets art vedrørende en grov voldtektsforbrytelse var oppe i Borgarting Lagmannsrett 30. august 2012. Saken gjaldt en 17 år gammel gutt som hadde voldtatt en 14 år gammel jente. Lagmannsretten fastsatte reaksjonen til to års ubetinget fengsel. I begrunnelsen viste de til at allmennpreventive hensyn gjør seg sterkt gjeldende i voldtektssaker. De ville gi klare signaler til ungdom om at voldtekt er uakseptabelt.<sup>114</sup> Det ble videre uttalt at:

”Voldtekt er en av de mest alvorlige forbrytelsene mot en persons fysiske, psykiske og seksuelle integritet, og vil som oftest ha dyptgripende skadevirkninger og medføre reduksjon i livskvalitet for den som rammes. Lagmannsretten er på denne bakgrunn enig med tingretten i at overtredelsen i denne saken er av mer alvorlig art enn ranshandlingene som er omhandlet i Rt. 2010 side 1313, der Høyesterett under tvil reagerte med samfunnsstraff. Etter lagmannsrettens syn, kommer man i denne saken ikke utenom en reaksjon i form av ubetinget fengsel.”<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> LB-2012-053708.

<sup>115</sup> LB-2012-053708.

Jeg forstår Lagmannsretten slik at voldtektsforbrytelser er et så alvorlig lovbrudd at allmennpreventive hensyn ofte begrunner at ubetinget fengselsstraff skal benyttes. Til tross for at domfelte ikke tidligere var straffet fant retten altså handlingen så alvorlig at fengsel var den rettferdige straffen. Formuleringen ”kommer man i denne saken ikke utenom” er en ganske bastant måte å uttrykke seg på. De gir klart uttrykk for at voldtektssaker er en av de mest alvorlige lovbrudd, og at handlingene i denne saken var mer alvorlig enn ranshandlingene i Rt. 2010 s. 1313 der retten under sterk tvil reagerte med samfunnsstraff. I denne saken var også aldersforskjellen større mellom fornærmede og domfelte enn det som vil være innenfor jevnbyrdighet i alder. Jeg vil presisere at en lagmannsrettsdom ikke har like mye rettskildemessig vekt som en Høyesterettsavgjørelse. Ettersom rettskildebilde er tynt på dette området, og det foreligger flest avgjørelser mellom jevnaldrende, velger jeg likevel å ta med denne. Konklusjonen må her bli at voldtekt er lovbrudd av en så alvorlig karakter at fengsling av barn kan anses nødvendig av hensyn til samfunnsvernet.

Etter dette kan man slå fast at sedelighetsforbrytelser er alvorlige forbrytelser som kan gi grunnlag for å idømme barn frihetsstraff. Det kan ikke konkluderes med at fengselsstraff alltid vil være den riktige reaksjonen. I saker hvor aldersforskjellen er stor mellom fornærmede og domfelte vil terskelen for å idømme ubetinget fengselsstraff slik jeg ser det være lavere. I saker hvor domfelte og fornærmede er jevnbyrdige i alder, taler det imidlertid for at lovbruddet ikke bør straffes for strengt. Det bør derfor skilles mellom handlinger som begås mellom jevnaldrende, og handlinger hvor aldersforskjellen er stor. Er aldersforskjellen stor vil lovbyteren sannsynligvis være nær 18 års grensen, og da kan det se ut som at terskelen for frihetsstraff er betydelig lavere siden de anses som mer alvorlige lovbrudd. Imidlertid vil ikke straffen bortfalle på grunn av jevnbyrdighet i alder ved voldtekt, jf. strl.§ 192. Voldtektsforbrytelser er så alvorlige lovbrudd at ubetinget fengsel kan bli siste utvei for den unge lovbyteren, begrunnet i sterke allmennpreventive hensyn.

### 4.3.3 Forbrytelser mot liv, legeme og helbred

Forbrytelser mot liv, legeme og helbred kan være alvorlige forbrytelser. Det avhenger av handlingenes objektive grovhet.<sup>116</sup> Strafferammene har blitt skjerpet for disse type handlinger de senere årene. I det følgende vil jeg undersøke hvilke lovbrudd som er så alvorlige at barn kan idømmes frihetsstraff. Jeg vil vise til noen tilfeller fra rettspraksis hvor lovbruddets art fikk stor betydning for straffereaksjonen, og til betydningen av Barnekonvensjonen i disse tilfellene.

Den første avgjørelsen som belyser problemstillingen, Rt. 2004 s. 804, kom kort tid etter inkorporeringen av Barnekonvensjonen i 2003 hvor fengsling skal være ”siste utvei”. Den gjaldt en 15 år og tre måneder gammel gutt som gjentatte ganger hadde sparket en tilfeldig forbipasserende med stor kraft som del i et angrep. Han var tiltalt for legemsbeskadigelse etter strl. § 229 annet straffealternativ, jf. § 232. Høyesterett kom under dissens 3-2 til at samfunnsstraff var den riktige straffen for den grove legemsbeskadigelsen. Flertallet mente at en grov voldshandling i sin alminnelighet må resultere i ubetinget fengselsstraff, men at de individualpreventive hensynene har en særlig tyngde overfor unge lovbrytere, og at grensen for samfunnsstraff ikke var overskredet i dette tilfellet.<sup>117</sup> Mindretallet sluttet seg til lagmannsretten og mente at ved grov uprovosert vold foretatt i fellesskap med flere bør det reageres med ubetinget fengselsstraff selv for meget unge lovbrytere.<sup>118</sup> De fant imidlertid at alderen og avståelsen fra straffbare forhold i ettertid var særlige omstendigheter som kunne begrunne samfunnsstraff.<sup>119</sup> Dissensen innebar altså uenighet omkring begrunnelsen som ble anført for resultatet. Denne uenigheten bekrefter at bildet ikke er svart hvitt vedrørende lovbruddets betydning. Det var imidlertid ikke uenighet hvorvidt straffens formål kunne ivaretas ved samfunnsstraff etter § 28 a. Slik jeg ser det

---

<sup>116</sup> Eskeland (2006) s. 430.

<sup>117</sup> Rt 2004 s. 804 avsnitt 25-26.

<sup>118</sup> Rt. 2004 s. 804 avsnitt 14.

<sup>119</sup> Rt. 2004 s. 804 avsnitt 20.



fikk altså barnets beste og de individualpreventive hensynene avgjørende vekt i reaksjonsfastsettelsen for flertallet. Selv om dommen er avsagt under dissens, er det altså enighet om at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for å fengse. Lovbruddet var ikke så straffverdig at fengsel var påkrevd for 15 åringen. Voldshandlinger kan i utgangspunktet altså være alvorlige handlinger som kan resultere i frihetsstraff, men i en helhetsvurdering kan barnets beste og øvrige hensyn begrunne en straff i frihet. Hensynet til barnets beste, og vilkåret om at frihetsstraff skal være ”siste utvei” etter BK er derfor ivaretatt.

I den andre rettsavgjørelsen, Rt. 2005 s. 1096, ble en 17 år og 11 måneder gammel gutt domfelt for tre legemsfornærmelser og tre tilfeller av skadeverk. Høyesterett kom enstemmig til at fengsel i 75 dager var passende. De særdeles skjerpene omstendighetene rundt legemsfornærmelsene ble avgjørende. Retten la vekt på at handlingene skjedde mot asylsøkere, uten noen form for provokasjon og rammet tre fornærmede uten forbindelse til hverandre.<sup>120</sup> Domfelte slo og sparket de fornærmede mens de lå på bakken. Førstvoterende uttalte at Barnekonvensjonens ”siste utvei”-krav og domfeltes unge alder var tungtveiende argumenter for samfunnsstraff. Likevel veide allmennpreventive hensyn tyngre i denne saken. At allmennpreventive hensyn veide tyngst i denne saken gir etter min mening uttrykk for at flere grove og uprovoserte voldshandlinger med utslag av fremmedfrykt og antipati er alvorlige handlinger som retten vil straffe strengt for å gi et avskrekkende signal til samfunnet. Imidlertid ble store deler av straffen gjort betinget, og er slik jeg forstår det begrunnet i at domfelte er beskyttet av Barnekonvensjonen, herunder både barnets beste og ”siste utvei”-kravet. Om dommens resultat hadde blitt stående med det någjeldende ”særlig påkrevd”-vilkåret er vanskelig å besvare. At handlingene var grovt utført taler for å ta hensyn til samfunnsvernet, mens rehabiliteringshensyn og hensynet til barnets beste taler for en reaksjon i frihet. Avveiningen mellom de allmennpreventive og de individualpreventive hensynene var heller ikke avgjort da dommen ble avsagt. Mye kan tale for at retten i denne avgjørelsen også i dag hadde kommet til samme konklusjon, fordi

---

<sup>120</sup> Rt. 2005 s. 1096 avsnitt 19.

han var nær 18 års grensen, hadde begått gjentatte lovbrudd og utførte handlingene på en meget skjerpene måte.

Et annet illustrerende tilfelle er dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1317. En 17 år gammel gutt var domfelt for uaktsomt drap ved å ha kjørt bil i høy fart i ruspåvirket tilstand. Høyesterett kom enstemmig til at det måtte reageres med ubetinget fengselsstraff. Retten påpekte at:

”Ikke minst for ungdomsmiljøer generelt er det viktig å gi klare signaler om at bilkjøring i høy hastighet under påvirkning av rus, vil medføre strenge reaksjoner”.<sup>121</sup>

Hensynet til allmennprevensjon måtte derfor tillegges særlig vekt. Høyesterett har tilsynelatende vektlagt at lovbrudd av en slik alvorlig art vil medføre strenge straffer. Dette taler etter mitt syn for at slike handlinger vil være et alvorlig lovbrudd, og derfor kan det være både ”særlig påkrevd” og ”siste utvei” å benytte frihetsstraff. Skjerpene momenter knyttet til det grove lovbruddets karakter, som særlig høy hastighet i ruspåvirket tilstand, betydelig risiko for dødsfølge og den etterfølgende kriminelle atferd, ble tungtveiende i vurderingen.<sup>122</sup> Etter at alle forhold ved saken ble belyst, kunne ikke straffens formål ivaretas med samfunnsstraff. Det kan tenkes at lovbruddet var så alvorlig i denne saken at det isolert sett ville ført til frihetsstraff for barnet uavhengig av barnets alder. Kan det sies at det var til barnets beste å bli idømt fengselsstraff i denne saken? Den straffverdige handlingen innebar en stor risiko både for den domfelte selv, for de som satt på i kjøretøyet og for andre i veibanen. Kjæresten satt i baksetet, og døde kort tid etter at bilen traff en lykestolpe. Tapet av en nærstående la Høyesterett ikke vekt på. Det ble derimot lagt vekt på individual- og allmennpreventive hensyn for å oppnå en avskrekkende virkning på domfelte, og for å hindre at andre ungdommer begår slike type lovbrudd. Domfelte ble, ved

---

<sup>121</sup> Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 33.

<sup>122</sup> Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 33.

å bli idømt frihetsstraff, stoppet fra å begå gjentatte kriminelle handlinger av hensyn til sin egen og andres sikkerhet. Dette kan være av hensyn til barnets beste. Strafferettens hensyn og hensynet til barnets beste trenger som sagt ikke alltid være i kollisjon med hverandre.

Jeg vil også belyse betydningen av lovbruddets art med ”Hønefoss-drapet” fra 2009, Rt. 2011 s. 774. En gutt på 17 år og ni måneder knivstakk sin far over 30 ganger i ansiktet, halsen og hodet. Faren døde av luftemboli og indre forblødninger kort tid etter. Høyesterett kom under dissens 4-1 til syv års ubetinget fengsel for drapet. Retten bemerket at drap skal straffes strengt, og at det har skjedd en skjerpelse av strafferammene for slike lovbrudd de senere årene.<sup>123</sup> De viste til Barnekomiteens Generell kommentar nr.10 om at barn er mindre å bebreide, og at alderen tilsier at straffen skal settes betydelig lavere enn for voksne.<sup>124</sup> Han måtte bebreides noe for å ha ruset seg, men de la også vekt på at domfelte selv hadde blitt rammet meget hardt av forbrytelsen.<sup>125</sup> Både flertallet og mindretallet uttalte at drapshandlinger etter sin art er meget alvorlige handlinger, og at drapshandlingens karakter må tillegges størst vekt. Etter dette kan vi slutte at drap er alvorlig lovbrudd hvor terskelen for å idømme barn fengselsstraff ofte vil være overskredet. Det vil nok også være i tråd med den alminnelige rettsfølelse at drap straffes strengt. Imidlertid bør barns rehabiliteringsbehov veie tungt i avveiningen, men det skal mye til for at disse hensynene får avgjørende vekt i brutale drapssaker.

Den siste avgjørelsen jeg vil belyse problemstillingen med gjaldt en 17 år gammel gutt som hadde medvirket til selvmord, Rt. 2012 s. 34. Høyesterett la til grunn at samfunnsstraff kan anvendes ved denne type lovbrudd, men det beror på omstendighetene i den enkelte saken. I dette tilfellet hadde ikke tiltalte forsøkt å hindre handlingen, men derimot bidratt aktivt til å gjennomføre den. Fengselsstraff måtte derfor idømmes, da samfunnsstraff ikke ville gitt

---

<sup>123</sup> Rt. 2011 s. 774 avsnitt 23.

<sup>124</sup> Rt. 2011 s. 774 avsnitt 26-27.

<sup>125</sup> Rt. 2011 s. 774 avsnitt 28-29.

”tilstrekkelig klar avstandtagen fra tiltaltes handlemåte”.<sup>126</sup> Ved valg av reaksjonsform var medvirkning til tap av menneskeliv som forbrytelse utgangspunktet for vurderingen, men de konkrete omstendighetene ble avgjørende.<sup>127</sup> På grunn av tiltaltes aktive handling i dette tilfellet kan det derfor ikke konkluderes med en generell straffereaksjon for medvirkning til selvmord.<sup>128</sup> Hadde tiltalte hatt en mer passiv rolle ved gjennomføringen ville det nok ikke holdt til fengselsstraff, slik jeg kan se ut fra rettens argumentasjon.

” Straffverdigheten av tiltaltes handlemåte er etter mitt syn slik at ’hensynet til straffens formål’ gjør soning av fengselsstraff nødvendig.”<sup>129</sup>

Dette tolker jeg som at fengselsstraff var det eneste alternativet for at straffens formål skulle oppnås. Som eneste alternativ vil det være i tråd med ”siste utvei”-kravet etter BK.

Det er ikke lett å trekke noen konklusjon med hensyn til lovbruddets art ut fra rettspraksis. Det er ikke nok at lovbruddets karakter er grovt. Andre omstendigheter og momenter kan samlet sett gjøre det vanskelig for dommeren å foreta et valg av reaksjon. Imidlertid kan jeg trekke den slutningen at grove forbrytelser mot liv, legeme eller helbred synes å ligge over terskelen for når fengsel kan benyttes. Grove lovbrudd tilsier at allmennpreventive hensyn bør veie tyngre enn ved mindre alvorlige lovovertrедelser. Også de individualpreventive hensynene kan tale for strenge straffer, slik at straffen virker avskrekkende på lovbrysterer selv. Praksis på området synes å vektlegge det alvorlige og straffverdige lovbruddets art i stor grad. Jeg kan ikke uten videre legge til grunn at lovgivers ønske er å heve terskelen for å benytte fengsel for barn, men at strafferammene for vold og drap generelt er skjerpet, er et tegn på at disse lovbruddene bør straffes hardere

---

<sup>126</sup> Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26.

<sup>127</sup> Rt. 2012 s. 34 avsnitt 22.

<sup>128</sup> Rt. 2012 s. 34 avsnitt 23.

<sup>129</sup> Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26.

av allmennpreventive hensyn. Av den grunn bør samfunnsvernet være et tilstrekkelig argument for frihetsstraff, og det kan i noen særlige tilfeller være i overensstemmelse med ”siste utvei”-kravet etter BK. Forbrytelser mot liv, legeme og helbred tilsier strenge straffer siden tilfeldige kan rammes, og de ofte begås spontant. Det er nettopp i slike saker hvor fengsel kan anses nødvendig, og begrunner hvorfor det ikke er et forbud mot å fengsle barn.

#### 4.3.4 Vinningsforbrytelser

Problemstillingen i det følgende er hvilke vinningslovbrudd som karakteriseres som alvorlige lovbrudd, og kan føre til at barn blir idømt frihetsstraff. Spørsmålet om frihetsstraff skal anvendes overfor barn, har i første rekke kommet opp i saker som gjelder grove ran, ran og ransforsøk. Derfor er det disse tilfellene det er aktuelt å se på her. Jeg vil se på rettspraksis hvor vinningslovbrudd fikk stor betydning for straffereaksjonen, og på betydningen av barnet beste og ”siste utvei”-kravet etter BK.

I rettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 903 hadde fire unge menn begått et ran. To av de domfelte var mindreårige. B var 17 år og seks måneder på handlingstidspunktet, og C var 17 år og fem måneder. Høyesterett kom under dissens 4-1 til at det måtte benyttes ubetinget fengsel. B ble dømt til ubetinget fengsel for grovt ran i underinstansen, da han var en av to initiativtakere og pådrivere. Han hadde tidligere blitt dømt til samfunnsstraff for vold mot offentlig tjenestemann, og tiltalt for to nye ran kort tid etter ranet. Straffens formål kunne derfor vanskelig gjøres opp med noe annet enn fengselsstraff. Dissensen gjaldt reaksjonen for C. C ble i lagmannsretten dømt under atskillig tvil til samfunnsstraff for simpelt ran, men på grensen for grovt ran. Høyesterett behandlet spørsmålet om det var grunnlag for å idømme C samfunnsstraff, og uttalte i den forbindelse at:

”Høyesterett har i flere avgjørelser angitt som det klare utgangspunkt at det skal reageres med ubetinget fengsel av lengre varighet ved grove ran, (...) hensynet til allmennprevensjonen tilsier at det reageres med ubetinget fengsel av lengre varighet

ved ran av kiosker, bensinstasjon og forretninger – også når ranet ikke er å anse som grovt.”<sup>130</sup>

Det ble altså henvist til tidligere rettspraksis, som sa at ved både simple og grove ran bør det reageres strengt. Lovbruddets art ble avgjørende i vurderingen. Slik jeg forstår det, ble også simple ran regnet for å være en alvorlig forbrytelse som ligger på terskelen for å bli idømt frihetsstraff. Avveiningen mellom de allmennpreventive - og individualpreventive hensyn for bruk av samfunnsstraff var ikke klart fastlagt på denne tiden. Jeg kommer tilbake til gjeldende praksis for denne avveiningen i neste rettsavgjørelse. For de to mindreårige lovbrysterne bygget retten blant annet sin begrunnelse på ”siste utvei”-kravet etter BK, og viste til lovgivers syn i den nye strl. § 33 ”særlig påkrevd”.<sup>131</sup> Flertallet holdt fast ved hovedregelen om å benytte ubetinget fengsel for lovbrudd av denne karakter. Mindretallet mente at det var en straffbar handling som var nødvendig for å begrunne fengselsstraff, men ikke i seg selv det tilstrekkelige grunnlaget.<sup>132</sup> Slik jeg ser det innebar dissensen hvordan avveiningen av hensynene skulle foretas. At hensynet til allmennprevensjon tilsier ubetinget fengsel også ved simple ran av kiosker, bensinstasjon og forretninger er nok blant annet begrunnet i at personalet skal kunne føle seg trygge på arbeidsplassen, og at slike døgnåpne tjenester skal kunne være mulig. Av hensyn til straffverdigheten bør disse handlingene straffes strengt. Imidlertid tilsier barnets alder og den svekkede allmennprevensjonens betydning hos barn, at avveiningen bør være mer i barnets favør, jf. BK artikkel 3. Det må naturligvis mer til for at hensynet til barnets beste skal få avgjørende betydning jo grovere lovbruddet er. Imidlertid er det andre formildende momenter i denne saken som taler for å legge mer vekt på barnets beste, etter min mening. Konklusjonen etter denne avgjørelsen må derfor bli at vinningslovbruddets art ble avgjørende for at de unge lovbrysterne ble idømt frihetsstraff.

---

<sup>130</sup> Rt. 2009 s. 903 avsnitt 10.

<sup>131</sup> Rt. 2009 s. 903 avsnitt 12.

<sup>132</sup> Rt. 2009 s. 903 avsnitt 29.

Den andre saken hvor vinningslovbruddet fikk betydning for straffereaksjonen er den allerede nevnte Rt. 2010 s. 1313. En 17 år og fire måneder gammel gutt ble straffet for ran og ransforsøk som lå på grensen mot grovt ran. Høyesterett kom her under tvil til at samfunnsstraff burde benyttes, og endret lagmannsrettens dom på fengsel i to år og seks måneder. Lovbruddets karakter gjorde dommerne i sterk tvil. De tolket lovtekst, forarbeider og rettspraksis om vilkårene for samfunnsstraff etter strl.§ 28a første ledd i lys av barnets beste og ”siste utvei”-kravet etter BK. De viste også til lovgivers syn i strl. § 33 av 2005-loven. Retten kom fram til at tyngdepunktet mellom de individual - og allmennpreventive hensyn måtte ”forskyves” der domfelte var under 18 år på handlingstiden.<sup>133</sup> De individualpreventive hensynene fikk til slutt størst betydning i denne saken da de la stor vekt på det som tjente barnets interesser. Det ser for meg ut til at et heldig resultat for barnet må stå i fokus, og at risikofaktorene må reduseres ved å legge mer vekt på reintegreringshensyn. Dette er også i tråd med Barnekomiteens Generell kommentar om hva som bør vektlegges i reaksjonsfastsettelsen.<sup>134</sup> Ut fra denne dommen kan det slutes at vinningsforbrytelser kunne begrunnes med samfunnsstraff, selv om lovbruddet isolert sett var alvorlig.

Den sistnevnte dommens begrunnelse opprettholdes i Rt. 2011 s. 206. Denne saken gjaldt straffutmåling for grovt ran begått av en 17 år og 10 måneder gammel gutt. Lagmannsretten kom til at fengsel var den riktige straffen, men Høyesterett tok anken til følge og idømte 17 åringen samfunnsstraff for handlingene. De brukte samme argumentasjonen som i 2010-dommen, selv om handlingene var grovere. De mente likheten i alvorlighetsgraden samsvarte med situasjonen i 2010-dommen, og at det derfor var snakk om samme vurdering.<sup>135</sup> Lovbruddet resulterte i samfunnsstraff siden domfelte fortsatt var et barn på

---

<sup>133</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

<sup>134</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 71.

<sup>135</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 17.

gjerningstidspunktet.<sup>136</sup> Han var i likhet med domfelte i 2010-dommen ikke tidligere straffedømt. De individualpreventive hensynene gav da tilstrekkelig grunnlag for å benytte samfunnsstraff. Således er også hensynet til barnets beste etter BK artikkel 3 ivaretatt.

Den siste avgjørelsen jeg vil se på vedrørende betydningen av lovbruddets art er inntatt i Rt. 2012 s. 1322. Her ble en ung gjerningsmann idømt fengselsstraff for flere ran før han fylte 18 år, og ett etter fylte 18 år. Faktum i saken skiller seg derfor en del fra dommene ovenfor, ettersom domfelte hadde vært kriminell siden 16 års alderen. Etter en samlet vurdering forelå det et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å idømme frihetsstraff. De straffbare handlingene som ble begått etter 18 års dagen kvalifiserte for en ubetinget fengselsstraff. Dessuten tydet det ikke på noen endring i hans livsmønster.<sup>137</sup> Det er vanskelig å si hvordan situasjonen hadde vært uten hendelsen etter fylte 18 år, men det er nærliggende å tro at det som tjener barnets interesser ville fått større betydning, jf. Rt. 2010 s. 1313. I denne saken er det vanskelig å konkludere med betydningen av lovbruddets art isolert sett. Det må antas at de øvrige momentene gjorde utslag for at frihetsstraff måtte benyttes som ”siste utvei”.

Etter å ha studert rettspraksis ser vi at vinningsforbrytelser er alvorlige lovbrudd som kan resultere i fengselsstraff for barn i grove tilfeller. Imidlertid kan vekten av de individualpreventive hensyn hindre at det foreligger et tilstrekkelig grunnlag for fengselsstraff. Avgjørelsene overfor viser at disse lovbruddene har gjort Høyesterett i tvil om straffereaksjonen i flere tilfeller. I avgjørelsen Rt. 2010 s. 1313 uttrykte retten en viss skepsis til flertallets utgangspunkt for vurderingen i 2009-dommen, da de var i tvil om tolkningen av samfunnsstraff etter § 28a var i samsvar med BK og ”særlig påkrevd”-vilkåret.<sup>138</sup> Det har skjedd en utviklingen fra Høyesterett i 2009 uttalte at også simple ran

---

<sup>136</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 22.

<sup>137</sup> Rt. 2012 s. 1322 avsnitt 23.

<sup>138</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 16.



burde reageres med ubetinget fengsel, til Høyesterett i 2010 benyttet samfunnsstraff for en handling som lå på grensen til grovt ran. På bakgrunn av synspunktene og rettsutviklingen i 2010 dommen, er terskelen for fengsling av barn ansett for å være høyere. Avgjørelsen fra 2012 viser likevel at fengsel fortsatt kan idømmes for vinningsforbrytelser begått av barn i spesielle tilfeller.

Det kan konkluderes med at vinningsforbrytelser, herunder ran, er lovbrudd hvor samfunnsstraff kan være en tilstrekkelig reaksjon for barn. Det gjelder også ved de tilfeller hvor lovbryteren er nær 18 års grensen på handlingstiden. Sammenliknet med forbrytelser som drap og voldtekt drøftet tidligere, kan det se ut til at terskelen for å bli idømt fengselsstraff ved vinningsforbrytelser er lavere.

#### **4.4 Betydningen av konkurrans – Én handling før og én etter fylte 18 år**

Problemstillingen i det følgende vil være hvilken betydning Barnekonvensjonen får for utfallet i tilfellene der tiltalte var barn på handlingstiden under den første ugjerningen, men ikke ved senere lovbrudd. Strafferettens regler fastsetter at felles frihetsstraff skal anvendes hvis noen i samme handling eller i forskjellige handlinger har forøvet forskjellige forbrytelser som skulle medført frihetsstraff, jf. strl. § 62. Det er ikke sjelden lovbrutere begår flere straffbare handlinger som pådømmes samtidig. Hvis vi tenker oss et konkurranstilfelle hvor gjerningspersonen har utført kriminelle handlinger både før og etter 18 årsdagen, blir spørsmålet i hvilken grad personen får sine rettigheter etter Barnekonvensjonen ivaretatt i reaksjonsfastsettelsen. Loven og forarbeidene gir ikke svar på denne problemstillingen. Skal fengsel fortsatt være ”særlig påkrevd”? Matningsdal gir i sin kommentar til den tilsvarende ordlyden i § 33 av 2005-loven at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved et sammenhengende straffbart forhold hvis forholdet opphører på eller etter 18-årsdagen, eller ved realkonkurrens når handlingene er begått både før og etter 18-årsdagen.<sup>139</sup> Straffen etter fylte 18 år kan altså ikke settes lavere enn hva det

---

<sup>139</sup> Matningsdal (2012), note 193.

overtrådte straffebud gir adgang til. Vil slike tilfeller falle utenfor Barnekonvensjonens område totalt sett? Jeg går over til rettspraksis for å belyse dette problemet.

I den allerede nevnte Rt. 2010 s. 1317 ble en 17 år og 10 måneder gammel gutt idømt frihetsstraff for å ha kjørt ruspåvirket i høy hastighet og forvoldt en annens død. Dagen etter han fyller 18 år, gjør han seg skyldig i en legemsfornærmelse under særdeles skjerpene omstendigheter. Sammen med de særlige tungtveiende allmennpreventive hensynene, blir domfeltes myndighetsalder avgjørende for utfallet. I den andre handlingen er han ikke lenger barn. Slik jeg ser det, begrunnet Høyesteretten fengselsstraffen med det alvorlige lovbruddet, at han var nær 18 år og at han hadde gjort seg skyldig i nye lovbrudd etter han fylte 18 år. Det forelå ingen rehabiliteringssituasjon, så allmennpreventive hensyn fikk størst vekt. Sammenliknet med Rt. 2010 s. 1313, hvor 17 åringen ble idømt samfunnsstraff for omtrent samme faktum, trakk retten fram at domfelte ikke var skyldig i nye lovbrudd i den saken. Det er vanskelig å se hvilken betydning Barnekonvensjonen fikk i Rt. 2010 s. 1317. Jeg ser det slik at de nye straffbare forholdene talte for at formålet med straffen vanskelig kunne gjøres opp med en annen reaksjon enn fengselsstraff. I totalvurderingen, hvor lovbrysterens alder var nær 18 års grensen og lovbruddet svært alvorlig, kan jeg trekke den slutningen at de nye straffbare forholdene gjorde at reaksjonen måtte bli frihetsstraff. Det kan godt tenkes at reaksjonen her ville blitt frihetsstraff uten de nye kriminelle handlingene. Det at domfelte gjorde seg skyldig i nye handlinger etter myndighetsalderen er klart et moment som taler for frihetsstraff. En del av begrunnelsen for at frihetsstraffen for barn ikke blir fjernet, er nettopp at reaksjonen er ment å ramme gjengangertilfeller.<sup>140</sup>

Situasjonen kan også belyses med en fersk Høyesterettsavgjørelse, Rt. 2012 s. 1322. Domfelte var under 18 år da han utførte blant annet to ran og to ransforsøk. Etter at han fylte 18, begikk han ytterligere ett ran og en grov legemsbeskadigelse. Det var ikke

---

<sup>140</sup> NOU 2008:15 s. 138.

grunnlag for samfunnsstraff. At domfelte var 18 år og fem måneder kunne ikke i seg selv gi grunnlag for samfunnsstraff, da det først foreligger ”ein markert skilnad i val av reaksjon” når personen fyller 18 år. Som nevnt under punkt 4.2 uttalte Høyesterett i Rt. 2011 s. 206 at det foreligger ”ein markert skilnad i val av reaksjon” når 18 års grensen er passert.<sup>141</sup> Jeg tolker dette utsagnet dit hen at rettsgrunnlaget som beskytter lovbrutere fram til 18 årsdagen ikke gjelder for myndige personer. Særbestemmelsene i straffeloven og rettighetene i Barnekonvensjonen får altså ingen betydning etter man har fylt 18 år uavhengig av modenhet og utvikling. For handlingene før han fylte 18 år ble det henvist til de til de sentrale Høyesterettsavgjørelsene på området; avgjørelsene nevnt overfor inntatt i Rt. 2010 s. 1313 og Rt. 2010 s. 1317. Retten trakk på bakgrunn av disse avgjørelsene den slutningen at handlingene isolert sett kunne føre til samfunnsstraff.<sup>142</sup> Men det synes ikke å ha fått noe særlig betydning at han var barn under de første handlingene. Han har fått ”holde på” uten noen form for reaksjon som barn. Offentlige instanser har utvist passivitet ved ikke å hindre hans negative utvikling, men retten fant ikke grunn til å klandre politiet eller offentlige instanser ettersom det stadig har dukket opp nye forhold som har blitt strafferettslig forfulgt. For handlingene etter at tiltalte fylt 18 år, uttalte Høyesterett at handlingene tiltalte har begått, som utgangspunkt kvalifiserer til en lengre ubetinget fengselsstraff. Det dreide seg om meget alvorlige formues- og integritetskrenkninger.<sup>143</sup>

Både vurderingene i 2010-dommen og Rt. 2012 s. 1322 gir etter mitt syn uttrykk for at Barnekonvensjonen i disse situasjonene får beskjeden betydning for handlingene begått før 18 år. Den mest alvorlige handlingen vil kumulere den mindre alvorlige. Straffen må stå i forhold til straffverdigheten. Da vil det være nærliggende å tro at dersom den alvorligste handlingen skjedde før gjerningspersonen fylte 18 år, vil Barnekonvensjonen få større betydning i helhetsvurderingen. Motsatt vil Barnekonvensjonen få mindre betydning

---

<sup>141</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 22.

<sup>142</sup> Rt. 2012 s. 1322 avsnitt 8.

<sup>143</sup> Rt. 2012 s. 1322 avsnitt 12.

dersom det personen i hovedsak er tiltalt for skjedde etter 18 årsdagen. Dette vil også være i tråd med hensynet til staffverdighet og prevensjon.

#### **4.5 Kan frihetsstraff benyttes overfor tidligere ustraffede barn?**

Et spørsmål når man vurderer terskelen for å fengsle unge lovbytere, er om retten har adgang til å idømme et tidligere ustraffet barn frihetsstraff. Spørsmålet er om ”siste utvei”-kravet etter BK artikkel 37 bokstav b er oppfylt i slike rettsavgjørelser.

Som nevnt må vilkåret ”særlig påkrevd” etter strl. § 18 foreligge for å benytte frihetsstraff for personer under 18 år i Norge, og vilkåret må vurderes i relasjon til lovbruddets art og forholdene ellers, se punkt 2.3.2. Det følger av forarbeidene at frihetsstraffen i første rekke benyttes overfor barn som begår gjentatte alvorlige lovbrudd, hvor en frihetsberøvende reaksjon vil være den eneste mulighet for å stoppe de straffbare handlingene.<sup>144</sup> Av hensyn til samfunnsvernet er fengselsstraffen derfor nødvendig for en liten gruppe som begår svært alvorlig kriminalitet.<sup>145</sup> Hva som er svært alvorlig kriminalitet vil etter en språklig forståelse være lovbrudd med høye strafferammer, sterk skyldgrad og grov overtredelse. I forarbeidene til ny straffelov for 2005 § 33, som samsvarer med gjeldende strl. § 18, sies det om ”særlig påkrevd” at:

”Som hovedregel bør andre reaksjoner være prøvd overfor lovbyteren før ubetinget fengselsstraff idømmes. Men unntaksvis kan slik straff idømmes førstegangsforbrytere. Forutsetningen er at det gjelder en alvorlig straffbar handling.”<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> NOU 2008:15 s. 138.

<sup>145</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

<sup>146</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 435.

Hvis et tidligere ustraffet barn har begått en ”alvorlig straffbar handling” kan altså fengsel unntaksvis idømmes. Hensynet til samfunnsvern gjør det nødvendig å ha frihetsstraffen tilgjengelig for barn som begår alvorlige eller gjentatte lovbrudd.<sup>147</sup> Lovbrudd av alvorlig karakter er blant annet lovbrudd drøftet i punkt 4.3. Vil terskelen for en førstegangsforbryter ligge enda høyere for at det kan anses å være siste utvei? Jeg vil belyse problemstillingen med noen tilfeller fra rettspraksis de senere årene.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 903 ble en tidligere ustraffet 17 år og fem måneder gammel gutt begått et grovt ran. Han ble idømt frihetsstraff under dissens 4-1. Flertallet mente at det var særlig påkrevd å reagere med fengsel, og at dette var siste utvei etter BK. Det ser ut til at retten mente handlingen var så alvorlig at samfunnsstraff ikke i tilstrekkelig grad kunne begrunnes ut fra de allmennpreventive hensynene. Mindretallet mente imidlertid at en alvorlig straffbar handling er nødvendig for å idømme en førstegangsforbryter frihetsstraff, men ikke i seg selv tilstrekkelig til å begrunne ubetinget fengselsstraff i disse tilfellene.<sup>148</sup> Det måtte altså foreligge flere momenter som tilsier fengselsstraff. Domfelte hadde deltatt i et samarbeidsprosjekt for å hindre kriminalitet, noe som hadde virket positivt på han. Dessuten hadde han avstått fra straffbare forhold, og var i fast arbeid.<sup>149</sup> Spørsmålet er om ”siste utvei”-kravet er oppfylt i dette tilfellet. Selv om han er nær 18 års grensen, og lovbruddet er grovt er det etter min mening ikke klart at ”siste utvei”-kravet her er oppfylt. At domfelte hadde en positiv utvikling og har avstått fra kriminell atferd etter lovbruddet han ble straffet for, viser at han kan mestre reaksjon i frihet. Dissensen understreker imidlertid at slike saker er vanskelige å avgjøre. Konklusjonen på bakgrunn av denne dommen blir at fengsel kan idømmes førstegangsforbrytere til tross for positive omstendigheter rundt den unge lovbyteren. Det vil riktignok gjelde for lovbytere som var nær 18 år på handlingstiden. Et tidligere

---

<sup>147</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 99.

<sup>148</sup> Rt. 2009 s. 903 avsnitt 30.

<sup>149</sup> Rt. 2009 s.903 avsnitt 14.

ustraffet barn må også ha begått en svært alvorlig straffbar handling som taler tungt for å beskytte samfunnet.

I Rt. 2010 s. 1313 var domfelte 17 år og fire måneder da han begikk ran, som lå i grenseland til grovt ran. Retten kom under tvil til en reaksjon på samfunnsstraff. Begrunnelsen for reaksjonen var blant annet at handlingene skjedde samme natt, han var førstegangsforbryter og at han ikke hadde begått noen flere straffbare handlinger i ettertid.<sup>150</sup> Selv om lovbryteren her var et halvt år unna 18 års grensen og at den straffbare handlingen var alvorlig, mente altså retten at det ikke var nødvendig å reagere med frihetsstraff. I tvilsituasjonen ble det slik jeg ser det tillagt avgjørende vekt at lovbryteren tidligere var ustraffet. Man kan ikke etter dette trekke den slutningen at ikke førstegangsforbrytere kan bli ilagt ubetinget fengsel, men det skal altså svært mye til fordi de kan være lettere ”å snu”. Også den alminnelige rettsfølelsen vil tale for å gi et tidligere ustraffet barn en ny sjanse. ”Siste utvei”-kravet og hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonen er dermed også ivaretatt her.

I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 206 var det også ran av stor alvorlighetsgrad som ble begått, og domfelte var nær 18 år på handlingstiden. Selv om mye talte for frihetsstraff valgte Høyesterett likevel å benytte samfunnsstraff. Det fikk stor betydning at den unge lovbryteren var førstegangsforbryter.

”A var ikkje tidlegare straffedømd. Og det har snart gått to år etter handlinga, utan at han har gjort seg skuldig i nye strafflagde handlingar. Han går på vidaregåande skule, og er i tillegg i fast deltidsarbeid. Det vil ut frå dette bli eit sterkt inngrep i den personlege livssituasjonen om han må sone fengselsstraff.”<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 19.

<sup>151</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 19.

Det avgjørende for straffereaksjonen var at domfelte var førstegangsforbryter, og at fengsel derfor ikke kunne sies å være ”siste utvei” til tross for den alvorlige handlingen. En frihetsberøvende reaksjon ville vært et sterkt inngrep for domfelte i denne saken, og det ville nok heller virket skadeliggjørende. De individualpreventive hensynene er derfor best ivaretatt ved en dom på samfunnsstraff. Denne avgjørelsen la vurderingene fra 2010-dommen til grunn i reaksjonsfastsettelsen.<sup>152</sup>

Det kan etter dette konkluderes med at terskelen for å benytte frihetsstraff for førstegangsforbrytere er svært høy. De nevnte dommene gir uttrykk for at det har skjedd en rettsutvikling vedrørende rettsituasjonen for tidligere ustraffede barn fra 2009 til 2010. Dommen fra 2009 avviker fra 2010-dommen i valg av straffereaksjon selv om førstegangsforbryterne i de to sakene var tiltalt for samme straffebed, og var nær 18 år på handlingstiden. Ettersom Rt. 2010 s.1313 er avsagt nærmere i tid og var enstemmig vil det tale for at den rent rettskildemessig har større vekt enn 2009-dommen. At den også har blitt vektlagt i senere saker, som i Rt. 2011 s. 206, styrker dommens rekkevidde.

Er handlingene alvorlige nok, kan i prinsippet førstegangsforbrytere altså idømmes fengsel. Må lovbruddets alvorlighetsgrad være høyere for at allmennpreventive hensyn skal veie tyngst i saker begått av ustraffede barn? Er ”siste utvei”-kravet etter BK ivaretatt i den konkrete saken? Det skal nok mer til for at øvrige momenter kan danne tilstrekkelig grunnlag for frihetsstraff dersom forbryteren ikke er straffet tidligere. Forarbeidene sier at hensynene også gjelder for de som ikke har begått flere handlinger, men svært alvorlige lovbrudd.<sup>153</sup> Tendensen er ofte at det begynner i det små og at det ender med så alvorlige lovbrudd som tilslutt kvalifiserer til fengsel. Slik jeg ser det, vil argumentet om at domfelte tidligere er ustraffet være et viktig motargument til sterke allmennpreventive hensyn.

---

<sup>152</sup> Rt. 2011 s. 206 avsnitt 21-22.

<sup>153</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 99.

Dette gir meg grunnlag for å trekke den slutningen at det er vanskelig å forsvare at straffens formål bare kan gjøres opp med frihetsstraff for førstegangsforbrytere. De lege ferenda bør barn under 18 år ikke sitte i fengsel hvis de er tidligere ustraffet. Et snevert unntakstilfelle må i så fall være svært alvorlige lovbrudd, som for eksempel overlagt drap og terror. Likhets hensyn taler imidlertid for å straffe samme type handling likt. Likevel taler rettferdighets hensyn for en dom på samfunnsstraff. ”Siste utvei”-kravet taler for et mildere straffereaksjon enn en dom på ubetinget fengsel for førstegangsforbrytere. En lang betinget dom kan tenkes å være et egnet virkemiddel.<sup>154</sup>

#### **4.6 Grensen nedad til samfunnsstraff**

I det følgende vil jeg behandle de særlige spørsmål som oppstår i valget mellom ubetinget fengsel og samfunnsstraff. Reaksjonsfastsettelsen vil bero på en konkret helhetsvurdering hvor flere hensyn må vurderes opp mot hverandre. Spørsmålet her er hvor grensen går for hva som kan gjøres opp med en dom på samfunnsstraff.

Etter strl. § 28 a kan lovbytere bli idømt samfunnsstraff i stedet for fengselsstraff dersom de tre vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Se nærmere redegjørelse i punkt 2.3.3. Ordlyden ”kan” tilsier at retten har et valg ved fastsettelse av straffereaksjon. Lovendringene fra 2012 utvidet bruken av samfunnsstraff for barn ved å lovfeste et unntak fra vilkåret om at straffealternativet ikke ville vært strengere enn fengselsstraff i ett år, jf. strl. § 28a annet ledd. Ifølge forarbeidene er samfunnsstraffen en hensiktsmessig straffereaksjon overfor unge lovbytere, og kan anvendes ved alvorlige eller gjentatte lovbrudd.<sup>155</sup> Spørsmålet blir da hvor grensen mot frihetsstraff skal trekkes. Lovtekst og forarbeider sier ikke noe om dette i relasjon til barn. Hvilken reaksjon som skal idømmes vil bero på om hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet, jf. strl. § 28a

---

<sup>154</sup> Torstrup. E-post. 4. oktober 2012.

<sup>155</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 97.



bokstav b. For å besvare spørsmålet om hva som ligger i dette går jeg over til å se nærmere en Høyesterettsavgjørelse.

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1313 gav Høyesterett uttrykk for at tyngdepunktet mellom de individualpreventive og allmennpreventive hensynene forskyves i saker om barn og valg av straffereaksjon. Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser skal tre i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger *særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn*, som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff.<sup>156</sup> Høyesterett bidro her til en kursendring for bruk av samfunnsstraff overfor barn.<sup>157</sup> For å finne ut hvor den øvre terskelen for å idømme barn samfunnsstraff ligger, må jeg finne det rettslige innholdet i det retten uttalte i denne dommen.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” er det en ordlyd som det skal mye til å oppfylle. Uttrykket er svært vagt og skjønnsmessig, og det må foretas en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. Uten å ha empiriske fakta å vise til er det vanskelig å si noe konkret om innholdet i dette. Det kan likevel fastslås at ”særlig tungtveiende” krever mer å oppfylle enn tidligere ”sterke” allmennpreventive hensyn. Det må altså mer til for å sette hensynet til barnets beste til side enn tidligere. Etter en tolkning i snever forstand, vil det i hovedsak være lovbruddet karakter som avgjør om det oppfylles. Det skal nok mindre til å oppfylle slike hensyn hvis et ustaffet barn har begått et svært alvorlig lovbrudd, enn om en mindreårig gjenganger har begått mindre alvorlige lovbrudd. Selv om frihetsstraffen kan benyttes både ved alvorlige og gjentatte lovbrudd vil det ved svært alvorlige lovbrudd være lettere å forsvare frihetsstraff begrunnet i samfunnets behov for beskyttelse, enn gjentatte mindre alvorlige lovbrudd. Det vil også gjelde for den avskrekkende effekten frihetsstraff skal påføre andre barn. Samfunnet har behov for å vise avsky for visse type handlinger, selv om barn har

---

<sup>156</sup> Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

<sup>157</sup> Fornes (2012) s. 95.

begått dem. Utsagnet fra Høyesterett tilsier at de allmennpreventive hensynene må være så sterke at det ikke vil være forsvarlig å reagere med noen annen straffereaksjon enn frihetsstraff. Hvis det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som tilsier at straffen ikke kan gjøres opp i frihet, er vi altså utenfor anvendelsesområde for når samfunnsstraffen kan benyttes.

Hvor sterke må mothensynene være for å begrunne samfunnsstraff? I utgangspunktet vil hensynet til barnets beste gå foran i reaksjonsfastsettelsen, men må vike for samfunnets behov i noen helt spesielle tilfeller. Barnekomiteen uttaler i Generell kommentar nr. 10 at reaksjonen må være proporsjonal med hvor grov handlingen er, barnets alder, barnets behov og samfunnets behov.<sup>158</sup> Hensynet til straffverdighet tilsier at jo grovere lovbruddene er, jo større betydning får de allmennpreventive hensynene. Vi så i Rt. 2010 s. 1317 at ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” enstemmig ble ansett oppfylt i hovedsak på grunn av lovbruddets alvorlighetsgrad. Uaktsomt drap ved bilkjøring i høy hastighet i ruspåvirket tilstand, ville retten vise var uakseptabel atferd i samfunnet. At domfelte var nær 18 år, og at han dagen etter 18 årsdagen gjorde seg skyldig i nye lovbrudd, fikk også betydning. Dette tilfellet lå utenfor anvendelsesområde for samfunnsstraff. I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 206 ble derimot et grovt ranstilfelle ansett for å kunne ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Det fikk her betydning at 17 åringen var førstegangsforbryter.

Hvilken betydning har det at virkningen av allmennprevensjonen er lavere hos barn? Som tidligere nevnt ser ikke barn alle konsekvenser på grunn av begrenset skyldevne, og det kan derfor se ut til at det skal mer til for at allmennpreventive hensyn må foreligge. Den unge alderen og de negative følgene av fengsel vil være tungtveiende mothensyn i avveiningen, slik jeg ser det.

---

<sup>158</sup> Generell kommentar nr.10, punkt 71.

Det kan se ut som at den senkede terskelen for samfunnsstraff har gitt resultater i praksis. Kriminalomsorgens årsstatistikk fra 2011 viser en markant nedgang i antall dommer på frihetsstraff for barn mellom 15 og 18 år etter 2010. Fra 2007 til 2010 var det mellom 11-19 personer som fikk dom på ubetinget fengselsstraff, mens i 2011 var antall personer nede i 5.<sup>159</sup> Kan 2010-dommene ha hatt noe å si for dette utfallet? Hvis terskelen for å benytte frihetsstraff ble hevet av de to dommene fra november 2010, er det nærliggende å trekke den slutningen at det kan være noe av årsaken til ”fallet” i statistikken. Det kan teoretisk også skyldes færre alvorlige lovbrudd.

Høyesterett har gjennom Rt. 2010 s. 1313 ved å ”forskyve” tyngepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og allmennpreventive hensynene, senket terskelen for å idømme samfunnsstraff. Årsaken til den skjønsmessige formuleringen om ”særlige tungtveiende allmennpreventive hensyn” må etter mitt syn være at fengsel skal kunne benyttes i alle tilfeller der det anses hensiktsmessig. Ved et mer konkret krav, ville man satt en strengere begrensning. Da kunne man tenkte seg at tilfeller hvor fengselsstraff hadde vært hensiktsmessig ikke ville resultert i en slik reaksjon, mens tilfeller hvor fengsling ikke hadde vært nødvendig ville resultert i fengsling. Det gir også barnets interesser etter Barnekonvensjonen en mer fremtredende betydning. Sakene er komplekse, og avveiningen må foretas slik at ”siste utvei”-kravet og hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonen blir ivaretatt på en tilfredsstillende måte.

---

<sup>159</sup> Kriminalomsorgens årsstatistikk 2011, s. 35.

## 5 Avsluttende bemerkninger

Som nevnt innledningsvis er det til enhver tid i gjennomsnitt ca. ti barn i Norge som må sone en straff bak murene.<sup>160</sup> Fastsettelsen av straffereaksjon er opp til rettens skjønn hvor det må tas hensyn til både samfunnsvernet, individualpreventive virkninger for barnet og barnets beste. Lovendringene fra 2012 har generelt bedret vilkårene for unge lovbrytere, og bidratt til at den norske straffelovgivningen har blitt mer i samsvar med Barnekonvensjonen. Drøftelsene overfor viser at terskelen er høy for å idømme mindreårige kriminelle frihetsstraff. De få avgjørelsene som resulterer i frihetsstraff har vist seg å ha momenter av at lovbyteren er nær 18 år, lovbruddet er svært alvorlig og/eller at lovbyteren er tidligere straffet.

Senere års praksis og de nye lovendringene har etter mitt syn ført til at Barnekonvensjonen og hensynet til barnet beste har fått betydelig større plass. På grunn av endringene i straffeloven har forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven fått en mindre praktisk betydning siden norsk lov nå er i samsvar med barnekonvensjonen. Terskelen har blitt hevet etter de to 2010-dommene hvor kravet til ”særlige tungtveiende allmennpreventive hensyn” må foreligge for at barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff. Både lovgivers syn i ny straffelov, og Barnekonvensjonen var noe av grunnlaget for denne utviklingen. Da endringsloven kom i 2012 var dette en kodifisering av denne praksisen. Nå har vi fått lovfestet høyere krav til fengsling, og har således fått en sikkerhet og forutberegnelighet for at barnets interesser i sterkere grad blir vurdert i lovanvendelsen.

Norge avskaffet ungdomsfengslene i 1975 da det viste seg at de ikke hadde noen påviselig individualpreventiv effekt.<sup>161</sup> Ved ratifiseringen av Barnekonvensjonen reserverte vi oss mot BK artikkel 37c om at ”ethvert barn som er berøvet sin frihet, skal holdes atskilt fra

---

<sup>160</sup> KSF. E-post. 23. oktober 2012.

<sup>161</sup> Eskeland (2006) s. 49.

voksne”.<sup>162</sup> Vi har blitt kritisert av FNs Barnekomité for at barn plasseres sammen med voksne under soningen, og komiteen ønsker at reservasjonen fjernes.<sup>163</sup> Vår interne praksis rundt dette har vært at barn gjennomfører soning med voksne.<sup>164</sup> Diskusjonen rundt ungdomsfengsler har pågått over lang tid. Nylig bestemte regjeringen seg for å opprette to ungdomsfengsler fra 2014, fire plasser i Bergen og seks plasser på Østlandet.<sup>165</sup> Hvordan vil dette slå ut for hensynet til barnets beste? Vil ikke ungdomsfengsler senke terskelen for frihetsstraff? Barnekonvensjonen sier jo at barn ikke skal sone med voksne, men forbyr ikke ungdomsfengsler. På den ene side kan man tenke seg at ungdomsfengslene ikke vil ha så skadelig effekt på barnet, og at det kan ”tippe” avveiningen mot en reaksjon på fengsel. På den andre siden kan det føre til en forbedrende rehabiliterende effekt å sone i et fengsel som er bedre tilrettelagt for unge. Det taler også for at Norge kan fjerne reservasjonen, men hvis det ikke er nok plasser og barnet må plasseres med voksne, vil det antagelig være konvensjonsstridig.<sup>166</sup>

Et nytt element i tilknytning til denne avhandlingen, er den vedtatte ungdomsstraffen som vil tre i kraft når ungdomskoordinaatorene er etablert i konfliktrådene; trolig i løpet av 2013. Ungdomsstraffen vil bli et alternativ til ubetinget fengsel, og i enkelte tilfeller et alternativ til samfunnsstraff.<sup>167</sup> Straffen er egnet for barn som i dag idømmes ubetinget fengsel, men som kan gjennomføre en straff i frihet forutsatt streng oppfølging, og for barn som idømmes omfattende samfunnsstraffer.<sup>168</sup> For øvrig kreves det samtykke fra lovbrøyteren. Innholdet i straffen vil være tiltak av betydelig kontroll og restriksjoner for domfeltes

---

<sup>162</sup> Møse (2002) s. 169.

<sup>163</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 151.

<sup>164</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 151.

<sup>165</sup> <http://www.dagbladet.no/2012/10/18/nyheter/utdanning/innenriks/23923069/>.

<sup>166</sup> Barnekonvensjonen (2012) s. 151.

<sup>167</sup> Prop.135 L (2010-2011) s. 105.

<sup>168</sup> NOU 2008:15 s. 149.

dagligliv, hvor sosial kontroll erstatter fengselets fysiske kontroll.<sup>169</sup> Grunnen til at det anses nødvendig med denne straffereaksjonen, er at den er utarbeidet for å fange opp de utilsiktede virkningene straffen gir i dag.<sup>170</sup> Formålet er å gi den domfelte økt forståelse av konsekvensene handlingen har medført for de berørte, gjennom en individuell ungdomsplan.<sup>171</sup> Hvilken betydning den vil få for terskelen til ubetinget fengsel for barn, er det vanskelig å besvare på nåværende tidspunkt. For at ”siste utvei”-kravet skal være ivaretatt kan ungdomsstraffen synes å oppstille en enda høyere terskel etter at den blir en realitet; ettersom enda et alternativ skal være vurdert før det kan eventuelt sies å være siste utvei å gi barnet frihetsstraff. Dette vil kunne gi de unge lovbryterne en sterkere rettighet. Likevel kan fortsatt ”særlige tungtveiende allmennpreventive hensyn” begrunne fengselsstraff i helt spesielle tilfeller. Ungdomsstraffen vil være en heldig straffereaksjon dersom de tilsiktede virkningene med straffen etableres, i tillegg til at barnets interesser blir ivaretatt.

Til slutt kan man spørre seg om terskelen for å benytte frihetsstraff, ut fra en ”de lege ferenda”-vurdering, bør settes ytterligere opp. Hvor effektivt er egentlig frihetsstraffen for barn? På den ene side kan rehabiliteringsmomentet vektlegges mer på grunn av barnets begrensede skyldene. I så fall må vekten forskyves i retning Barnekonvensjonen i avveiningen mellom straffens formål og barnets beste som et grunnleggende hensyn. Hva tilsier egentlig at frihetsstraff fortsatt skal være en straffereaksjon for barn? Kan det forsvares å idømme barn frihetsstraff, når det fører til svært negative følger for barnet? Hvis det er utenkelig at straffens allmennpreventive hensyn kan bli avgjørende for utfallet, vil jo selve straffen som en sanksjon miste sin preventive rolle. Straffen er et middel for at målet om at barn skal avstå fra kriminalitet kan virkeliggjøres. Konsekvensene for å trå feil og idømme ”feil” straffereaksjon er imidlertid større ved så lav alder. Hva om den unge

---

<sup>169</sup> NOU 2008:15 s. 148.

<sup>170</sup> NOU 2008:15 s. 148.

<sup>171</sup> Mæland (2012) s. 297.

lovbryteren ikke overstiger terskelen for frihetsstraff ved alvorlige eller gjentatte lovbrudd, men gjentatte og alvorlige lovbrudd? Hvis vilkårene hadde blitt gjort kumulative, ville de tidligere ustraffede lovbryterne heller ikke havnet i fengsel, men fått en samfunnsstraff med krevende innhold. Dette kan også være samfunnstjenelig.

Advokatforeningens spørreundersøkelse fra 2007 sier noe om den alminnelige rettsoppfatningen på straffnivået i Norge. Generelt mente befolkningen at hovedbegrunnelsen for å benytte fengselsstraff var å rehabilitere lovbryteren for en senere tilbakeføring til samfunnet, mens dommerne mente det var for å få andre til å avstå fra kriminelle handlinger.<sup>172</sup> Imidlertid var de enige om at behandling, utdanning og/eller yrkesrettet arbeidserfaring vil fungere best for å forhindre at lovbryteren som soner en fengselsstraff begår nye lovbrudd etter løslatelsen. Bør derfor konfliktrådsbehandlingen gjøres obligatorisk? Fortjener ikke barn en sjanse og et håp om å leve videre uten kriminalitet? Generelt er behandling mer effektiv enn straff i arbeidet med å redusere kriminalitet, skal vi tro internasjonal forskning.<sup>173</sup> Om ungdomsfengslene og ungdomsstraffen vil redusere antall gjengangere, og få barn til å avstå fra å begå alvorlige lovbrudd for framtiden gjenstår å se.

---

<sup>172</sup> St.meld.nr.37 (2007-2008) s. 24.

<sup>173</sup> NOU 2008:15 s. 50.

## 6 Kilderegister

### Lover

1902	Lov av 22. mai 1902 nr 10 Almindelig borgelig straffelov (straffeloven)
1999	Lov av 21. mai 1999 nr 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2012	Lov 20. januar 2012 nr. 6 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffe- gjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

### Forarbeider

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
St.meld nr 37 (2007-2008)	Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn
NOU 2008:15 (2008)	Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll
Prop. 135 L (2010-2011)	Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)
Innst. 83 L (2011-2012)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffe- gjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

### Konvensjoner

BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
----	--



## **Høyesterettspraksis**

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2005 s. 29

Rt. 2005 s. 1096

Rt. 2009 s. 903

Rt. 2010 s. 669

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2010 s. 1317

Rt. 2011 s. 206

Rt. 2011 s. 774

Rt. 2011 s.1428

Rt. 2012 s. 34

Rt. 2012 s. 1322

## **Underrettspraksis**

Borgarting Lagmannsretts dom 6. februar 2012 (LB-2011-122598)

Borgarting Lagmannsretts dom 30. august 2012 (LB-2012-053708)

## **Litteraturliste**

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo, 2004.

*Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. Njål Høstmælingen ... [et al.] 2.utg. Oslo, 2012.

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

Hedlund, Mary-Ann. *Barnerett – i et internasjonalt perspektiv*. Oslo, 2008.

Matningsdal, Magnus. Kommentar til straffeloven av 2005 § 33, note 193. I: Gyldendals Rettsdata nettversjon. [Sisert 6. november 2012]

Mæland, John Henry. *Norsk alminnelig stafferett*. 2.utg. Bergen, 2012.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002.

Slettan, Svein og Toril Marie Øie. *Forbrytelse og straff*. Oslo, 1997.

### **Tidsskriftartikler**

Andenæs, Johs. *Straffens formål*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap (1946) s.481-499 [Sitert fra Lovdata]

Andenæs, Johs. *Prevensjon og rettferdighet i staffutmålingen*. I: Ånd og rett (1997) s. 12-21 [Sitert fra Lovdata]

Fornes, Ingun. *Bruk av samfunnsstraff overfor barn - nye tendenser i Høyesteretts praksis*. I: Lov og rett 02/2012 s. 87-103 [Sitert fra Idunn]

### **Annet**

General Comment No. 10, 2007: *Children's rights in Juvenile Justice*. (CRC/C/GC/10)

### **Nettdokumenter**

Barneombudet: *Generelle kommentarer på norsk*. Oppdatert 08.02.2010.  
<http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/rettighets/arkiv/generelle-1/> [Sitert 25. oktober 2012]

KSF. ”*Kriminalomsorgens årsstatistikk 2011*” (PDF)  
<http://www.kriminalomsorgen.no/statistikk-og-noekkeltall.237902.no.html>. [Sitert 23.oktober 2012]

NTB. *Faremo oppretter ungdomsfengsler*. I: Dagbladet. 18. oktober 2012.  
<http://www.dagbladet.no/2012/10/18/nyheter/utdanning/innenriks/23923069/>. [Sitert 18.oktober 2012]

## **Personlig meddelelse**

Torstrup, Odd Rune. E-post. 4. oktober 2012.

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF). E-post. 23. oktober 2012.