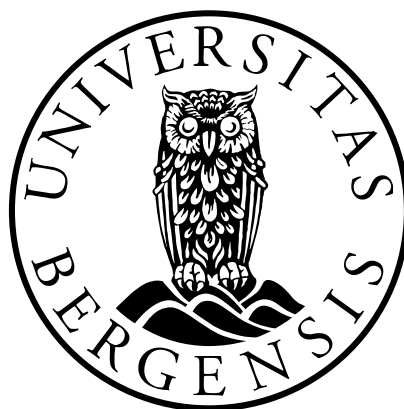


Ungdom som ikke samtykker til ungdomsstraff

*En analyse av hvilken alternativ straffereaksjon
som bør idømmes i straffesaker der ungdom ikke
samtykker til ungdomsstraff.*

Kandidatnummer: 34

Antall ord: 11976



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Problemstilling.....	4
1.2	Rettslig utgangspunkt for vurderingen	5
1.3	Videre fremstilling.....	6
2	Lovverket og rammen for vurderingen	7
2.1	Reaksjonslæren og straffutmåling i Norge	7
2.2	Avtagende bruk av ubetinget fengsel overfor ungdom	8
2.3	Ungdomsstraffens innhold og anvendelsesområde	9
2.4	Nærmere om avveiningen etter straffeloven § 33	10
2.5	Samtykkevilkåret	13
2.5.1	Bakgrunnen for vilkåret om samtykke.....	13
2.5.2	Innholdet i og konsekvensene av samtykke.....	14
2.5.3	Grunner til ikke å samtykke	14
3	De særskilte hensynene og vektingen av disse	17
3.1	Hensynene som gjør seg gjeldende når ungdommen ikke samtykker.....	17
3.1.1	Utgangspunktet for vurderingen.....	17
3.1.2	Hensynet til en effektiv ungdomsstraff	17
3.1.3	Hensynet til sammenheng i lovverket	19
3.1.4	Formålet bak reglene om ungdomsstraff som hensyn.....	20
3.2	Vektingen av de ulike hensyn.....	21
3.2.1	Konkret vurdering fra sak til sak.....	21
3.2.2	Rettspraksis om problemet og vektingen av hensynene.....	23
4	Avveiningen i ulike typetilfeller	29
4.1	De bestemmende faktorene	29
4.2	Normaltilfellene - Ungdommen foretrekker samfunnsstraff eller betinget fengsel ..	29
4.3	Ungdommen mener seg uskyldig	31
4.4	Ungdommen samtykker, men vergen samtykker ikke	33
4.5	Ungdommen samtykker heller ikke til samfunnsstraff.....	35
4.6	Oppsummert	37
5	Avsluttende bemerkninger	39
	Kilderegister	41

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Ungdomsstraff er en straffart som er rettet mot personer mellom 15 og 18 år. Et vilkår for å idømme ungdomsstraff, er at ungdommen selv samtykker til dette, jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) § 52 a bokstav c. Oppgavens tema er hvilken alternativ straffereaksjon som skal idømmes når en ungdom som er aktuell for ungdomsstraff, ikke samtykker til reaksjonen.

Problemstillingen kan illustreres med følgende eksempel: Femten år gamle Peder Ås begår et ran. Handlingens alvor og karakter for øvrig tilsier at ungdomsstraff etter straffeloven kapittel 8 a er en aktuell reaksjon. Dette betyr at forbrytelsen innebærer «gjentatt eller alvorlig kriminalitet», og at «straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet», jf. henholdsvis strl. § 52 a bokstav b og strl. § 52 a bokstav d.

Peder får spørsmål om han samtykker til å bli idømt ungdomsstraff. Etter å ha blitt fortalt hva ungdomsstraffen innebærer, ønsker ikke Peder å bli idømt denne reaksjonen. Han gir derfor ikke samtykket som kreves etter strl. § 52 a bokstav c, men samtykker til samfunnsstraff, jf. strl. § 48 første ledd bokstav c.

Spørsmålet som oppstår i dette eksempelet og i andre saker der ungdom ikke samtykker til ungdomsstraff, er hvilken alternativ straffereaksjon som skal idømmes av dommeren. Alternativene er i utgangspunktet betinget fengsel, samfunnsstraff og ubetinget fengsel. Skal dommeren idømme en mildere reaksjonsform (samfunnsstraff eller betinget fengsel), eller skal det manglende samtykket føre til at han blir idømt ubetinget fengsel?¹

Dersom en idømmer en mildere straffereaksjon, vil realiteten være at ungdommen selv kan styre straffereaksjonen inn på mildere straffeformer. Dersom han foretrekker samfunnsstraff over ungdomsstraff, noe som er naturlig ettersom samfunnsstraff er en mildere reaksjon, vil han kunne oppnå dette ved å ikke samtykke til ungdomsstraff.

¹ Se Prop. 135 L (2010-1011) s. 116. Her fremgår det at ungdomsstraff er ment å være en strengere straffereaksjon enn samfunnsstraff. Samtidig er det klart forutsatt at det er en mildere straffereaksjon enn ubetinget fengsel.

Dersom en idømmer ubetinget fengsel, åpner en for å «sanksjonere» et manglende samtykke ved å idømme en strengere reaksjon. Dette er heller ikke uproblematisk. I Norge er det bred rettspolitisk enighet om å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor ungdom,² og strl. § 33 fastsetter at ubetinget fengsel kun skal benyttes overfor personer under 18 år når det er «særlig påkrevd». Videre kan manglende samtykke til ungdomsstraff være velbegrunnet og i noen tilfeller utenfor ungdommens egen kontroll.

En måte å formulere problemstillingen på, er slik det ble gjort av aktor i sak for Gulating lagmannsrett inntatt i LG-2018-85658. Hun reiste spørsmålet om «hvilken betydning det skal få når samtykke til åpenbart adekvate reaksjonsalternativer ikke blir gitt og om dette skal kunne styre den dømmende rett til å måtte idømme en klart for mild reaksjon».³

1.2 Rettslig utgangspunkt for vurderingen

Strl. § 33 innebærer en begrensning i bruken av ubetinget fengsel overfor ungdom. Dersom ubetinget fengsel ikke anses «særlig påkrevd», er denne reaksjonen utelukket. Da står samfunnsstraff og betinget fengsel igjen som alternativene, når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff. På denne måten står strl. § 33 sentralt for hvilken reaksjon som skal idømmes, og for å besvare oppgavens problemstilling må en derfor blant annet analysere strl. § 33.

I tillegg står ungdomsstraffens vilkår og innhold sentralt for problemstillingen. For å drøfte hvilken konsekvens det skal ha når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, er det viktig med forståelse av vilkårene for å idømme ungdomsstraff, og av ungdomsstraffens innhold. Vilårene for å idømme ungdomsstraff er fastsatt i strl. § 52 a, og vil bli nærmere gjennomgått senere.

Spørsmålet om hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, er ikke direkte adressert hverken i forarbeidene til strl. § 33 eller i forarbeidene til reglene om ungdomsstraff. Spørsmålet er heller ikke avklart av Høyesterett.

² Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig Strafferett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2016, s. 411.

³ LG-2018-85658, sjette avsnitt av lagmannsrettens bemerkninger. Sitatet er lagmannsrettens gjengivelse av aktor. Ettersom ungdommen til slutt likevel samtykker til ungdomsstraff, kom ikke spørsmålet på spissen likevel.

Det foreligger imidlertid noen dommer fra Høyesterett og noe underrettspraksis som omhandler tilgrensende spørsmål, og disse vil bli analysert senere i avhandlingen.

I juridisk teori er det kun Morten Holmboe som har drøftet spørsmålet.⁴ Han uttrykker en viss skepsis til at et manglende samtykke skal kunne sanksjoneres med ubetinget fengsel, men han har ingen inngående drøftelse av spørsmålet.

1.3 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg først i punkt 2 redegjøre for reglene og prinsippene som danner rammen for problemstillingen. Dette innebærer å se nærmere på reglene om ungdomsstraff med særlig fokus på samtykkevilkåret, samt å redegjøre for den strafferettslige reaksjonslæren og strl. § 33.

I punkt 3 vil jeg gå nærmere inn på de særlige hensyn som aktualiseres når ungdommen ikke samtykker, og analysere tilgrensende rettskilder som er relevant for problemstillingen. I punkt 4 vil jeg gå nærmere inn på avveiningen av disse hensynene for ulike typetilfeller av problemstillingen.

Avslutningsvis vil jeg på bakgrunn av oppgavens redegjørelse og konklusjoner, drøfte om et vilkår om samtykke for å idømme ungdomsstraff er hensiktsmessig.

⁴ Morten Holmboe, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader» *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 397-414, på s. 410.

2 Lovverket og rammen for vurderingen

2.1 Reaksjonslæren og straffutmåling i Norge

Oppgavens tema faller inn under reaksjonslæren. Den grove rammen for reaksjonsfastsettelsen finner en i straffeloven, som blant annet fastsetter hva som er de ulike formene for straff, jf. strl. § 29, hvilke momenter som er relevante i den konkrete utmålingen av straff, jf. strl. §§ 77 og 78, og hvilke strafferammer som gjelder. Innenfor disse rammene er imidlertid domstolene gitt vid skjønnsmargin i den konkrete utmålingen av straff i hvert enkelt tilfelle. Det sentrale formålet med strafferetten er å forhindre at kriminalitet blir begått, og her står straffens individual- og allmennpreventive virkning sentralt.⁵ Særlig når det gjelder straffutmåling er det også et sentralt formål at straffen skal reflektere den klanderer som den kriminelle handlingen representerer.⁶ Både straffens preventive virkning og handlingens klanderverdighet beror imidlertid på et vidt spekter av forhold som nødvendiggjør at en går konkret til verks i straffutmålingen. Strengt rammer for reaksjonsfastsettelsen med lite rom for fleksibilitet, vil lett føre til straffer som ikke reflekterer klanderer på en god måte.

Selv om domstolene er gitt vid kompetanse til å fastsette reaksjonen fra sak til sak, styres likevel disse vurderingene til en viss grad av mer underliggende prinsipper. Likebehandling av like saker utgjør en viktig retningslinje og skranke, og domstolene har med Høyesterett i spissen utviklet mer eller mindre faste retningslinjer for den konkrete reaksjonsfastsettelsen.⁷

En sentral del av oppgaven blir å analysere hvorvidt et manglende samtykke til ungdomsstraff er et forhold som setter klare rammer for hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes, eller om manglende samtykke heller inngår som ett av flere momenter i den konkrete vurderingen

⁵ Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig Strafferett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2016, s. 81.

⁶ Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019, s. 605.

⁷ Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig Strafferett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2016, s. 478.

av hvilken straff som skal idømmes. I sistnevnte tilfelle blir det i stor grad opp til domstolenes skjønn å vurdere fra sak til sak hvilken vekt dette momentet skal ha.

2.2 Avtagende bruk av ubetinget fengsel overfor ungdom

For å drøfte hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når en ungdom ikke samtykker til ungdomsstraff, er det først nødvendig å redegjøre for reglene som danner rammen for vurderingen. Det er særlig strl. §§ 52 a og 33 som står sentralt.

Disse lovbestemmelsene er en del av en utvikling som skjedde særlig i perioden år 2000-2015, med avtagende bruk av ubetinget fengsel overfor lovbrøtere mellom 15 og 18 år.

I rettspraksis har det lenge vært tradisjon for at ung alder er en formildende omstendighet ved straffutmålingen. På 2000-tallet videreutviklet dette seg, og i rettspraksis ble stadig flere alvorlige forbrytelser begått av personer under 18 år, møtt med samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengsel.⁸ Dette skjedde i samspill med signaler fra lovgiver, som ga uttrykk for å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor personer under 18 år.⁹ Illustrerende for dette samspillet er Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 252. I denne avgjørelsen ble det lagt til grunn at forarbeidene til strl. § 33, ga et oppdatert uttrykk for lovgivers synspunkt om å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor barn. Dette standpunktet ble fulgt opp i Rt. 2010 s. 1313, og gjennom disse avgjørelsene fikk bestemmelsen stor betydning lenge før den trådte i kraft.

Strl. § 33 har sin forgjenger i lov 22. mai 1902 nr. 10 Alminnelig borgerlige straffelov (strl. av 1902) § 18.¹⁰ Utviklingen på 2000-tallet innebar at terskelen for å idømme ubetinget fengsel allerede var svært høy da denne bestemmelsen trådte i kraft i 2012, og fastsatte at ubetinget fengsel kun skal benyttes overfor personer under 18 når det er «særlig påkrevd». I realiteten ble den derfor i større grad en lovfesting av allerede etablert praksis, mer enn en nyvinning. Som den senere drøftelsen vil vise har dette betydning i avveiningen av hvilken alternativ straffereaksjon som skal ilegges når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff.

⁸ Se særlig Rt. 2003 s. 456, Rt. 2007 s. 252 og Rt. 2010 s. 1313.

⁹ Se blant annet Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 253, der det blir gitt uttrykk for at samfunnsstraff er særlig egnet overfor unge lovbrøtere.

¹⁰ I strl. av 1902 § 18 ble tilsvarende bestemmelse som vi finner i straffeloven av 2005 § 33 tilføyd ved lov 20 jan 2012 nr. 6. Denne bestemmelsen trådte i kraft 20.januar 2012, jf. res. 20 jan 2012 nr. 41.

Da ungdomsstraff så ble innført i 2014, utgjorde dette på mange måter siste ledd i denne utviklingen mot begrenset bruk av ubetinget fengsel overfor personer mellom 15 og 18 år.

2.3 Ungdomsstraffens innhold og anvendelsesområde

For å kunne drøfte hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når en ungdom ikke samtykker til ungdomsstraff, er det nødvendig med forståelse av ungdomsstraffens innhold og dens posisjon i reaksjonslæren. Inngangsvilkåret til bestemmelsen er at gjerningspersonen er under 18 år på gjerningstidspunktet, jf. strl. § 52 a bokstav a. Videre fastsetter strl. § 52 a bokstav c at ungdommen må samtykke og ha bosted i Norge. Samtykkevilkåret, som står sentralt for denne oppgaven, vil bli nærmere redegjort for i punkt 2.5.

Ungdomsstraffens anvendelsesområde følger av vilkårene i strl. § 52 a bokstaver b og d. Straffeloven § 52 a bokstav d fastsetter som tidligere nevnt at ungdomsstraff kan idømmes når «hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet». Dette danner i samspill med strl. § 33 ungdomsstraffens øvre grense mot ubetinget fengsel.

Den nedre grensen for bruk av ungdomsstraff følger av strl. § 52 a bokstav b, som fastsetter at ungdomsstraff kun kan benyttes der ungdommen har begått «gjentatt eller alvorlig kriminalitet». Mindre alvorlige forbrytelser faller derfor utenfor ungdomsstraffens anvendelsesområde. I forarbeidene er det imidlertid fremhevet at ungdomsstraff er ment å kunne idømmes også i tilfeller der det før ville blitt idømt en streng samfunnsstraff.¹¹

Sammenlignet med reaksjonssystemet overfor unge slik det var før ungdomsstraff ble innført (senere omtalt i denne oppgaven som «det tradisjonelle reaksjonssystemet»), kan ungdomsstraffens anvendelsesområde illustreres med følgende tabell fra Holmboe:¹²

Gamle regler	Samfunnsstraff	Ubetinget fengsel	
Nye regler	Samfunnsstraff	Ungdomsstraff	Ubetinget fengsel

¹¹ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 114.

¹² Morten Holmboe, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader» *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 397-414, på s. 408.

Dette innebærer at ungdomsstraff primært benyttes i tilfeller som før ville medført ubetinget fengsel. Slik fører ungdomsstraffen til at færre personer under 18 år blir idømt ubetinget fengsel, noe som også er et sentralt formål med straffereaksjonen.¹³ Anvendelsesområdet innebærer imidlertid også at en del tilfeller som før ville medført strenge samfunnsstraffer, i dag kan møtes med ungdomsstraff.

Hva gjelder innholdet i ungdomsstraffen, er det i stor grad bygget på idéen om «restorative justice». «Restorative justice» tilstreber at straffen skal fungere som en gjenopprettende prosess både for gjerningspersonen og de som er berørt av den kriminelle handlingen. Straffen skal dermed bidra til å gjenopprette den krenkelsen som forbrytelsen har forårsaket.¹⁴

Det nærmere innholdet i straffen er fastsatt i lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven) kapittel IV, jf. strl. § 52 a. Ungdomsstraffens hoveddeler består av gjennomføring av ungdomsstormøtet, utarbeidelse av en individuelt tilpasset ungdomsplan og oppfølging av planen, jf. konfliktrådsloven § 22. I ungdomsstormøte skal relevante aktører møte, herunder har eventuelt fornærmede rett til å delta, jf. konfliktrådsloven § 24 andre og tredje ledd. En sentral del av ungdomsstormøtet er å utarbeide ungdomsplanen, som kan legge nokså store begrensninger på ungdommens handlefrihet. Planen kan inneholde bestemmelser om blant annet ikke-økonomisk kompensasjon til fornærmede, utføring av samfunnsnyttige oppgaver, bestemmelser om oppholdssted, arbeid eller opplæring, og opphold i institusjon, jf. konfliktrådsloven § 25.

2.4 Nærmere om avveiningen etter straffeloven § 33

Som tidligere nevnt står strl. § 33 sentralt for problemstillingen, ettersom den setter begrensninger i bruken av ubetinget fengsel, som er eneste alternativ om en går oppover på «rangstigen» av alternative straffereaksjoner.

Ordlyden «særlig påkrevd» setter opp en høy terskel for å idømme ubetinget fengsel overfor unge lovbryterne, og det bærende formålet bak regelen i strl. § 33, er å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor ungdom.¹⁵ Begrunnelsen for dette er todelt.

¹³ Jf. NOU 2008: 15 Barn og straff, s. 148 og Prop. 135 L (2010-2011) s. 9.

¹⁴ Linda Grønning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019, s. 633.

¹⁵ Se NOU 1992: 23 Ny straffelov, alm bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V, s. 142.

For det første har ikke barn den samme evnen som voksne til å forstå konsekvensene av egne handlinger. Det klareste uttrykket for dette i norsk rett, finner vi i strl. § 20 første ledd bokstav a, som fastsetter den kriminelle lavalder til 15 år. Barn under 15 anses ikke for å ha skyldene, og kan ikke klandres på samme måte som voksne for sine handlinger. Derfor kan de heller ikke straffes. I realiteten oppstår imidlertid ikke skyldene plutselig når barnet fyller 15 år. Barnets utvikling skjer gradvis, og det samme gjelder skyldene. For at straffelovgivningen skal reflektere dette, er lav alder (under 18 år) en formildende omstendighet ved straffutmålingen, og bruken av ubetinget fengsel overfor ungdom er begrenset etter strl. § 33.¹⁶

For det andre har både lovgiver og Høyesterett erkjent at ubetinget fengsel kan ha særlige negative konsekvenser for unge.¹⁷ Ved lav alder er en i særlig grad avhengig av trygge omgivelser og et stabilt psykososialt miljø. Barn blir lettere påvirket av ytre forhold, og soning i fengsel, der en blir satt sammen med andre kriminelle samtidig som en mister kontakten med sitt vante nettverk, kan få svært negative konsekvenser.¹⁸ Dette er det direkte gitt uttrykk for av Høyesterett i Rt. 2004 s. 804, der flertallet i avsnitt 25 uttaler:

«Vesentligere er at individualpreventive hensyn har en særlig tyngde. I denne alderen er sinnet ytterst sårbar og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. Det bør derfor skulle svært mye til før så unge mennesker sperres inne.»

Strl. § 33 og ønsket om å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor barn må, som fremhevet av Høyesterett i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 12, forstås i lys av barnekonvensjonen. Denne ble ratifisert av Norge i 1991 og inkorporert i menneskerettighetsloven i 2003. Særlig relevant er artikkel 3 og artikkel 37.

Artikkel 3 er en av grunnsteinene i Barnekonvensjonen, og fastsetter at «the child's best interest» skal være «a primary consideration» i alle avgjørelser som gjelder barn. Barnets beste skal være et viktig hensyn i alle sammenhenger, men samtidig følger det forutsetningsvis av ordlyden at barnets beste ikke alltid vil vinne frem. Når en skal vurdere hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes ved manglende samtykke, vil derfor hensynet

¹⁶ Jf. strl. § 78 bokstav i.

¹⁷ Jf. NOU 1992: 23 Ny straffelov, alm bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V, s. 142.

¹⁸ NOU 2008: 15 Barn og straff, s. 23.

til ungdommens beste være fremtredende, og kan bare settes til side dersom svært tungtveiende hensyn tilsier det.

Videre følger det av Barnekonvensjonen artikkel 37 b at ubetinget fengsel kun skal benyttes overfor barn som «a measure of last resort». Av dette følger at en må tilstrebe å finne alternative reaksjoner til ubetinget fengsel når barn har begått kriminalitet. Ordlyden «særlig påkrevd» må forstås i lys av dette.

På den ene siden er disse bestemmelsene fra barnekonvensjonen langt på vei ivaretatt med ordlyden «særlig påkrevd» i strl. § 33, og bestemmelsenes selvstendige betydning ved siden av § 33 begrenses av dette. På den andre siden står de sentralt i forståelsen av strl. § 33, og vil kunne gi verdifulle tolkningsbidrag i relasjon til konkrete problemstillinger og saker.

Det finnes imidlertid grenser for hvor langt barnets beste og individualpreventive hensyn kan begrunne at det benyttes en annen reaksjon enn ubetinget fengsel, noe som er forutsatt i ordlyden til strl. § 33. Den kriminelle lavalder på 15 år innebærer at også de mellom 15 og 18 år har en viss skyldevne, og noen kriminelle handlinger har en så alvorlig karakter at lovgiver har funnet det nødvendig at ubetinget fengsel idømmes også overfor denne gruppen. Det er særlig allmennpreventive hensyn som blir trukket fram som begrunnelse for dette.¹⁹

At allmennpreventive hensyn innebærer at en i noen tilfeller må sette til side de individualpreventive hensyn, understrekes av vilkårene for samfunnsstraff og ungdomsstraff. Særlig relevant er de øvre tersklene for bruk av ungdomsstraff og samfunnsstraff, som er fastsatt i henholdsvis strl. § 52 a bokstav d og strl. § 48 bokstav b. Samfunnsstraff kan kun benyttes der «hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet», mens ungdomsstraff kun kan benyttes der «hensynet til straffens formål ikke *med tyngde* taler mot en reaksjon i frihet» (uthevet her). Begge bestemmelser trekker frem lovens formål som en begrensning, hvorav allmennpreventive hensyn som tidligere nevnt står sentralt. Strl. § 33 må forstås i sammenheng med disse vilkårene, ettersom spørsmålet om ubetinget fengsel er «særlig påkrevd» vil avhenge av hvilke alternativer som er tilgjengelige.

Det oppstår dermed en interesseavveining mellom allmennpreventive hensyn som typisk trekker i retning av å idømme ubetinget fengsel, og individualpreventive hensyn som typisk trekker i retning av å idømme en alternativ reaksjon.

¹⁹ Se blant annet Prop. 135 L (2010-2011) s. 115 og HR-2016-1364-A avsnitt 36.

Ordlyden «særlig» setter imidlertid opp en høy terskel for å idømme ubetinget fengsel. Dette innebærer at de hensyn som trekker i retning av å idømme ubetinget fengsel, klart må overveie hensynene som taler for en alternativ reaksjon. Illustrerende for dette er Høyesteretts uttalelser i Rt. 2010 s. 1313, som gjaldt grensen mellom bruken av samfunnsstraff og ubetinget fengsel før reglene om ungdomsstraff trådte i kraft. Heller ikke strl. § 33 hadde på dette tidspunkt trådt i kraft, men som tidligere nevnt la Høyesterett til grunn at utkastet til bestemmelsen ga «et oppdatert uttrykk for lovgivers syn, som bør ha betydning allerede før loven trer i kraft».²⁰ Uttalelsene fra Høyesterett har derfor betydning for forståelsen av strl. § 33 og valg av alternativ reaksjon. I avsnitt 15 uttales følgende:

«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.»

Uttalelsen fremhever at terskelen for å idømme ubetinget fengsel overfor ungdom er høy. I relasjon til vår problemstilling der ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, innebærer dette at de allmennpreventive hensyn og andre hensyn som taler for å idømme ubetinget fengsel, klart må overveie hensynet til barnets beste for at det skal være aktuelt å idømme ubetinget fengsel.

2.5 Samtykkevilkåret

2.5.1 Bakgrunnen for vilkåret om samtykke.

Bakgrunnen for vilkåret om samtykke og hva et samtykke innebærer for den det gjelder, er viktig for å forstå hvilken betydning et manglende samtykke til ungdomsstraff bør få, når en alternativ reaksjon skal idømmes.

Ungdomsstraffen bygger som nevnt i stor grad på ideen om «restorative justice». For at en slik gjenopprettende prosess skal fungere og være hensiktsmessig, er det avgjørende at den

²⁰ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 11.

domfelte selv er motivert til å delta i prosessen.²¹ Særlig ungdomsstormøtet, der domfelte skal møte relevante aktører i saken, herunder fornærmede dersom denne ønsker å møte, krever en motivert domfelt. En ungdom som ikke er motivert til å ta ansvar for sin kriminelle gjerning og egen utvikling, vil få vanskeligheter med å gjennomføre de tiltak som kreves. Et vilkår om samtykke er derfor ment å sile ut saker der ungdommen ikke er motivert.

2.5.2 Innholdet i og konsekvensene av samtykke

Det fremheves i forarbeidene at samtykket må være «frivillig og informert».²² Dette innebærer at ungdommen må ha tilstrekkelig kunnskap om karakteren av ungdomsstraffen, slik at han kan ta en veloverveid avgjørelse. Både i teori og forskning knyttet til ungdomsstraff er det reist spørsmål ved om kravet om et reelt og informert samtykke blir fulgt i praksis, og om det overhode kan tilfredsstilles. En bekymring er at ungdommene ofte ikke forstår eller får med seg innholdet i den informasjonen som blir gitt til dem.²³ En annen og mer grunnleggende innvending er at størsteparten av innholdet i ungdomsstraffen blir fastsatt i ungdomsstormøtet, etter avsagt dom. Når ungdommen i retten blir spurt om han samtykker eller ikke til ungdomsstraff, er innholdet i straffen i stor grad usikkert, og Holmboe argumenterer med god grunn for at et slikt system vanskelig kan legge til rette for at et samtykke er «reelt og informert».²⁴

Det er også verdt å merke seg at der gjerningspersonen er under 18 år på domstidspunktet, gir lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 83 partsrettigheter til vedkommendes verge. Dette innebærer at også vergen må samtykke til ungdomsstraff dersom straffarten skal være aktuell.²⁵

2.5.3 Grunner til ikke å samtykke

Spørsmålet om hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, kan ikke besvares uavhengig av hvilken begrunnelse

²¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 117.

²² Prop. 135 L (2010-2011) s. 164.

²³ Nordlandsforskning, *Stemmer «kartet» med «terrenget»? Underveisrapport fra en følgeevaluering av ungdomsstraff og ungdomsoppfølging*, NF 7/2016, 2016, punkt 3.2-3.3.

²⁴ Morten Holmboe, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader» *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 397-414, på s. 403.

²⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 117.

ungdommen har for at han ikke samtykker. I det følgende vil jeg derfor drøfte hvilke grunner som kan ligge bak et valg om ikke å samtykke til ungdomsstraff.

En første grunn kan rett og slett være at straffen fremstår som en for stor innskrenking i ungdommens frihet, og at han heller ønsker samfunnsstraff eller betinget fengsel. Som tidligere nevnt er ungdomsstraff ment å være en følbar reaksjon, og er strengere enn samfunnsstraff. Straffen kan legge beslag på en betydelig del av den domfeltes fritid. Det kan også tenkes at selv ubetinget fengsel fremstår mindre tyngende enn ungdomsstraff for enkelte forbrytere. Ungdomsstraffen kan ha en gjennomføringstid på opptil 3 år, og for noen kan dette fremstå mer tyngende enn å sone en relativt kort fengselsstraff.²⁶ Samtidig er det viktig å presisere at ubetinget fengsel generelt må anses som en betydelig strengere straff enn ungdomsstraff.

En annen grunn til at ungdommen kan velge å ikke samtykke, relaterer seg til problemet med manglende informasjon om innholdet i straffen i forkant av domfellelse. Når ungdommen i retten blir spurt om han samtykker til ungdomsstraff, er det som fremhevet ovenfor, svært vanskelig å forutse hva innholdet i en eventuell ungdomsstraff vil være. Denne usikkerheten kan i seg selv gjøre at ungdommen vegrer seg fra å samtykke til denne straffeformen.

Et tredje forhold som kan begrunne et manglende samtykke fra ungdommen, relaterer seg til ungdomsstormøtet. Dersom fornærmede i saken ønsker det, kan vedkommende ta del i møtet som en del av den gjenopprettende prosessen. I forarbeidene fremheves det i denne sammenheng at et samtykke til ungdomsstraff innebærer en aksept av at de forhold ungdommen er dømt for skal legges til grunn i ungdomsstormøtet. Begrunnelsen for dette er den gjenopprettende prosessen og at fornærmede skal slippe at det blir en «omkamp» om de faktiske forhold.²⁷ For en ungdom som mener seg uskyldig kan dette være problematisk, og det er blitt stilt spørsmålsteget ved ordningen av Holmboe.²⁸

Til slutt kan vergen velge å ikke samtykke til ungdomsstraff. Den bakenforliggende årsaken til dette vil naturligvis variere, men kan bunne i de samme betraktninger som nettopp er fremhevet for ungdommen selv. En sentral forskjell er imidlertid at ungdommen i disse

²⁶ Jf. strl. § 52 b første ledd bokstav a.

²⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 117.

²⁸ Morten Holmboe, «Reelt og informert samtykke til ungdomsstraff og ungdomsoppfølging» *Tidsskrift for strafferett* 2016 s. 215-237, på s. 222.

tilfellene ikke har kontroll over valget som tas. Selv om ungdommen ønsker ungdomsstraff og samtykker, kan straffereaksjonen være utelukket som følge av at vergen ikke samtykker. Som vi skal se senere, får dette sentral betydning for vurderingen av om ubetinget fengsel er «særlig påkrevd» etter strl. § 33.

3 De særskilte hensynene og vektingen av disse

3.1 Hensynene som gjør seg gjeldende når ungdommen ikke samtykker

3.1.1 Utgangspunktet for vurderingen

I punkt 2.4 så vi hvordan valg av straffereaksjon overfor ungdom beror på en interesseavveining, der allmennpreventive hensyn og nødvendigheten av å reagere på den krenkelse som har skjedd, typisk trekker i retning av å idømme ubetinget fengsel, mens individualpreventive hensyn typisk trekker i retning av å idømme en alternativ reaksjon (samfunnsstraff eller betinget fengsel). Problematikken med manglende samtykke til ungdomsstraff aktualiserer ytterligere hensyn, som delvis er relatert til denne grunnleggende avveiningen. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på disse særlige hensynene som aktualiseres.

3.1.2 Hensynet til en effektiv ungdomsstraff

De tilfeller der ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, reiser særlig ett problem sett fra et påtalemyndighetsperspektiv. Ettersom ungdomsstraff er ment å være en strengere straffart enn både samfunnsstraff og betinget fengsel, er det problematisk å la ungdommen selv styre straffen inn på disse straffartene, når ungdomsstraff i utgangspunktet anses som en egnet reaksjon.

For det første er dette problematisk i et strafferettslig likebehandlingsperspektiv. For en motivert ungdom som samtykker til ungdomsstraff, kan det virke urimelig om en annen ungdom som ikke samtykker til ungdomsstraff, skal kunne slippe unna med samfunnsstraff eller betinget fengsel.

For det andre, og minst like viktig, er at en rettstilstand som aksepterer at ungdommen styrer straffen inn på samfunnsstraff eller betinget fengsel, vil kunne uthule ungdomsstraffen som straffart. Ungdomsstraff er som vi tidligere har sett en strengere straffart enn disse to

alternativene, og derfor vil det være naturlig at ungdommen foretrekker å bli idømt samfunnsstraff eller betinget fengsel fremfor ungdomsstraff.²⁹ Dersom et manglende samtykke ikke kan «sanksjoneres» med ubetinget fengsel, er det fra ungdommens perspektiv god grunn til å ikke samtykke til ungdomsstraffen. En slik rettsstilstand, særlig om den befester seg i rettspraksis ved en prinsipiell dom fra Høyesterett, vil kunne føre til at nesten ingen samtykker til ungdomsstraff.

Høyesterett har med god grunn uttrykt skepsis til å la den domfelte selv styre straffen på denne måten. Sak inntatt i Rt. 2013 s. 416 gjaldt straffutmåling for trygdebedrageri overfor en person over 18 år. Gjerningens karakter tilsa ifølge en enstemmig Høyesterett at tiltalte ble idømt samfunnsstraff, men tiltalte samtykket ikke til denne straffereaksjonen. Spørsmålet ble derfor om det var grunnlag for å idømme betinget fengsel, eller om tiltalte måtte dømmes til ubetinget fengsel. I denne relasjon uttaler Høyesterett følgende avslutningsvis i avsnitt 23:

«Foreldre tar i mange ulike sammenhenger valg som går ut over barna. Så lenge konsekvensen av valget ikke medfører at situasjonen for barnet blir uforsvarlig, må hensynet til barnets beste vike når andre vektige hensyn – her hensynet til straffens allmennpreventive virkning – tilsier det. I motsatt fall ville det i realiteten bli opp til domfelte å avgjøre om straffen skal settes til betinget fengsel.»

I siste setning uttrykker Høyesterett klar skepsis til å la tiltalte selv styre straffen inn på en mildere straffart enn det retten selv mener er passende (samfunnsstraff). Dommen gjelder manglende samtykke til samfunnsstraff fra en tiltalt over 18 år, men hensynet blir det samme ved manglende samtykke til ungdomsstraff.

Det problematiske med å la ungdommen selv styre straffen inn på en mildere straffart, har ført til at en i svensk rett har gått bort ifra et vilkår om samtykke for «ungdomstjänst», som er en straffart som er særskilt rettet mot ungdom i likhet med norsk ungdomsstraff.³⁰

En aksept for at ungdommen selv styrer straffen inn på en mildere straffart, er etter dette svært problematisk. Dersom få personer samtykker til ungdomsstraff fordi det ikke er noe ris bak speilet, vil heller ikke de formål som begrunner ungdomsstraffen som straffart realiseres,

²⁹ Se imidlertid LA-2017-30801, der ungdommen ble dømt til samfunnsstraff i tingretten, men anket til lagmannsretten for å bli idømt for å få ungdomsstraff i stedet. Anken ble ikke tatt til følge av lagmannsretten.

³⁰ Prop. 2014/15: 25, Tydeligare reaktioner på ungas brottslighet s. 37 og s. 39.

og ungdomsstraffen vil miste sin ønskede effekt. Dette trekker sterkt i retning av å idømme ubetinget fengsel, og dermed at ubetinget fengsel er «særlig påkrevd», jf. strl. § 33.

3.1.3 Hensynet til sammenheng i lovverket

Vurderingen av hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes, må gjøres i lys av det regelsettet som den utgjør en del av. I relasjon til vår problemstilling, er det særlig reglene om brudd på vilkår for ungdomsstraff som er relevante.

Når det idømmes ungdomsstraff skal det fastsettes en subsidiær fengselsstraff, jf. strl. § 52 b bokstav b, og ved brudd på vilkårene for ungdomsstraff kan retten fastsette at denne skal fullbyrdes, jf. strl. § 52 c.

Dersom retten fastsetter at den subsidiære fengselsstraffen skal fullbyrdes, er utgangspunktet og den klare hovedregel at denne fengselsstraffen gjøres ubetinget. Dette følger av ordlyden «fullbyrdes», og er forutsatt i forarbeidene.³¹ Unntak kan gjøres dersom det foreligger myndighetsfeil fra påtalemyndighetens eller kriminalomsorgens side, jf. HR-2016-799-A avsnitt 18. Ved vilkårsbrudd der den domfelte er ungdom, er adgangen til å gjøre deler av den subsidiære straffen betinget trolig noe større. Dette er lagt til grunn av Matningsdal,³² og ble også lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i LB-2018-169500. Som fremhevet av lagmannsretten i denne dommen, må imidlertid den klare hovedregel også overfor ungdom være at den subsidiære fengselsstraffen fullbyrdes som en ubetinget fengselsstraff. Ordlyden i strl. § 52 c gir heller ikke hjemmel til å omgjøre ungdomsstraffen til samfunnsstraff.³³

På bakgrunn av dette kan en spørre om det er rimelig og gir god sammenheng i lovverket, dersom en tiltalt som ikke samtykker til ungdomsstraff, skal slippe unna med samfunnsstraff eller betinget fengsel, mens en domfelt som har samtykket til ungdomsstraff men begår vilkårsbrudd, blir møtt med ubetinget fengsel.

Dette poenget forsterkes av at den som samtykker til ungdomsstraff, i liten grad vet hva ungdomsstraffens nærmere innhold vil være. Domstolen fastsetter kun en gjennomføringstid for ungdomsstraffen, mens det konkrete innholdet og omfanget av straffen først blir fastsatt i

³¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 165.

³² Magnus Matningsdal, *Straffeloven, Alminnelige bestemmelser, kommentarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 508.

³³ Se også Morten Holmboe, *Konfliktrådsloven, kommentarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2016, s. 77-78.

ungdomsstormøtet. Selv om et samtykke skal være reelt og informert, kan innholdet og omfanget av straffen bli mer omfattende og av en annen karakter enn det den tiltalte forestilte seg.

Dette var tilfellet i den tidligere nevnte dommen fra LB-2018-169500. Ungdommen samtykket og ble dømt til ungdomsstraff. Innholdet som ble fastsatt i ungdomsplanen under ungdomsstormøtet, var imidlertid så omfattende at tiltalte, som hadde omsorgen for et barn, ikke anså gjennomføring av ungdomsstraffen som overkommelig. Hun trakk derfor tilbake sitt samtykke, og spørsmålet for retten var da om den subsidiære fengselsstraffen skulle gjennomføres. Retten poengterte at ungdommen selv ikke var å klandre for at hun først samtykket og deretter trakk det tilbake. Til tross for dette fant ikke lagmannsretten grunnlag for å gjøre hele den subsidiære straffen betinget. Som nevnt er det heller ikke adgang til å gjøre om straffen til samfunnsstraff, men lagmannsretten gjorde *deler* av den subsidiære straffen betinget.

Dommen illustrerer hvordan ungdomsstraffens innhold kan få en helt annen karakter enn det ungdommen ser for seg når den samtykker. Da fremstår det lite rimelig at en tiltalt som samtykker til ungdomsstraff og gjør et forsøk på å gjennomføre denne straffen, må sone i hvert fall deler av den ubetingede fengselsstraffen, mens en tiltalt som ikke samtykker til ungdomsstraff i retten, skal kunne slippe unna med samfunnsstraff eller betinget fengsel. Sammenhengen i lovverket trekker på denne måten i retning av at ubetinget fengsel er «særlig påkrevd» når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff.

3.1.4 Formålet bak reglene om ungdomsstraff som hensyn

Et sentralt formål med å innføre ungdomsstraff som egen straffart, var å begrense bruken av ubetinget fengsel overfor ungdom. Da synes det lite hensiktsmessig å møte et manglende samtykke med nettopp ubetinget fengsel. En slik ordning vil i seg selv komme på kant med formålet bak hele ungdomsstraffen som straffart. Særlig i de tilfeller en ligger helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde fremstår det paradoksalt å idømme ubetinget fengsel som følge av manglende samtykke til ungdomsstraff. Om en ser bort ifra problematikken rundt det manglende samtykke, vil handlingens karakter og forholdene for øvrig tilsi at ubetinget fengsel ikke er «særlig påkrevd» i disse tilfellene. Dersom en idømmer ubetinget fengsel i disse tilfellene, vil realiteten være at en idømmer ubetinget fengsel der en

før ville idømt samfunnsstraff, mens formålet med ungdomsstraffen er å begrense bruken av ubetinget fengsel.

På bakgrunn av dette trekker formålet bak innføringen av ungdomsstraff og hensynet til barnets beste i retning av å idømme enten samfunnsstraff eller betinget fengsel, og at ubetinget fengsel ikke er «særlig påkrevd».

3.2 Vektingen av de ulike hensyn

3.2.1 Konkret vurdering fra sak til sak

Som vist i de foregående punktene har en sterke hensyn som trekker i hver sin retning når en skal avgjøre hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff. I hvilken grad disse hensyn gjør seg gjeldende i konkrete saker vil imidlertid variere. Både den kriminelle gjerningens art og alvorlighet, samt personlige forhold hos gjerningspersonen, vil være styrende for hvordan en vektet hensynene fra sak til sak. Hva gjelder personlige forhold, er det særlig ungdommens begrunnelse for ikke å samtykke som vil påvirke vurderingen.

Videre er det i stor grad overlatt til domstolens skjønn å avgjøre valg av straffereaksjon og straffutmåling ut ifra de konkrete forholdene i hver enkelt sak. Dette er vurderinger som er utpreget skjønnsmessige, og en har funnet det lite hensiktsmessig å detaljregulere straffutmålingen i lovgivningen.

En overordnet konklusjon for hvordan domstolene skal reagere når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, er på denne bakgrunn lite hensiktsmessig. Når hensynene varierer fra sak til sak, bør også vurderingen av hvilken alternativ straffereaksjon som skal idømmes, gjøres konkret.

At vurderingen må gjøres konkret har også støtte i forarbeidene til strl. § 33 og ordlyden «særlig påkrevd»:

«Om vilkåret er oppfylt, må vurderes i forhold til lovbruddets art og forholdene ellers. Der andre reaksjonsformer er tilstrekkelige og hensiktsmessige må disse foretrekkes. Som hovedregel bør andre reaksjoner være prøvd overfor lovbrøyteren før ubetinget fengselsstraff idømmes.»³⁴

Departementet fremhever at vurderingen beror på en konkret vurdering av lovbruddets art og forholdene ellers. Uttalelsene er ikke gjort med denne oppgavens problemstilling i fokus, og en må derfor være forsiktig med å trekke for sterke slutninger fra dem. Uttalelsene understreker imidlertid den skjønsmessige karakteren til strl. § 33 og ordlyden «særlig påkrevd», og gir på denne måten støtte for at valget av alternativ straffereaksjon må skje konkret.

I forarbeidene til reglene om ungdomsstraff drøfter både utvalget og departementet problemer rundt kravet om samtykke. Utvalget reiser spørsmålet om hvorvidt et samtykke kan være reelt når ubetinget fengsel for ungdommen fremstår som alternativet. Utvalget påpeker følgende:

«Utvalget er enig i at en allerede utmålt subsidiær fengselsstraff antakelig vil ha betydning for barnets vurdering av om det samtykker til gjennomføring av ungdomsstormøte. Utvalget vil imidlertid påpeke at for målgruppen for ungdomsstormøtet er alternativet i mange tilfeller i dag kun fengselsstraff. Det er etter utvalgets vurdering viktig at samfunnet sikrer at en adekvat reaksjon blir gjennomført i disse tilfellene. Dette krever at det tradisjonelle strafferettssystemet må stå parat til å håndtere disse sakene dersom overføring til ungdomsstormøte ikke blir valgt, eller dersom en påbegynt gjennomføring av innholdet i ungdomsstormøtet ikke gjennomføres.»³⁵

Utvalget fremhever at «det tradisjonelle strafferettssystemet» må stå parat når ungdommen ikke velger ungdomsstraff. Dette kan tas til inntekt for at ubetinget fengsel bør være alternativet når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff. Det er imidlertid ikke manglende samtykke som står i fokus for utvalget, men problematikken rundt kravet om reelt

³⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435.

³⁵ NOU 2008: 15 Barn og straff, s. 151.

og informert samtykke. En må derfor være forsiktig med å legge for mye i uttalelsene, men i det minste taler de for at ubetinget fengsel kan være et alternativ.

En viktig detalj er samtidig at utvalget påpeker at «for målgruppen for ungdomsstormøtet er alternativet i mange tilfeller i dag kun fengselsstraff». For de tilfeller som etter det tradisjonelle straffereaksjonssystemet ville medført en streng samfunnsstraff, gir derfor ikke uttalelsene veiledning.

Departementet fulgte opp og var enige i utvalgets vurderinger:

«Departementet kan, i likhet med Sekretariatet for konfliktrådene, ikke se at utmåling av subsidiær fengselsstraff vil være et utilbørlig pressmiddel i disse sakene, da alternativet i de fleste tilfeller vil være ubetinget fengselsstraff av tilsvarende lengde.»³⁶

Også de forutsetter at ubetinget fengsel «i de fleste tilfellene» vil være alternativet dersom ungdommen ikke samtykker. Når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, trekker dette i retning av at ubetinget fengsel bør idømmes der dette også ville vært reaksjonen etter det tradisjonelle straffereaksjonssystemet. Samtidig holdes det åpent for en annen reaksjon (samfunnsstraff eller betinget fengsel) for de tilfeller som etter det tradisjonelle straffereaksjonssystemet ville ført til samfunnsstraff.

Disse forarbeidene til reglene om ungdomsstraff, klargjør at ubetinget fengsel i det minste *kan* være et alternativ når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff. Særlig der en ikke befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, trekker uttalelsene i retning av at ubetinget fengsel bør være alternativet.

3.2.2 Rettspraksis om problemet og vektingen av hensynene

Spørsmålet om hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes når ungdom ikke samtykker til ungdomsstraff, har ikke vært oppe til vurdering i Høyesterett. Tilsvarende problemstilling knyttet til manglende samtykke til samfunnsstraff overfor voksne har imidlertid vært oppe til vurdering. Selv om sakene ikke gjelder ungdom og ungdomsstraff, oppstår samme prinsipielle spørsmål om hvilken betydning et manglende samtykke til en frihetsinnskrenkende

³⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 117.

straffereaksjon skal ha, når en alternativ reaksjon skal idømmes. I tillegg har to saker vært oppe til lagmannsretten, der ungdomsstraff har vært aktuelt, men ungdommen ikke har samtykket.

I dom inntatt i Rt. 2008 s. 401, hadde tiltalte fremsatt trusler overfor en kundebehandler på et postkontor. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt straffutmålingen, og særlig om tiltalte skulle bli dømt til betinget eller ubetinget fengsel. Dommen er avsagt under dissens (3-2), der flertallet idømte en ubetinget fengselsstraff på 15 dager, mens mindretallet ville gjøre fengselsstraffen betinget under vilkår om oppfølgingssamtaler med kriminalomsorgen etter strl. av 1902 § 53 nr. 3. Både mindretallet og flertallet poengterer at samfunnsstraff ville ha vært en aktuell straffereaksjon dersom tiltalte hadde samtykket til dette. Forsvareren til tiltalte fikk imidlertid ikke kontakt med vedkommende, og greide derfor ikke å innhente samtykke til samfunnsstraff. På denne bakgrunn uttalte flertallet følgende i avsnitt 13:

«Spørsmålet er derfor bare om det er riktig å gjøre fengselsstraffen betinget. Det foreligger ingen spesielle forhold hos A som skulle tilsi en slik reaksjon. Ut fra mitt syn på handlingens straffverdighet, er jeg derfor kommet til at den ubetingede reaksjon på 15 dager fengsel bør bli stående.»

Flertallet foretar en konkret vurdering av hvilken alternativ reaksjon som skal ilegges når samfunnsstraff er utelukket, og kommer til at vilkårene for å idømme betinget fengsel ikke er oppfylte. Det er verdt å merke seg at flertallet kun vurderer vilkårene for de alternative reaksjonene, og ikke legger prinsipielle betraktninger til grunn for hvilken betydning et manglende samtykke har i vurderingen av alternative reaksjoner. De synes ikke å legge selvstendig vekt på at tiltalte selv ikke har samtykket til samfunnsstraff.

Mindretallet synes i større grad å se hen til at samfunnsstraff hadde vært passende, dersom samtykke hadde blitt innhentet. Mindretallet uttaler følgende i avsnitt 18:

«Siden forsvareren ikke har fått kontakt med domfelte, er samfunnsstraff utelukket i saken. Etter min mening bør alternativet da være betinget fengsel på det vilkår at han følges opp av kriminalomsorgen gjennom noen samtaler i løpet av et år, jf. straffeloven § 53 nr. 3 – bestemmelsen er ikke uttømmende – jf. § 39g første ledd andre punktum. Ved dette kan man et stykke på vei oppnå det samme som ved bruk av samfunnsstraff.»

Mindretallet anser samfunnsstraff som den mest passende straffen, og mener betinget fengsel med vilkår om oppfølgingssamtaler er tilstrekkelig, ettersom man ved dette et stykke på vei vil «oppnå det samme som ved bruk av samfunnsstraff». Det kan her fremstå som om mindretallet søker den straffen som er mest lik samfunnsstraff.

En bør imidlertid være forsiktig med å legge for stor vekt på mindretallets sammenligning med samfunnsstraff. I likhet med flertallet gjør mindretallet en vurdering av hvilken alternativ straffereaksjon som er mest passende. Når mindretallet i utgangspunktet mener samfunnsstraff er den mest passende reaksjonen, er det naturlig at de faller ned på en alternativ straffereaksjon med likheter i innholdet. De legger derfor ikke nødvendigvis selvstendig vekt på at samfunnsstraff ville ha vært en passende reaksjon dersom det forelå samtykke til denne reaksjonsformen.

I tillegg kan det for mindretallet ha spilt en rolle at samtykke manglet fordi tiltalte ikke kunne nås. Det var følgelig usikkert om tiltalte faktisk motsatte seg samfunnsstraff, og dette kan ha virket inn på mindretallets vurdering.

Både flertallet og mindretallet foretar en konkret vurdering av hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes. Høyesterett synes ikke å legge til grunn prinsipielle betraktninger om hvorvidt en skal gå opp eller ned på rangstigen av straffalternativer, når tiltalte ikke samtykker til en frihetsinnskrenkende reaksjon. Flertallets votum kan tas til inntekt for at vurderingen av hvilken alternativ straffereaksjon som skal idømmes, må vurderes opp mot vilkårene for disse alternative reaksjonene isolert, og at en ikke legger selvstendig vekt på at samfunnsstraff etter gjerningens art er en passende reaksjon som tiltalte ikke samtykker til.

Overført til tilsvarende problem for ungdomsstraff, kan dommen tas til inntekt for at ungdommens manglende samtykke ikke skal tale i hans disfavør når en vurderer hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes. Det er imidlertid viktig å bemerke at Høyesterett ikke uttrykkelig tar avstand fra at manglende samtykke *kan* vektlegges særskilt, og at flertallets vurdering er konkret. En kan derfor ikke konkludere med at manglende samtykke ikke kan vektlegges særskilt, dersom de konkrete forhold tilsier det.

I dom inntatt i Rt. 2013 s. 416 ble tiltalte funnet skyldig i trygdebedrageri, og Høyesterett mente at samfunnsstraff var en anvendelig og passende reaksjon. Tiltalte samtykket imidlertid

ikke til samfunnsstraff. Etter å ha konstatert dette, går førstvoterende over til en vurdering av hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes, og stiller følgende spørsmål i avsnitt 18:

«Er så forholdene i vår sak så spesielle at en dom på betinget fengsel kan forsvares?»

I den konkrete vurderingen som følger etter, nevnes det ikke at tiltalte selv har utelukket samfunnsstraff som alternativ, før det i avsnitt 22 konkluderes med at vilkårene for å idømme betinget fengsel ikke er oppfylte. Ubetinget fengsel ble derfor idømt. Høyesteretts vurdering ble gjort på bakgrunn av de konkrete forhold i saken, og de synes ikke å vektlegge ungdommens manglende samtykke til samfunnsstraff i hennes disfavør. På samme måte som flertallets votum i Rt. 2008 s. 401, kan dette tas til inntekt for at tiltalte ikke skal «sanksjoneres» for ikke å samtykke til adekvate reaksjoner, men at vurderingen må gjøres ut ifra de alternative reaksjonsformene og vilkårene for disse, holdt opp mot de konkrete forhold i saken.

Som tidligere nevnt uttrykker imidlertid Høyesterett i avsnitt 23 skepsis til å la tiltalte selv styre straffereaksjonen til betinget fengsel når samfunnsstraff er et adekvat alternativ. Uttalelsen må imidlertid leses i lys av den anførselen som foranlediget den og Høyesteretts øvrige argumentasjon. Forsvareren i saken anførte med henvisning til barnekonvensjonen artikkel 3 at hensynet til tiltaltes barn, som ved ubetinget fengsel overfor moren ville stå uten en nærstående omsorgsperson, innebar at ubetinget fengsel var utelukket. Det Høyesterett avviser, er at en tiltalt med barn i ethvert tilfelle skal kunne utelukke både samfunnsstraff og ubetinget fengsel ved å ikke samtykke til samfunnsstraff. Sammenholdt med den konkrete vurderingen som Høyesterett gjør i avsnitt 18-22, kan ikke dommen tolkes slik at manglende samtykke i seg selv generelt bør vektlegges i tiltaltes disfavør.

Det en da står igjen med fra dommen, er at Høyesterett konkret går inn og vurderer hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes. Videre virker de ikke å legge selvstendig vekt på at tiltalte har valgt å ikke samtykke til samfunnsstraff. De ser på gjerningens karakter og alvorlighet samt øvrige omstendigheter, og vurderer dette opp mot vilkårene for de ulike alternative straffereaksjonene. Samtidig utelukker heller ikke denne dommen at manglende samtykke *kan* vektlegges dersom de konkrete forhold taler for det.

I sak for Eidsivating Lagmannsrett inntatt i LE-2017-54443, ble tiltalte funnet skyldig i to ran, men samtykket ikke til ungdomsstraff. Tiltalte samtykket imidlertid til samfunnsstraff.

Lagmannsretten vurderte forholdene slik at ubetinget fengsel ikke var «særlig påkrevd», og at samfunnsstraff var en passende reaksjon.

I sin drøftelse eller i dommen for øvrig, nevner ikke lagmannsretten ungdomsstraff og fraværet av samtykke til dette overhode. De går kun inn og vurderer hvilken av de tre gjenstående alternativene (ubetinget fengsel, samfunnsstraff og betinget fengsel) som skal idømmes. En må derfor legge til grunn at manglende samtykke til ungdomsstraff ikke ble vektlagt i ungdommens disfavør når retten vurderte om ubetinget fengsel var «særlig påkrevd». Dette følger de samme linjene og føringene som kan utledes fra Rt. 2008 s. 401 og Rt. 2013 s. 416 vedrørende manglende samtykke til samfunnsstraff.

At ungdomsstraff og problematikken rundt samtykke ikke er nevnt, gjør det imidlertid problematisk å trekke for mye veiledning fra denne dommen. Hvorvidt lagmannsretten var bevisst problemstillingen og de spørsmål som oppstår er vanskelig å vite. Selv om lagmannsrettene spiller en sentral rolle i å sikre enhetlig praksis i spørsmål som gjelder straffutmåling,³⁷ innebærer dette at dommen har noe begrenset rettskildemessig vekt i vurderingen etter strl. § 33.

I sak for Borgarting Lagmannsrett inntatt i LB-2017-122485, ble tiltalte funnet skyldig i blant annet ran. Ungdomsstraff ble ansett for å være aktuelt, men samtykke til ungdomsstraff forelå ikke.³⁸ Lagmannsretten gikk derfor over i en vurdering av hvilken alternativ reaksjon som skulle idømmes. Etter en utførlig og konkret vurdering, med særlig vekt på hensynet til tiltaltes utsatte livssituasjon, konkluderte lagmannsretten med at ungdommen skulle idømmes en betinget fengselsstraff. Dette til tross for at ungdommen og hans verge samtykket til samfunnsstraff.

Dommen og ungdommens personlige forhold var spesielle. Sett opp mot den kriminelle handlingens alvorlige karakter, tøyser lagmannsretten bruken av betinget fengsel svært langt med denne avgjørelsen. På grunn av sakens noe spesielle karakter, må en være forsiktig med å trekke for sterke slutninger fra dommen, og dommen bør ikke tas til inntekt for at en generelt bør gå ned på rangstigen av straffarter når ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff.

³⁷Jf. HR-2016-1803-A avsnitt 15.

³⁸ Ungdommen selv samtykket, men vergen samtykket kun til samfunnsstraff. Ungdomsstraff var derfor utelukket.

De gjennomgåtte dommene sier ikke noe uttrykkelig om hvilken reaksjon som bør idømmes når tiltalte ikke samtykker til ungdomsstraff. Felles for dommene er imidlertid at valget av alternativ straffereaksjon blir gjort konkret. I tråd med de signaler som er gitt i forarbeidene, må det derfor legges til grunn at spørsmålet ikke kan besvares generelt, hverken i den ene eller andre retningen. En annen fellesnevner ved dommene er at manglende samtykke i seg selv ikke synes å bli vektlagt i tiltaltes disfavør. Samtidig utelukkes det ikke at manglende samtykke *kan* få selvstendig betydning i vurderingen av om ubetinget fengsel er «særlig påkrevd». Avgjørelsene trekker likevel samlet i retning av å ikke legge for mye selvstendig vekt på at ungdommen ikke har samtykket til ungdomsstraff.

Dette skulle tilsi at en grovt sett følger de samme skillelinjene mellom de alternative reaksjonene som fulgte av det tradisjonelle reaksjonssystemet før ungdomsstraff ble innført. Dette er også godt egnet som et utgangspunkt for vurderingen. Det er den kriminelle gjerningens karakter og personlige forhold som ligger i kjernen når straffen skal utmåles, og det er derfor hensiktsmessig å først vurdere hvilken straffart dette tilsier. Deretter er det viktig å vekte de særlige hensyn relatert til manglende samtykke som aktualiserer seg i hver enkelt sak.³⁹ Etter en konkret vurdering kan dette gi grunnlag for å komme til et annet resultat enn det som ville fulgt av det tradisjonelle reaksjonssystemet.

Neste punkt vil fokusere på ulike typetilfeller som aktualiserer problemstillingen og avveiningen, og som utfordrer utgangspunktet om å følge samme skillelinjer som etter det tradisjonelle reaksjonssystemet.

³⁹ Se hensynene som ble trukket frem i punkt 3.1.2-3.1.4.

4 Avveiningen i ulike typetilfeller

4.1 De bestemmende faktorene

Som tidligere fremhevet står personlige forhold ofte sentralt ved den konkrete utmålingen av straff. I relasjon til vår problemstilling er det særlig ungdommens begrunnelse for hvorfor han ikke samtykker til ungdomsstraff, som i stor grad vil påvirke hvilken vekt de særlige hensynene får i vurderingen av hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes. Av denne grunn har jeg delt opp vurderingen i typetilfeller basert på hvilken begrunnelse ungdommen har for sitt manglende samtykke.

Samtidig vil gjerningens karakter og forholdene ellers stå sentralt i vurderingen. Tilfeller som ligger helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, ville gjerne ført til samfunnsstraff etter det tradisjonelle reaksjonssystemet overfor ungdom, og vil ha en betydelig mildere karakter enn de tilfeller som ligger opp mot grensen mellom ungdomsstraff og ubetinget fengsel. Som den videre drøftelsen vil vise, gir dette også ulike utslag når en skal vurdere hvilken alternativ reaksjon som skal idømmes ved fravær av samtykke til ungdomsstraff.

4.2 Normaltilfellene - Ungdommen foretrekker samfunnsstraff eller betinget fengsel

Det første typetilfellet som vil drøftes, er de tilfellene der ungdommen ikke kan vise til noen spesiell grunn til at han ikke samtykker til ungdomsstraff. Herunder omfattes de tilfeller der ungdomsstraffen fremstår som for tyngende for ungdommen selv. At ungdomsstraff kan fremstå som byrdefullt og tyngende kan være realiteten, men er ikke en spesiell eller legitim grunn for ikke å samtykke. Ungdomsstraffen er nettopp ment å være byrdefull og tyngende.

Det er i disse tilfellene problemet med å la ungdommen selv styre straffen inn på en mildere straffart blir størst. Dersom ungdommen ikke har noen spesiell grunn til ikke å samtykke, er det svært problematisk å idømme samfunnsstraff eller betinget fengsel, både ut ifra hensynet til en effektiv ungdomsstraff og i et likebehandlingsperspektiv. Det kan virke urimelig overfor de som samtykker til ungdomsstraff, dersom andre lignende saker fører til samfunnsstraff eller betinget fengsel bare fordi ungdommen ikke samtykket til ungdomsstraff.

I saker som ligger i kjernen av ungdomsstraffens anvendelsesområde og opp mot grensen til ubetinget fengsel, bør retten idømme ubetinget fengsel. I disse tilfellene vil gjerningens karakter og forholdene ellers tale for ubetinget fengsel, og ubetinget fengsel ville blitt tilfellet også før ungdomsstraff ble innført i 2014. Da er det ingen grunn til at ubetinget fengsel ikke lenger skal være «særlig påkrevd». Forarbeidene og rettspraksis som ble gjennomgått i punkt 3.2, tilsier at en i utgangspunktet følger de gamle skillelinjene, og støtter opp om en slik løsning for disse tilfellene.

Avveiningen blir vanskeligere i de tilfeller som ligger helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde. Her tilsier gjerningens karakter og forholdene ellers gjerne at det idømmes en streng samfunnsstraff. Sett i lys av ungdomsstraffens formål om at færre ungdommer skal måtte sone straffer i fengsel, vil det være problematisk å da idømme ubetinget fengsel som reaksjon på et manglende samtykke. Dette forsterkes av at den nedre grensen for ungdomsstraffens anvendelsesområde synes å ha blitt senket noe i praksis, med det resultat at den kriminelle gjerningen ikke nødvendigvis trenger å være så alvorlig som forutsatt av lovgiver for at ungdommen skal være aktuell for ungdomsstraff.⁴⁰

I tillegg gir forarbeidene og rettspraksis indikasjoner på at vurderingen skal gjøres uten at en vektlegger ungdommens manglende samtykke i hans disfavør.⁴¹ Dersom ubetinget fengsel ikke var «særlig påkrevd» før ungdomsstraff ble innført, tilsier dette at ubetinget fengsel heller ikke vil være «særlig påkrevd» der ungdommen samtykker til samfunnsstraff men ikke ungdomsstraff.

Også barnekonvensjonen artikkel 37 b, som sier at ubetinget fengsel skal være «a measure of last resort», trekker i denne retningen. Dersom samfunnsstraff i utgangspunktet anses tilstrekkelig om en ser bort fra ungdomsstraff som alternativ, er det vanskelig å argumentere for at samfunnsstraff fortsatt ikke kan være en adekvat reaksjon, når ungdommen har takket nei til ungdomsstraff.

På den andre siden kan en ikke se bort ifra det problematiske i å la ungdommen selv styre straffen, særlig i disse tilfellene der ungdommen ikke har noen spesiell grunn for ikke å samtykke til ungdomsstraffen. Som tidligere nevnt vil dette utfordre ungdomsstraffens

⁴⁰ Ingun Fornes, «Ungdomsstraffens første år – En undersøkelse av ungdomsstraffens anvendelsesområde og innhold i straffartens første år», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2016 s. 238-280 på side 239.

⁴¹ Se gjennomgang i punkt 3.2.

effektivitet, og vil virke urimelig i et likebehandlingsperspektiv for de som faktisk samtykker til ungdomsstraff. I tillegg gir en slik løsning som nevnt i punkt 3.1.3 dårlig sammenheng mellom reglene om samtykke og reglene om vilkårsbrudd etter at samtykke er gitt.

Det avgjørende må imidlertid bli hvilken straffart gjerningens karakter og forholdene ellers tilsier, noe som for disse tilfeller helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, innebærer idømmelse av en streng samfunnsstraff. Særlig sammenholdt med ungdomsstraffens formål om å begrense bruken av ubetinget fengsel og barnekonvensjonen artikkel 37 b, må dette innebære at ubetinget fengsel ikke bør anses «særlig påkrevd» i disse tilfellene.

4.3 Ungdommen mener seg uskyldig

Et samtykke til ungdomsstraff innebærer som poengtert i punkt 2.5.3 også en aksept av at de faktiske forhold ungdommen er dømt for, legges til grunn i ungdomsstormøtet. For en tiltalt som mener seg uskyldig, vil det derfor kunne oppleves problematisk å samtykke til ungdomsstraff. Dersom ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff på grunn av dette, kan det virke urimelig å «sanksjonere» det manglende samtykket ved å idømme ubetinget fengsel.

En slik rettstilstand vil stille tiltalte overfor et umulig valg. Enten må han samtykke til ungdomsstraff og dermed akseptere at faktiske forhold han mener er feil, blir lagt til grunn i ungdomsstormøtet. Ellers må han la være å samtykke og bli møtt med ubetinget fengsel som reaksjon. Dette er lite betryggende.

Dette gir lignende dynamikk som ved tilståelsesrabatter. Selv om et samtykke til ungdomsstraff ikke innebærer at tiltalte innrømmer skyld, utfordrer en slik rettstilstand vernet mot selvinkriminering. Det skapes et press overfor tiltalte for å akseptere de faktiske forhold, ettersom han risikerer å bli møtt med ubetinget fengsel om han ikke samtykker. En tilståelsesrabatt er ikke nødvendigvis i strid med vernet mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6. En stor tilståelsesrabatt vil imidlertid kunne medføre brudd, ettersom faren for falske tilståelser blir stor.⁴² At ungdommen unngår ubetinget fengsel ved å akseptere de faktiske forhold i ungdomsstormøtet er derfor betenkelig i lys av EMK artikkel 6.

⁴² Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 1. utg., Fagbokforlaget 2010, s. 182.

For tilfeller der en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, bør ungdommen bli idømt samfunnsstraff når han ikke samtykker til ungdomsstraff og har denne begrunnelsen. Jeg viser til drøftelsen i forrige punkt, der det ble konkludert med at ubetinget fengsel heller ikke var «særlig påkrevd» der ungdommen *ikke* hadde noen god grunn til å takke nei til ungdomsstraff.

Avveiningen blir betydelig vanskeligere i de tilfeller en befinner seg i kjernen av ungdomsstraffens anvendelsesområde og opp mot grensen mellom ungdomsstraff og ubetinget fengsel. Spørsmålet her blir om ungdommens begrunnelse for ikke å samtykke, nemlig at han mener seg uskyldig, medfører at samfunnsstraff bør idømmes som alternativ reaksjon, selv om den kriminelle gjerningen er av en slik karakter at den tilsier at ubetinget fengsel er «særlig påkrevd».

Det er viktig å påpeke at vi her står overfor alvorlige forbrytelser. I øvre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde finner en gjerne alvorlige voldsforbrytelser, grove ran og seksualforbrytelser.⁴³ Vurderingen må også skje i lys av det strenge beviskravet som gjelder i norsk strafferett, og den tillit som knytter seg til dette beviskravet. Forutsetningen her er at de faktiske forhold og den domfeltes skyld er bevist ut over enhver rimelig tvil. Et effektivt strafferettssystem beror på en tillitt til dette beviskravet. Det vil kunne undergrave grunntanken ved dette beviskravet dersom en domfelt som er funnet skyldig ut over enhver rimelig tvil, skal kunne styre reaksjonen inn på en mildere (for mild) straffeform ved å hevde at de faktiske forhold som er lagt til grunn av retten er feilaktige.

På bakgrunn av dette og med støtte i forarbeidene som sier at «tradisjonelle strafferettssystemet må stå parat» når ungdomsstraff ikke blir valgt, må det legges til grunn at ubetinget fengsel bør anses «særlig påkrevd» i disse tilfellene.⁴⁴ For den som faktisk er uskyldig dømt, medfører dette som tidligere nevnt et uutholdelig valg, men hensynet til en effektiv strafferett må her veie tyngst. Ungdommen bør derfor idømmes ubetinget fengsel.

⁴³ Ingun Fornes, *Straff av barn: frihetsstraffene og alternativene* (doktorgradsavhandling), Universitetet i Bergen 2018, kapittel 10.2-10.4. Se særlig s. 378 om ran, s. 385-386 om voldslovbrudd, og s. 396 om seksuallovbrudd.

⁴⁴ NOU 2008: 15 Barn og straff, s. 151. Se nærmere drøftelse av forarbeidene i punkt 3.2.1.

4.4 Ungdommen samtykker, men vergen samtykker ikke

Der det er vergen som ikke samtykker til ungdomsstraff, kan det virke særlig urimelig overfor den tiltalte ungdommen om han blir idømt ubetinget fengsel. Ungdommen selv har i disse tilfellene ikke kontroll over sin egen skjebne, og kan være både motivert og innstilt på ungdomsstraff.

For tilfellene helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde kan ikke ubetinget fengsel anses «særlig påkrevd» i disse tilfellene. Når samfunnsstraff isolert sett er en tilstrekkelig straff, kan ikke ungdommen sanksjoneres for vergens manglende samtykke. Det vises for øvrig til drøftelsen i punkt 4.2.

Igjen blir imidlertid vurderingen vanskeligere når en beveger seg over i kjernen av ungdomsstraffens anvendelsesområde. Her vil samfunnsstraff i utgangspunktet anses som en for mild reaksjon. Spørsmålet blir om ungdommen likevel skal idømmes denne reaksjonen ettersom han selv ikke er å klandre for at ungdomsstraff er utelukket.

Som fremhevet i punkt 3.1.2, er risikoen for uthuling av ungdomsstraffen et sentralt argument for å idømme ubetinget fengsel når samtykke til ungdomsstraff ikke foreligger. Risikoen for uthuling av ungdomsstraffen blir ikke noe mindre selv om det er vergen som velger å ikke samtykke. Dersom det befester seg en rettstilstand som aksepterer samfunnsstraff i disse tilfellene, risikerer en at ungdomsstraffen blir omgått ved at verger unnlater å samtykke til ungdomsstraff som reaksjonsform. På denne måten vil det tomrommet som ungdomsstraffen var ment å fylle mellom samfunnsstraffen og den ubetingede fengselsstraffen, gjenoppstå. Da ender en med å idømme samfunnsstraff der handlingens karakter og forholdene ellers fordrer en strengere reaksjon.

I punkt 3.1.2 ble det fremhevet at en aksept av å la ungdommen selv styre straffen kan være betenkelig i et likebehandlingsperspektiv. Heller ikke dette endres ved at det er vergen som eventuelt styrer reaksjonen. På den andre siden vil det også være betenkelig i et likebehandlingsperspektiv at noen har verger som samtykker til ungdomsstraff, mens andre blir «sanksjonert» med ubetinget fengsel for vergens beslutning om ikke å samtykke.

At barn er prisgitt vergers avgjørelser er imidlertid ikke uvanlig. Vergens kompetanse til å ta beslutninger med store konsekvenser for den mindreårige er vidtrekkende.⁴⁵ Dette er også noe som ble trukket frem i den tidligere nevnte avgjørelsen fra Rt. 2013 s. 416. Tiltalte i denne saken var ikke mindreårig, men hadde omsorgen for et barn. Tiltaltes advokat anførte at ubetinget fengsel var utelukket av hensyn til barnets beste, når mor (tiltalte) valgte å ikke samtykke til samfunnsstraff. Høyesterett uttaler:

«Foreldre tar i mange ulike sammenhenger valg som går ut over barna. Så lenge konsekvensen av valget ikke medfører at situasjonen for barnet blir uforsvarlig, må hensynet til barnets beste vike når andre vektige hensyn – her hensynet til straffens allmennpreventive virkning – tilsier det. I motsatt fall ville det i realiteten bli opp til domfelte å avgjøre om straffen skal settes til betinget fengsel.»

Uttalelsen viser at barn i mange tilfeller må tåle at foreldre (verger) tar beslutninger som går på bekostning av barnets beste, uten at dette nødvendigvis er i strid med barnekonvensjonen artikkel 3. Overført til vår problemstilling kan dette tas til inntekt for at ungdommen må tåle å bli idømt ubetinget fengsel, når vergen ikke samtykker til ungdomsstraff.

På den andre siden er det viktig å ikke miste av synet de individualpreventive hensyn som trekker i retning av å ikke idømme ubetinget fengsel. Som fremhevet i punkt 2.4 kan ubetinget fengsel ha en særlig negativ effekt på kriminelle under 18 år. Når ungdommen selv ikke er årsak til at en alternativ reaksjon til ubetinget fengsel er utelukket, virker det urimelig hardt overfor vedkommende å bli idømt ubetinget fengsel, og dette trekker i retning av at ubetinget fengsel ikke er «særlig påkrevd».

Igjen er det viktig å fremheve at i disse tilfellene, der en befinner seg i kjernen og oppover av ungdomsstraffens anvendelsesområde, står en overfor alvorlige forbrytelser. Selv om ungdommen ikke er skyld i at ungdomsstraff er utelukket, er det han som er ansvarlig for det alvorlige lovbruddet som har funnet sted. Det er tale om lovbrudd som ut ifra handlingens karakter og ungdommens personlige forhold innebærer at samfunnsstraff ikke er en adekvat reaksjon.

Til tross for at det vil virke urimelig for en ungdom som er motivert for ungdomsstraff og selv har samtykket, bør den kriminelle handlingens alvor og karakter sammenholdt med hensynet

⁴⁵ Jf. blant annet lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven) §§ 9 og 17.

til å unngå at ungdomsstraffen blir uthulet, føre til at ubetinget fengsel anses «særlig påkrevd» i disse tilfellene hvor vergen ikke samtykker.

4.5 Ungdommen samtykker heller ikke til samfunnsstraff

Også for å idømme samfunnsstraff er det et vilkår at den tiltalte samtykker til reaksjonsformen, jf. strl. § 48 første ledd bokstav c. Et ytterligere problem oppstår derfor i de tilfellene ungdommen heller ikke samtykker til samfunnsstraff. Da står ubetinget fengsel og betinget fengsel igjen som alternativene når en alternativ straff skal idømmes.

Der en befinner seg i kjernen av ungdomsstraffens anvendelsesområde og oppover, bør en idømme ubetinget fengsel når ungdommen hverken samtykker til ungdomsstraff eller samfunnsstraff. Jeg viser her til drøftelsen i de foregående punkter, der samme konklusjon ble nådd der ungdommen faktisk samtykket til samfunnsstraff.

Spørsmålet blir så om ubetinget fengsel bør anses «særlig påkrevd» også i de tilfeller en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde.

Betinget fengsel er en markert mildere reaksjonsform enn både ungdomsstraff og samfunnsstraff. I punkt 4.2 ble det konkludert med at en i visse tilfeller må akseptere at ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff, og idømme den mildere reaksjonsformen samfunnsstraff i stedet. Et sentralt poeng i den avveiningen, er at det er store likheter mellom ungdomsstraffen og samfunnsstraffen som reaksjonsformer. Selv om ungdomsstraff er ment å være en strengere reaksjon, er begge reaksjonsformene frihetsinnskrenkende, og samfunnsstraff er en følbar reaksjon. Forskjellen mellom ungdomsstraff og betinget fengsel er imidlertid stor. Mens ungdomsstraffen kan innebære vanskelige møter med fornærmede og omfattende beslag av fritiden, er betinget fengsel ingen følbar reaksjon med mindre ungdommen begår nye lovbrudd. Reaksjonen får følgelig en helt annen og mye mildere karakter dersom en aksepterer at ungdommen idømmes betinget fengsel når han ikke samtykker til ungdomsstraff og samfunnsstraff. Dette gjør at de hensyn som trekkes i retning av å idømme ubetinget fengsel, forsterkes.⁴⁶ Når alternativet om en går nedover på rangstigen

⁴⁶ Se hensyn som drøftet i punkt 3.1.2 og 3.1.3

av reaksjonsformer er betinget fengsel, blir det enda mer betenkelig å la ungdommen styre straffen ved å ikke samtykke.

På den andre siden yter formålet om å begrense bruken av ubetinget fengsel fortsatt motstand mot å idømme ubetinget fengsel. Helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde tilsier gjerne den kriminelle handlingens karakter og personlige forhold at ubetinget fengsel er en for streng reaksjon. De særlige individualpreventive hensyn som gjør seg gjeldende for ungdom trekker i retning av å unngå ubetinget fengsel, og heller idømme betinget fengsel.⁴⁷

Vurderingen her må imidlertid ta hensyn til den utviklingen som skjedde i relasjon til grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel i tiden fra tidlig 2000-tallet og frem til ungdomsstraff ble introdusert i 2014.⁴⁸ Denne utviklingen innebar at bruken av samfunnsstraff ved alvorlige forbrytelser var utvidet da ungdomsstraff ble innført i 2014. Selv om en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, er det dermed snakk om alvorlige forbrytelser, noe som for øvrig også følger av ordlyden i strl. § 52 a bokstav b. Sett i lys av dette blir det mindre betenkelig å idømme ubetinget fengsel der ungdommen ikke samtykker til ungdomsstraff og samfunnsstraff, selv om en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde.

Heller ikke barnekonvensjonen yter stor motstand mot å idømme ubetinget fengsel i disse tilfellene. Artikkel 37 bokstav b fastsetter som tidligere nevnt at ubetinget fengsel kun skal benyttes som en siste utvei. Her har imidlertid lovgiver lagt til rette for to alternative reaksjoner for å unngå bruk av ubetinget fengsel. Når ungdommen selv utelukker begge disse alternativene ved ikke å samtykke, står ubetinget fengsel igjen som det konvensjonen tillater, nemlig en siste utvei.

Sett i lys av den store forskjellen mellom ungdomsstraff og betinget fengsel som reaksjonsformer, bør utgangspunktet være at ungdommen idømmes ubetinget fengsel i disse tilfellene. Alvorlige kriminelle handlinger begått av personer med skyldevne, krever at gjerningspersonen blir møtt med en følbar reaksjon. Når ungdommen da velger å ikke samtykke til ungdomsstraff og samfunnsstraff, bør ubetinget fengsel anses «særlig påkrevd» for å imøtegå den krenkelse som har funnet sted.

⁴⁷ Se punkt 2.4.

⁴⁸ Se punkt 2.2.

Dette må også gjelde i de tilfeller ungdommen mener seg uskyldig. Som vi så i punkt 4.3 kan en ungdom som mener seg uskyldig ha god grunn til ikke å samtykke til ungdomsstraff. Denne begrunnelsen slår imidlertid ikke an for samfunnsstraff. Samfunnsstraff innebærer ikke noe ungdomsstormøte eller lignende der tiltalte må akseptere at de faktiske forholdene som ligger til grunn for dommen. Han har dermed ingen god grunn for ikke å samtykke til samfunnsstraff, og ubetinget fengsel må anses «særlig påkrevd».

Avveiningen er mer tvilsom der det er vergen som ikke samtykker, og en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde. Her er det ikke ungdommen selv som utelukker samfunnsstraff og ungdomsstraff, samtidig som forbrytelsens karakter og forholdene for øvrig tilsier at ubetinget fengsel er en for streng reaksjon. Da kan det fremstå svært urimelig overfor ungdommen å bli idømt ubetinget fengsel.

Igjen er det viktig å påpeke at selv om en befinner seg helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, har ungdommen gjort seg skyldig i en alvorlig forbrytelse. Selv om det ikke er ungdommen selv som er grunnen til at ungdomsstraff og samfunnsstraff er utelukket, har han begått en svært klanderverdig handling. Sett i lys av dette fremstår det ikke like urimelig at ungdommen må lide under vergens beslutning om å ikke samtykke, ved at han blir idømt ubetinget fengsel.

Med støtte i den tidligere nevnte avgjørelsen fra Høyesterett i Rt. 2013 s. 416, må ubetinget fengsel på denne bakgrunn anses «særlig påkrevd» også der det er vergen som ikke samtykker.

4.6 Oppsummert

Som drøftelsen overfor viser, aktualiserer de ulike typetilfellene ulike avveininger og hensyn. Sett bort ifra tilfeller der ungdommen heller ikke samtykker til samfunnsstraff, blir konklusjonen likevel den samme for alle typetilfellene; helt i nedre sjikt av ungdomsstraffens anvendelsesområde, bør ungdommen idømmes en streng samfunnsstraff, mens ellers bør ungdommen idømmes ubetinget fengsel. Konklusjonene følger derfor grovt sett de skillelinjene mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel som gjaldt før ungdomsstraff ble innført.

Det er imidlertid viktig å påpeke at de skisserte løsningene kun kan fungere som utgangspunkter. Straffeutmåling og valg av straffereaksjon er som tidligere påpekt utpregede skjønnsmessige vurderinger, og en kan ikke utelukke at en i konkrete saker bør komme til andre konklusjoner. Selv om en befinner seg innenfor ungdomsstraffens anvendelsesområde, kan personlige forhold hos ungdommen, lang saksbehandlingstid og andre særskilte forhold fordre en annen reaksjon i enkelte saker.

Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2017-122485 er egnet til å illustrere dette. Lagmannsretten mente at ungdommen hadde begått en «alvorlig forbrytelse» jf. strl. § 52 a bokstav b, og at en derfor var innenfor ungdomsstraffens anvendelsesområde. Ungdommen samtykket til samfunnsstraff men ikke til ungdomsstraff. Personlige forhold hos ungdommen tilsa imidlertid at ungdommen burde bli idømt betinget fengsel, selv om samfunnsstraff var et alternativ.

5 Avsluttende bemerkninger

Drøftelsen i denne avhandlingen viser at vilkåret om samtykke i strl. § 52 a bokstav c nødvendiggjør en vanskelig avveining der ungdommen ikke samtykker. Det oppstår et spenningsforhold mellom hensynet til en effektiv ungdomsstraff og straffeforfølgning på den ene siden, og formålet om å begrense bruken av ubetinget fengsel på den andre. For visse typetilfeller finnes ingen åpenbar eller god løsning på dette problemet.

Vilkåret om samtykke er også problematisk i relasjon til at samtykket skal være reelt og informert. Som påpekt av Holmboe og i Nordlandsforsknings rapport er det vanskelig å oppfylle dette kravet, ettersom innholdet i straffen i stor grad er ukjent når ungdommen samtykker, og informasjonen i tillegg ofte er mangelfull.^{49, 50} Dette er et separat problem fra denne oppgavens problemstilling, og innvendingen mot samtykkevilkåret har en annen karakter. Det viser imidlertid at samtykkevilkåret er problematisk, og kanskje ikke like hensiktsmessig som forutsatt av lovgiver.

En kan derfor reise spørsmålsteget ved om vilkåret om samtykke for å idømme ungdomsstraff er hensiktsmessig.

Vilkåret om samtykke er primært begrunnet med at ungdommen må være motivert til å gjennomføre de ulike elementene som ligger i ungdomsstraffen og dens tanke om «restorative justice». Et vilkår om samtykke kan være egnet til å sile ut tilfeller der ungdommen ikke er motivert, og som dermed sannsynligvis ville endt med vilkårsbrudd. I tillegg kan det tenkes at samtykkevilkåret i seg selv er egnet til å motivere ungdom til å gjennomføre innholdet i straffen. Sett fra et «restorative justice»-synspunkt fremstår derfor vilkåret om samtykke hensiktsmessig. Med det innholdet ungdomsstraffen har i dag, virker derfor ikke en enkel fjerning av samtykkevilkåret som et godt alternativ for å bøte på problemene det skaper.

Dersom en skal fjerne samtykkevilkåret, må en derfor også se på innholdet i selve straffen. For det første må en sørge for enda større fokus på å motivere ungdommen til å gjennomføre straffen. Konfliktrådet har allerede en sentral rolle i denne relasjon, og uten samtykke-vilkåret blir denne delen av konfliktrådets arbeid enda viktigere. Videre må en vurdere fornærmedes

⁴⁹ Morten Holmboe, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader» *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 397-414, på s. 403.

⁵⁰ Nordlandsforskning, *Stemmer «kartet» med «terrenget»? Underveisrapport fra en følgeevaluering av ungdomsstraff og ungdomsoppfølging*, punkt 3.2.1.

rett til å delta i ungdomsstormøte. Som vi har sett skaper dette møtet problemer for den som mener seg uskyldig. Uten et vilkår om samtykke, vil en trolig komme i flere situasjoner der ungdommen ønsker å ta en omkamp om faktum, dersom de blir stilt overfor fornærmede i et ungdomsstormøte. For å unngå at disse situasjonene oppstår, bør en vurdere om konfliktrådet kan bestemme at fornærmede ikke skal delta i møtet. I de tilfeller den dømte ungdommen selv ikke motsetter seg de faktiske forholdene, bør imidlertid fornærmede fortsatt kunne delta.

En innvending mot å fjerne vilkåret om samtykke, er at det kanskje fører til flere saker der ungdommen blir idømt ungdomsstraff uten å være motivert. Så lenge straffen kun er frihetsinnskrenkende og ikke frihetsberøvende, kan det ikke utelukkes at fjerning av samtykkevilkåret vil føre til flere bruddsaker, selv om konfliktrådet jobber med å motivere ungdommen. Både av hensyn til ungdommen selv og i et økonomisk perspektiv kan dette være uheldig

Sett opp mot de ulemper ved samtykkevilkåret som denne oppgaven belyser, fremstår imidlertid dette som en kostnad en bør kunne bære. De avveininger som oppstår på grunn av samtykkevilkåret har ingen gode løsninger, og lovgiver bør etter min vurdering drøfte om vilkåret skal fjernes.

Kilderegister

Lover

Strl. av 1902 **Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Alminnelig borgerlige straffelov**

§ 18

§ 39 g

§ 53

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

§ 83

Vergemålsloven **Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål**

§ 9

§ 17

Konfliktrådsloven **Lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling**

§ 22

§ 24

§ 25

Straffeloven – strl. Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

§ 20

§ 29

§ 33

§ 48

§ 52 a

§ 52 b

§ 52 c

§ 77

§78

Norske og utenlandske forarbeider

NOU 1992: 23 Ny straffelov, alm bestemmelser Straffelovkomisjonens delutredning V

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

NOU 2008: 15 Barn og straff – Utviklingsstøtte og kontroll

Prop. 135 L (2010-1011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffgjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff

Prop. 2014/15: 25, Tydeligere reaksjoner på ungas brottslighet

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2003 s. 456

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2007 s. 252

Rt. 2008 s. 401

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2013 s. 416

HR-2016-799-A

HR-2016-1364-A

Lagmannsrettene

LA-2017-30801

LE-2017-54443

LB-2017-122485

LG-2018-85658

Litteratur

Andenæs, Johs., Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig Strafferett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2016.

Fornes, Ingun, «Ungdomsstraffens første år – En undersøkelse av ungdomsstraffens anvendelsesområde og innhold i straffartens første år», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2016 s. 238-280.

Fornes, Ingunn, *Straff av barn: frihetsstraffene og alternativene* (doktorgradsavhandling), Universitetet i Bergen 2018.

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.

Holmboe, Morten, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader» *Tidsskrift for strafferett*, 2014 s. 397-414.

Holmboe, Morten, «Reelt og informert samtykke til ungdomsstraff og ungdomsoppfølging» *Tidsskrift for strafferett*, 2016 s. 215-237.

Holmboe, Morten, *Konfliktrådsloven, kommentarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2016.

Matningsdal, Magnus, *Straffeloven, Alminnelige bestemmelser, kommentarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2015.

Nordlandsforskning, *Stemmer «kartet» med «terrenget»? Underveisrapport fra en følgeevaluering av ungdomsstraff og ungdomsoppfølging*, NF 7/2016, 2016.

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 1. utg., Fagbokforlaget 2010.