

Barns skyldevne

*En analyse av reglene om kriminell lavalder og
barns utilregnelighet*

Kandidatnummer: 73

Antall ord: 14 186



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1. INNLEDNING | 4 |
| 1.1 BAKGRUNN | 4 |
| 1.2 FORMÅL OG PROBLEMSTILLINGER | 5 |
| 1.3 METODE | 6 |
| 1.3.1 Rettsdogmatiske avklaringer og rettspolitiske vurderinger..... | 6 |
| 1.3.2 Særlig om tolkningen av barnekonvensjonen..... | 7 |
| 1.4 FREMSTILLINGEN VIDERE..... | 8 |
| 2. UTGANGSPUNKTER I FORSKNING OM BARNES UTVIKLING | 10 |
| 3. UTGANGSPUNKTER I GRUNNLOVEN OG BARNEKONVENSJONEN..... | 13 |
| 3.1 GRUNNLOVEN § 104 ANDRE LEDD: PRINSIPPET OM BARNETS BESTE | 13 |
| 3.2 BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 3 NR. 1 | 14 |
| 3.3 BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 37 OG 40..... | 15 |
| 4. PRINSIPIELLE STRAFFERETTSLIGE UTGANGSPUNKTER..... | 17 |
| 4.1 BEGREPENE SKYLDEVNE, TILREGNELIGHET OG UTILREGNELIGHET..... | 17 |
| 4.2 BEGRUNNELSER FOR Å FRITA BARN FRA STRAFFANSVAR..... | 17 |
| 4.2.1 Generelle begrunnelser | 17 |
| 4.2.2 Begrunnelser for den kriminelle lavalder | 18 |
| 4.2.3 Argumenter om straffens skadepotensial..... | 20 |
| 4.3 ANDRE SENTRALE STRAFFERETTSLIGE HENSYN..... | 21 |
| 5. GJELDENE REGELVERK..... | 23 |
| 5.1 REGLENE OM SKYLDEVNE: OVERSIKT OVER INNHOLD OG FUNKSJON | 23 |
| 5.2 DE SAKKYNDIGES ROLLE | 24 |

| | |
|---|-----------|
| 6. DEN KRIMINELLE LAVALDER..... | 26 |
| 6.1 BAKGRUNNEN FOR Å HA EN REGEL OM KRIMINELL LAVALDER | 26 |
| 6.2 REGELENS UTFORMING | 27 |
| 6.3 ANALYSE | 28 |
| 6.3.1 Absolutt kriminell lavalder: fordeler og ulemper | 28 |
| 6.3.2 Hvor bør aldersgrensen for straffansvar settes? | 30 |
| 7. UTILREGNELIGHET HOS BARN OVER DEN KRIMINELLE LAVALDER..... | 33 |
| 7.1 UTILREGNELIGHETSREGLENE I STRL. § 20 ANDRE OG TREDJE LEDD..... | 33 |
| 7.2 GRUNNVILKÅRET «STERKT AVVIKENDE SINNSTILSTAND» | 33 |
| 7.3 TILLEGGSVILKÅRET «UTILREGNELIG PÅ GRUNN AV» I STRL. § 20 ANDRE LEDD..... | 35 |
| 7.4 VURDERINGSMOMENTENE I STRL. § 20 TREDJE LEDD | 36 |
| 7.5 ANALYSE | 39 |
| 8. SAMMENFATTENDE ANALYSE..... | 42 |
| 9. ER DET REAKSJONSSYSTEMET SOM ER PROBLEMET? | 44 |
| KILDEREGISTER | 47 |

1. Innledning

1.1 Bakgrunn

I Vollen-saken (HR-2017-290-A) ble et barn for første gang i norsk historie idømt forvaring. Domfelte hadde begått drap med overlegg på en miljøarbeider som jobbet på barnevernsinstitusjonen der domfelte bodde. Da saken gikk for tingretten, sto tilregnelighetsspørsmålet sentralt. Jenta var 15 år og én måned gammel på drapstidspunktet. Hun hadde altså så vidt passert 15 år, og kunne derfor holdes ansvarlig etter regelen om den kriminelle lavalder.¹ Retten gikk så inn i en vurdering av om jenta var «psykotisk» etter straffeloven fra 1902 § 20 første ledd bokstav b.² Hun hadde blant annet hørt stemmer som beordret henne til å drepe, og de sakkyndige uttalte at jenta hadde «alvorlige psykiatriske symptomer» og en «ekstremt alvorlig og gjennomgripende personlighetsmessige skjevutvikling».³ De sakkyndige fant grunnlag for å stille tre diagnoser: «Emosjonelt ustabil personlighetsforstyrrelse, Borderline type», «Blandet dissosiativ lidelse» og «Usosialisert atferdsforstyrrelse».⁴ Jenta ble imidlertid ikke erklært psykotisk. Hun falt dermed utenfor de generelle utilregnelighetsreglene, og kunne derfor holdes strafferettslig ansvarlig.⁵ Høyesterett fant at det av hensyn til samfunnsvernet var nødvendig å reagere med forvaringsstraff.⁶

Vollen-saken viser det problematiske med hvordan barns skyldevne vurderes. For det første er det grunn til å stille spørsmål ved regelen om kriminell lavalder hvor man anses tilregnelig fra fylte 15 år. Videre forutsatte den tidligere strl. § 20 første ledd bokstav b at man måtte bli diagnostisert med en psykoselidelse for å bli erklært utilregnelig.⁷ Dermed ble ikke jentas alvorlige psykiatriske symptomer fanget opp av den tidligere regelen da symptomene ikke var en del av en psykoselidelse. Dette til tross for at hennes tilstand trolig kunne anses like alvorlig som en psykosetilstand.⁸ Dette har også vært en problematikk i andre forvaringssaker i de senere år.⁹ Vollen-saken og de andre forvaringsdommene illustrerer hvor mye som står på spill ved vurderingen av barns skyldevne. Når de tidligere utilregnelighetsreglene ikke fanget

¹ Se TAHER-2015-13241 punkt 4.

² Lov 22.mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.

³ Jf. TAHER-2015-13241 punkt 4.

⁴ Se HR-2017-290-A avsnitt 57.

⁵ Se TAHER-2015-13241 punkt 4.

⁶ Se HR-2017-290-A avsnitt 80.

⁷ Omfattende vrangforestillinger som følge av somatisk lidelse var også omfattet etter den tidligere bestemmelsen, se videre Rosenqvist (2018) s. 4.

⁸ Se videre Gröning mfl. (2021) s. 4 og 13–14.

⁹ Forvaringssakene: HR-2017-290-A, HR-2019-832-A, LG-2019-105200 og LE-2019-122942.

opp svært alvorlige tilstander hos barna, resulterte dette i at de ble kjent tilregnelige og dermed idømt forvaring.

Vollen-saken skal ikke analyseres nærmere i denne oppgaven. Den er kun tatt med som en illustrasjon på det problematiske med å operere med en absolutt grense for aldersmessig tilregnelighet, og hvordan vilkåret «psykotisk» i den tidligere regelen i strl. § 20 første ledd bokstav b ble praktisert. Etter at Vollen-saken og de andre forvaringssakene ble avgjort, har det kommet nye regler om skylddevne som trådte i kraft 1. oktober 2020.¹⁰ Reglen om den kriminelle lavalder er imidlertid videreført. Men som vi skal se, gjør det nye regelverket viktige endringer for hvordan skylddevne skal vurderes hos barn fra 15 til 18 år.

1.2 Formål og problemstillinger

Oppgavens formål er å analysere innholdet i og funksjonen til reglene om barns skylddevne og utilregnelighet i straffeloven fra 2005 (heretter strl.) § 20.¹¹ Med barn menes her personer under 18 år, slik det følger av barnekonvensjonen art. 1¹² og vergemålsloven § 8.¹³

Oppgaven tar sikte på en helhetlig analyse av hvordan barns skylddevne reguleres. Derfor omfatter oppgaven både regelen om den kriminelle lavalder i strl. § 20 første ledd, og utilregnelighetsregelen i strl. § 20 andre ledd som gjelder for barn (og andre) over den kriminelle lavalder. Når det gjelder den generelle utilregnelighetsregelen i strl. § 20 andre ledd, skal fokuset rettes mot vilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand» i bokstav a, fordi dette vilkåret åpner for særlige vurderinger av barn.¹⁴

Sentrale problemstillinger i oppgaven er hvordan reglenes innhold skal forstås, og særlig hvorvidt avgrensningen av barns straffansvar er adekvat. Oppgaven vil også legge vekt på utilregnelighetsreglenes funksjon for barn over den kriminelle lavalder. Med begrepet funksjon sikter jeg til de strafferettslige konsekvenser som barnet risikerer dersom barnet er tilregnelig etter strl. § 20 andre ledd. Rettens vurdering av barnets skylddevne etter denne bestemmelsen leder enten til frifinnelse eller straff. Denne konklusjonen er avgjørende for hvordan barnet skal betraktes i strafferetten.

¹⁰ Loven ble endret ved lov nr. 48/2019.

¹¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹² FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

¹³ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

¹⁴ Se punkt 7.5.

1.3 Metode

1.3.1 Rettsdogmatiske avklaringer og rettspolitiske vurderinger

Oppgavens problemstillinger etterspør både rettsdogmatiske avklaringer og rettspolitiske og prinsipielle vurderinger av reglene om barns skylddevne. De rettsdogmatiske avklaringene rettes mot innholdet i strl. § 20 første, andre og tredje ledd, der tolkningen av disse bestemmelsene skal fastlegges etter alminnelig juridisk metode.¹⁵ I de rettspolitiske vurderingene vil jeg drøfte hvorvidt reglene er gode, eller om det er behov for endringer.

Tolkningen av strl. § 20 første ledd vil bygge på det som fremgår av straffelovens forarbeider i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) og i juridisk teori. Når det gjelder rettspraksis, finnes det ingen relevante avgjørelser verken fra Høyesterett eller underrettene om hvordan ordlyden skal tolkes. Dette skyldes trolig at tolkningen av strl. § 20 første ledd leder til få tolkningsproblemer, se nærmere punkt 6.2. Det er verdt å merke seg at det pågår en stor internasjonal diskusjon om den kriminelle lavalder, men denne oppgaven avgrenses til å behandle norsk, juridisk teori.¹⁶

For de nye reglene i strl. § 20 andre og tredje ledd foreligger det omfattende forarbeider. De sentrale forarbeidene er NOU 2014: 10 og Prop. 154 L (2016–2017). Disse vil trekkes inn ved tolkningen av regelverket. I og med at reglene er relativt nye, foreligger det enn så lenge ingen rettspraksis som uttaler seg om de vanskelige tolkningsproblemene som reglene gir opphav til, se nærmere under punkt 7.3-7.4. Det finnes imidlertid noe underrettspraksis som uttaler seg om vilkårene i de nye reglene, men det som fremkommer i disse dommene følger allerede av lovens forarbeider. Det har derfor liten verdi å analysere denne underrettspraksisen. I tillegg til disse rettskildene, vil det være relevant å se hen til Riksadvokatens rundskriv, RA-2020-2. Dette rundskrivet inneholder uttalelser om hvordan utilregnelighetsreglene skal tolkes. Innenfor juridisk teori er det forholdsvis lite skrevet om de nye reglene, men jeg vil ta for meg den norske, relevante litteraturen på området.

Oppgavens fokus er en rettspolitisk drøftelse av reglenes styrker og svakheter. Først og fremst vil oppgaven vurdere regelverket ut ifra et barneperspektiv. Med barneperspektiv sikter jeg til Grunnlovens¹⁷ og barnekonvensjonens prinsipper for behandling av barn. Videre vil jeg ta for

¹⁵ Se f.eks. Eckhoff og Helgesen (2001).

¹⁶ For perspektiver i den internasjonale diskusjonen, se f.eks. Gröning (2014) s. 314–315.

¹⁷ Lov 17.mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov.

meg strafferettslige prinsipielle perspektiver, som omfatter strafferettens begrunnelser for ikke å holde barn under en viss alder ansvarlig, og andre sentrale strafferettslige hensyn. I tillegg vil jeg trekke inn forskning fra andre fagfelt om barns utvikling. Oppgaven har derfor også et tverrfaglig fokus.

Oppgavens tverrfaglige del bygger først og fremst på forskning om barns utvikling innenfor fagfeltene utviklingspsykologi og nevrovitenskap. Videre vil jeg se hen til en artikkel som er skrevet av Lambie og Randell, der forfatterne gjennomgår litteratur fra 2000 om fengselsstraffens virkning på barn og unge. Dette er en artikkel som Fornes selv benytter i sin lærebok. For det første viser hun til denne artikkelen fordi det er et begrenset omfang av studier på barn i norske fengsler.¹⁸ I tillegg mener Fornes at selv om fengselsstraffens gjennomføring og lengde varierer i ulike land, vil det antageligvis være noen likheter i relasjon til fengselsstraffens virkninger som vil gjelde på tvers av ulike rettssystemer.¹⁹ Derfor har jeg valgt å benytte denne artikkelen i min oppgave.

1.3.2 Særlig om tolkningen av barnekonvensjonen

Ettersom oppgaven omtaler flere av barnekonvensjonenes rettigheter, er det på sin plass å si noe om barnekonvensjonens rettskildemessige stilling i norsk rett. Barnekonvensjonen er inkorporert i menneskerettsloven,²⁰ og står dermed sterkt i norsk rett da konvensjonen «gjelde[r] som norsk lov», og går «ved motstrid [...] foran bestemmelser i annen lovgivning», jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4, jf. § 3.

Ved tolkningen av barnekonvensjonen er det naturlige utgangspunktet å anvende folkerettslig metode og Wien-konvensjonens tolkningsprinsipper.²¹ Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men tolkningsprinsippene antas å gjelde på sedvanerettslig grunnlag.²² Det følger av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 at konvensjonsbestemmelsene skal tolkes på bakgrunn av det som er bestemmelsens «ordinary meaning». Det er altså den naturlige forståelsen av ordlyden som skal fastlegges.²³

¹⁸ Se videre Fornes (2021) s. 78.

¹⁹ Se Fornes (2021) s. 78.

²⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

²¹ Wien-konvensjonen av 23.mai 1969 om traktatretten.

²² Se Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 66 og Fornes (2021) s. 32.

²³ Se Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 66.

Praksis fra FNs barnekomité vil også trekkes inn ved den nærmere tolkningen av barnekonvensjonen. Barnekomiteen uttaler seg om hvordan barnekonvensjonen skal tolkes, blant annet gjennom «General Comments» (generelle kommentarer). Disse kommentarene er ikke rettslig bindende, men de vil likevel ha betydning for både lovgiver og domstolene. For lovgiver vil kommentarene gi veiledning om hvordan Norge best mulig kan ivareta rettighetene i barnekonvensjonen. For domstolene vil de generelle kommentarene være en relevant rettskilde. Hvilken rettskildemessig vekt domstolene skal tillegge kommentarene, beror på om den aktuelle kommentaren er en tolkningsuttalelse eller en anbefaling om hva som er optimal praksis.²⁴

1.4 Fremstillingen videre

I tillegg til denne innledningen, omfatter oppgaven 8 kapitler. For bedre å kunne foreta oppgavens rettspolitiske drøftelser av reglene om barns skyldene, er det etter mitt syn først nødvendig å definere sentrale begreper og presentere noen sentrale utgangspunkter om barn. Jeg vil derfor i kapittel 2 legge frem noen utviklingspsykologiske og nevrovitenskapelige utgangspunkter om barns utvikling. Deretter vil jeg i kapittel 3 vise til menneskerettslige prinsipper for behandling av barn, som lovgiver og domstolene må vektlegge ved beslutninger som angår dem. I tillegg er det nødvendig å definere begrepet skyldene og redegjøre for begrunnelsene for hvorfor barn under en viss alder skal unntas fra straffansvar. Dette vil jeg se nærmere på i kapittel 4.

I kapittel 5 vil jeg gi en oversikt over gjeldende regelverk i straffeloven. Jeg vil både presentere innholdet i reglene om skyldene og reglenes funksjon. I tillegg vil jeg kort si noe om de sakkyndiges rolle ved vurderingen av utilregnelighet da sakkyndigerklæringen utgjør et viktig bevis i domstolens vurderinger.

I kapittel 6 vil bakgrunnen for regelen om den kriminelle lavalder i strl. §20 første ledd bli presentert, og deretter vil jeg avklare bestemmelsens innhold. Etersom regelen leder til få tolkningsproblemer, vil hovedvekten i kapittel 6 bli lagt på en rettspolitisk drøftelse av regelen. Når det derimot gjelder utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd, er det flere vilkår som må tolkes. De ulike vilkårene behandles i hvert sitt underkapittel.

Avslutningsvis i kapittel 7 vil jeg foreta en analyse av reglenes styrker og svakheter.

²⁴ Se f.eks. Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151–152, HR-2018-2096-A avsnitt 14 og 16 og Fornes (2021) s. 36.

I kapittel 8 vil jeg oppsummere tolkningen av regelen om den kriminelle lavalder i strl. § 20 første ledd, og utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd. Der gjøres det en sammenfattende analyse av regelsettene, og det skal vurderes om det er behov for regelendringer. Oppgaven vil også, som nevnt i punkt 1.1, ta for seg utilregnelighetsreglenes funksjon. Derfor vil jeg avslutningsvis, i oppgavens kapittel 9, reise spørsmålet om det mest problematiske med dagens rettstilstand kanskje er hvordan barn behandles i reaksjonssystemet.

2. Utgangspunkter i forskning om barns utvikling

Det er flere disipliner som forsker på barns utvikling, men denne oppgaven skal kun gi noen utgangspunkter om forskning som er gjort innenfor utviklingspsykologi og nevrovitenskap. Det er nemlig disse to disiplinene som er særlig interessante når vi drøfter barns skyldevne. Kort fortalt studerer utviklingspsykologien hvordan og hvorfor menneskets egenskaper og atferd utvikles slik den gjør. I nevrovitenskapen studeres hjernens strukturer og funksjoner og hvordan dette endrer seg som følge av modning. I tillegg forskes det på hvordan strukturelle og funksjonelle endringer påvirker individets atferd.²⁵

Forskning som er gjort innenfor utviklingspsykologien viser blant annet at tenårene er en fase hvor barn er svært formbare, noe som gjør at de i løpet av tenårene har et betydelig utviklingspotensial.²⁶ Videre viser forskningen at barnets utvikling er individuell.

Det er altså ikke slik at alle barn følger det samme utviklingsforløpet. Ulike utviklingsforløp medfører at hvert enkelt barn utvikler seg i ulikt tempo. Forskningen fremhever også at hvert enkelt barn gjennomgår en gradvis utviklingsprosess, noe som betyr at det ikke skjer drastiske endringer i utviklingen over kort tid. Til tross for disse individuelle forskjellene i barns utvikling, er det likevel mulig å si noe om hvordan et «normalt» utviklingsforløp vil foregå.²⁷

Barnets kognitive utvikling består blant annet i å utvikle evner til å bedømme en situasjon og til å treffe beslutninger. En forutsetning for å kunne gjøre dette er at barnet har de nødvendige kognitive evner til å forstå og resonnerer i ulike situasjoner. Denne tankeprosessen som knytter seg til å forstå og resonnerer antas å være omtrent like utviklet som voksnes innen barnet er 16 år.²⁸ Barn fra 16 år og oppover kan dermed på lik linje som voksne resonnerer logisk og abstrakt om konsekvenser av ens handlinger, noe som gir grunnlag for å fatte fornuftige beslutninger. Dette er det stor grad av enighet om i forskningsmiljøet. Før fylte 16 år har barnet betraktelig dårligere evner til å treffe gode beslutninger.²⁹

Selv om barn fra ca. 16 år har tilsvarende kognitive evner som voksne, kan barnets evner til å ta gode beslutninger likevel avvike fra voksnes på grunn av barnets psykososiale

²⁵ Se Gröning (2014) s. 325.

²⁶ Se Fornes (2021) s. 55 med videre henvisninger.

²⁷ Se Fornes (2021) s. 50 med videre henvisninger og s. 303.

²⁸ Se f.eks. Steinberg (2009) s. 467.

²⁹ Se Gröning (2014) s. 326 med videre henvisninger.

umodenhet.³⁰ Den psykososiale dimensjonen innebærer at man studerer barnets sosiale, emosjonelle og moralske utvikling.³¹ Ifølge forskningen innenfor de sosiale og emosjonelle perspektivene er barn mer tilbøyelig til å ta risikofylte og impulsbaserte beslutninger fordi de i større grad enn voksne fokuserer på kortsiktige belønninger. Dette påvirker barnets evne til å vurdere konsekvensene av disse handlingene, noe som kan medføre at barnet tar risikable og irrasjonelle beslutninger. Her spiller det også inn hvorvidt barnet påvirkes av jevnaldrende.³² Forskningen viser at den psykososiale modningen foregår betydelig mer langsomt enn den kognitive utviklingen, og at den psykososiale utviklingen fortsetter inn i tyveårene.³³ Når det gjelder barnets moralske utvikling, som også tilhører den psykososiale dimensjonen, er det svært vanskelig å si noe om når barnet utvikler moralsk modenhet.³⁴

Innenfor nevrovitenskapen forskes det på hjernens eksekutive funksjoner, som blant annet omfatter evnen til å resonnere og til å styre impulskontroll, samt problemløsnings- og planleggingsevner.³⁵ Disse evnene aktiveres når vi skal treffe beslutninger og utføre handlinger.³⁶ De eksekutive funksjonene er lokalisert i hjernens frontallapp og er blant de siste områdene i hjernen som modnes.³⁷ Hjernens utvikling av disse funksjonene er tidligst fullstendig modnet ved starten av tyveårene, men utviklingen kan også fortsette til midten av tyveårene.³⁸

Ovenfor er det beskrevet hvordan barns «normale» utvikling forløper seg. Barn med utviklingsforstyrrelser avviker imidlertid fra denne «normale» utviklingsprosessen. Ofte er det slik at barn som begår alvorlig og gjentatt kriminalitet har en utviklingsforstyrrelse.³⁹ En utviklingsforstyrrelse innebærer en «[m]angelfull eller forsinket utvikling av funksjoner knyttet til den biologiske modningen av sentralnervesystemet».⁴⁰ Årsakene til at barn kan få en utviklingsforstyrrelse kan være traumer fra barndommen, for eksempel dersom barnet har blitt utsatt fysisk vold eller seksuelt misbruk.⁴¹ Mangelfull kognitiv utvikling påvirker evnen

³⁰ Se Steinberg (2009) s. 468.

³¹ Se Gröning (2014) s. 326 med videre henvisninger.

³² Se Steinberg (2009) s. 468–470 og Corrado og Mathesius (2014) s. 150.

³³ Se Steinberg (2009) s. 468 og Corrado og Mathesius (2014) s. 150.

³⁴ Se videre Gröning (2014) s. 327.

³⁵ Se f.eks. Diamond (2013) s. 136–137.

³⁶ Se Gröning (2014) s. 328 med videre henvisninger.

³⁷ Se Prior mfl. (2011) s. 7.

³⁸ Se Prior mfl. (2011) s. 8.

³⁹ Se Fornes (2021) s. 56 med videre henvisninger.

⁴⁰ Jf. Malt og Weidle (2021).

⁴¹ Se Corrado og Mathesius (2014) s. 154–155 og Fornes (2021) s. 57 med videre henvisninger.

til å bedømme fordeler og konsekvenser ved situasjoner. I tillegg er vedvarende risikotaking også vanlig ved utviklingsforstyrrelser. Begge disse aspektene virker inn på evnen til å fatte fornuftige beslutninger.⁴²

⁴² Se Corrado og Mathesius (2014) s. 152 og 156–157.

3. Utgangspunkter i Grunnloven og barnekonvensjonen

3.1 Grunnloven § 104 andre ledd: Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste kom inn i Grunnloven (heretter Grl.) § 104 andre ledd i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014.⁴³ Det følger av Grl. § 104 andre ledd at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Bestemmelsen gir uttrykk for at barns behov og interesser står svært sterkt ved alle beslutninger som vil påvirke dem. Formuleringen i Grl. § 104 andre ledd er omtrent lik som formuleringen i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, som blir omtalt nærmere nedenfor.⁴⁴ Når det gjelder tolkningen av prinsippet om barnets beste, foreligger det et mer omfattende rettskildemateriale tilknyttet forståelsen av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 enn hva som er tilfelle for Grl. § 104 andre ledd. Dermed blir det viktig å avklare hvilken betydning barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 har for tolkningen av Grl. § 104 andre ledd.⁴⁵

Høyesterett har i Rt. 2015 s. 93 (Maria) uttalt seg om betydningen av art. 3 nr. 1 ved tolkningen av Grl. § 104 andre ledd. I denne saken hadde en kvinne med aleneomsorg for sin datter på 5 år fått avslag på sin asylsøknad. Likevel oppholdt hun seg ulovlig i Norge, noe som førte til at Utlendingsnemnda fattet utvisningsvedtak. Dette vedtaket ble gjenstand for rettslig prøving i Høyesterett, og ett av spørsmålene var om utvisningsvedtaket var ugyldig fordi det krenket datterens menneskerettigheter. Kvinnen anførte at vedtaket blant annet var i strid med Grl. § 104 andre ledd sammenholdt med barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Høyesterett gikk ikke på en tolkning av Grl. § 104 andre ledd, men viste heller til at grunnlovsbestemmelsen har sin parallell i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.⁴⁶ Videre uttalte retten at barnekomiteens praksis vil utgjøre «et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd».⁴⁷

Selv om Maria-dommen gjaldt utlendingsrett, er uttalelsene om Grl. § 104 andre ledd og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 generelle, slik at Høyesterett uttalelser også kan gjelde på

⁴³ Se Dok.nr. 16 (2011–2012) s. 189.

⁴⁴ Se punkt 3.2.

⁴⁵ Se Fornes (2021) s. 30–31.

⁴⁶ Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 63.

⁴⁷ Jf. Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 64.

andre rettsområder.⁴⁸ Synspunktet i Maria-dommen har blitt fulgt opp i senere rettspraksis hvor Høyesterett har slått fast at den korresponderende konvensjonsbestemmelsen «skal danne utgangspunkt [...] for grunnlovstolkningen».⁴⁹ I det følgende er det derfor barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 som vil bli undersøkt nærmere når innholdet i prinsippet om barnets beste skal fastlegges.

3.2 Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1

Prinsippet om barnets beste er nedfelt i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 slik:

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Artikkel 3 nr. 1 gjelder ved «alle handlinger som berører barn». Denne formuleringen er svært vid og tilsier at bestemmelsen kommer til anvendelse ved alle beslutninger som påvirker barn i større eller mindre grad. Bestemmelsen angir videre at blant annet lovgiver og domstolen plikter å ivareta prinsippet om barnets beste.

Videre følger det av art. 3 nr. 1 at barnets beste «skal [...] være et grunnleggende hensyn». Denne formuleringen oppstiller en tydelig forpliktelse om å tillegge barnets interesser stor vekt. Spørsmålet blir så hva som ligger i «barnets beste». Ordlyden «barnets beste» favner vidt, og åpner for å ta en rekke momenter i betraktning. Barnekomiteen har uttalt at innholdet må avgjøres konkret i den enkelte sak og basere seg på behovet til det eller de barna som berøres av beslutningen.⁵⁰

I en barnets beste-vurdering er det etter barnekomiteens syn viktig å ta barns egenskaper, alder og grad av modenhet i betraktning.⁵¹ Videre har barnekomiteen uttalt at barnekonvensjonen art. 6 nr. 2 skal inngå i vurderingen av barnets beste. Denne bestemmelsen krever at konvensjonsstatene skal sikre barnets utvikling i størst mulig grad.⁵²

⁴⁸ Se f.eks. Fornes (2021) s. 185 som viser til at én av Høyesteretts uttalelser, om vekten av hensynet til barnets beste, gjelder generelt og ikke kun på utlendingsrettens felt.

⁴⁹ Jf. Rt. 2015 s. 155 A avsnitt 40.

⁵⁰ Se General Comment No. 14 (2013) avsnitt 32.

⁵¹ Se General Comment No. 14 (2013) avsnitt 48.

⁵² Se General Comment No. 14 (2013) avsnitt 42.

Viktigheten av å sikre barns utvikling kommer også til uttrykk gjennom flere av barnekonvensjonens øvrige bestemmelser.⁵³

Barnekomiteen har videre uttalt seg om barns utvikling mer spesielt i relasjon til hvor grensen for den kriminelle lavalder bør settes. Barnekomiteen har anbefalt statene å ha én fast kriminell lavalder, og at den ikke bør settes lavere enn 14 år. Dette er imidlertid kun en minimumsanbefaling. Barnekomiteen anbefaler nemlig konvensjonsstatene om å ha en kriminell lavalder på 15 eller 16 år. Begrunnelsen for dette er utviklingspsykologisk og nevrovitenskapelig forskning, som viser at modningen og evnen til å ta bestemte beslutninger fortsetter utover i tenårene. Hvilke beslutninger dette dreier seg om, spesifiseres imidlertid ikke nærmere.⁵⁴ Forskning om barns utvikling er viktig informasjon som lovgiver bør benytte seg av dersom det skal gjøres endringer i reglene om skyldene.⁵⁵

Barnekomiteen har kun uttalt seg om hvor den kriminelle lavalder bør settes, og ikke om hvordan statene bør vurdere skyldene hos barn *over* den kriminelle lavalder. Men ved vurderinger av skyldene hos barn mellom 15 til 18 år kan vi falle tilbake på en viktig side av innholdet i barnets beste, nemlig det å ta barnets utvikling i betraktning. Dersom domstolene skal ha mulighet til å trekke inn barnets utvikling ved vurderingen av skyldene, er det nødvendig at vi har regler om skyldene som åpner opp for dette. Dette vil jeg se nærmere på i punkt 7.5.

3.3 Barnekonvensjonen artikkel 37 og 40

Selv om oppgavens hovedfokus er utilregnelighetsreglenes innhold, vil oppgaven også behandle funksjonen til disse reglene med hensyn til hvordan barn behandles i reaksjonssystemet. På dette punktet stiller barnekonvensjonen klare krav til statenes bruk av frihetsberøvende reaksjoner. For det første oppstiller barnekonvensjonen art. 37 bokstav a et forbud mot bruk av blant annet «livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse». Selv om forvaringsstraffen i strl. § 40 ikke er i strid med dette forbudet, gir hjemmelen for forlengelse av forvaringsstraff en uforutsigbar og usikker risiko for at barnet kan sone livet ut.⁵⁶ Det er

⁵³ Se f.eks. barnekonvensjonen art. 5, 27 nr. 1, 27 nr. 2 og 32.

⁵⁴ Se General Comment No. 24 (2019) avsnitt 22 og 27.

⁵⁵ Se f.eks. Haugli (2020) s. 62 som mener at organer som fatter beslutninger som berører barn, bør benytte seg av relevant forskning og studier på det området beslutningen tas.

⁵⁶ Se strl. § 43 første ledd fjerde punktum.

derfor i teorien diskutert om forvaringsstraff egentlig er i tråd med barnekonvensjonen, da forvaringsstraffen reelt sett kan innebære en livstidsstraff.⁵⁷

Barnekonvensjonen forbyr imidlertid ikke bruk av fengselsstraff, men art. 37 bokstav b angir at fengselsstraff kun kan benyttes «som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom».

Barnekonvensjonen art. 37 bokstav c stiller videre krav til at frihetsberøvede barn skal behandles respektfullt og humant, og at barn i utgangspunktet skal holdes atskilt fra voksne under soning. Selv om fengselsstraff ikke er i strid med barnekonvensjonen, stiller likevel hensynet til barnets beste krav om at domstolene ved reaksjonsfastsettelsen ikke bør idømme straffereaksjoner som hindrer eller begrenser barnets utvikling. Dette skal jeg se nærmere på i kapittel 9.

Barnekonvensjonen stiller også særlige krav til hvordan barn skal behandles under straffegjennomføringen. Etter artikkel 40 nr. 1 skal barnet «behandle[s] på en måte som fremmer barnets følelse av verdighet og egenverd». Barnet skal også etter denne bestemmelsen behandles på en måte som tar «hensyn til barnets alder» og som «fremme[r] barnets reintegrering, slik at det påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet». Videre krever art. 40 nr. 3 at staten bør sørge for å opprette «myndigheter og institusjoner som er særlig tilpasset barn» som har begått lovbrudd.

⁵⁷ Se videre Grønning og Fornes (2021) s. 251.

4. Prinsipielle strafferettslige utgangspunkter

4.1 Begrepene skylddevne, tilregnelighet og utilregnelighet

Begrepet «skylddevne» kom inn i straffeloven som paragrafoverskrift til den nye strl. § 20. Den erstattet da «tilregnelighet», som var paragrafoverskriften i den tidligere § 20. Verken strl. § 20 eller straffeloven for øvrig definerer begrepet skylddevne, men angir kun de tilstander som innebærer at en lovbrøyer mangler skylddevne. Dette er lav alder (under 15 år), jf. første ledd, og de tilstander som innebærer utilregnelighet, jf. andre og tredje ledd. Begrepet defineres dermed negativt ved å angi visse omstendigheter som utelukker skylddevne.

I enkelte forarbeider og i juridisk teori blir begrepene tilregnelighet og skylddevne gjerne brukt synonymt om hverandre, og «tilregnelighet» ble også tidligere definert som skylddevne.⁵⁸ I juridisk teori er det fremhevet at skylddevne er et begrep som beskriver evnen til å handle strafferettslig ansvarlig.⁵⁹ Evne til strafferettslig ansvarlig handlemåte forutsetter at man har «et minstemål av modenhet, sjelelig sunnhet og bevissthet».⁶⁰ Uten disse egenskapene er det ikke grunnlag for å klandre lovbrøyeren. I slike tilfeller vil det ifølge forarbeider og teori være urimelig å holde vedkommende strafferettslig ansvarlig.⁶¹ Derfor sørger skyldprinsippet for at lovbrøyerer som ikke kan klandres, skal frifinnes. Skyldprinsippet angir nemlig at det kun er grunnlag for å holde en lovbrøyer strafferettslig ansvarlig dersom vedkommende kunne og burde handlet annerledes.⁶²

4.2 Begrunnelser for å frita barn fra straffansvar

4.2.1 Generelle begrunnelser

I norsk rett har vi flere begrunnelser for hvorfor barn under en viss alder ikke bør holdes strafferettslig ansvarlig. De sentrale er argumenter om skyld, straffens preventive effekt og straffens skadepotensiale. Disse begrunnelsene knytter seg ikke bare til hvorfor barn ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig, men gjelder også for andre grupper individer som av ulike grunner enn alder mangler skylddevne.⁶³

⁵⁸ Se f.eks. NOU 1990: 5 s. 46, NOU 2014: 10 s. 404, Andenæs mfl. (2016) s. 288, Grønning mfl. (2019) s. 484 og Frøberg (2020a) s. 168.

⁵⁹ Se Andenæs mfl. (2016) s. 288 og Grønning mfl. (2019) s. 484.

⁶⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 216.

⁶¹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 216 og Grønning mfl. (2019) s. 484.

⁶² Se f.eks. Grønning mfl. (2019) s. 485.

⁶³ Se f.eks. Grønning (2014) s. 316–317. Se imidlertid Andenæs, NOU 1974: 17, s. 161–165 som opererer med følgende kategorisering: skyldsynspunkter, allmennpreventive synspunkter og behandlingssynspunkter.

De ulike argumentene kan hver for seg tjene som en begrunnelse for hvorfor barn ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig, men synspunktene kan også kombineres slik det gjøres i straffelovens forarbeider. Der vektlegges både argumenter om skyld og prevensjon. Skyldargumentet kommer til uttrykk i forarbeidenes formulering om at straffansvar forutsetter tilstrekkelig modenhet, sjelelig sunnhet og bevissthet.⁶⁴ Den andre delen av begrunnelsen knytter seg til prevensjonsargumentet. Det innebærer at straffens preventive effekt ikke vil ha tilsvarende virkning overfor utilregnelige som tilregnelige lovbrøyttere, og at begrunnelsen for å straffe utilregnelige derfor ikke slår til med samme styrke.⁶⁵

I norsk rett anses skyldargumentet som den primære begrunnelsen for hvorfor barn ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig. Dette henger sammen med at vår strafferett bygger på forholdet mellom handling og skyld. Derfor angir skyldprinsippet, som vist til ovenfor, at det kun er grunnlag for å holde en lovbrøytter ansvarlig for sine handlinger dersom vedkommende kan klandres som skyldig.⁶⁶

4.2.2 Begrunnelser for den kriminelle lavalder

Barn under en viss alder anses for å mangle skyldevne ettersom en er under utvikling. I forarbeider og juridisk teori fremheves det at barn ikke har utviklet den ansvars kapasitet som er nødvendig for å handle strafferettslig ansvarlig. Til forskjell fra voksne har ikke barn tilsvarende moralsk innsikt og modenhet, noe som begrenser barnets evne til å vurdere og la seg påvirke av ens tanker og handlingsmotiv.⁶⁷ Uten tilstrekkelig ansvars kapasitet er det ikke grunnlag for å klandre barn dersom en verken kunne eller burde ha handlet annerledes.⁶⁸

Også straffens preventive funksjon og straffens skadepotensial trekkes frem som begrunnelser for hvorfor barn ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig. Begrunnelsen om straffens preventive funksjon bygger på at straffen verken har en allmennpreventiv eller individualpreventiv effekt på barn. Det antas at straffetrusselen i straffebudet ikke virker avskrekkende og normskapende på barn da de ikke er tilstrekkelig utviklet til å la seg påvirke av straffetrusselen. Videre antar man at selve straffen heller ikke vil ha noen særlig

⁶⁴ Se punkt 4.1 for en direkte angivelse av sitatet.

⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 216.

⁶⁶ Se Gröning (2014) s. 317.

⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) s. 9 og Gröning mfl. (2019) s. 492 med videre henvisninger.

⁶⁸ Se Gröning (2014) s. 317.

individualpreventiv innvirkning på å forhindre at barn begår nye lovbrudd.⁶⁹ Når det gjelder argumentene om straffens skadepotensial, handler dette særlig om de skadelige virkningene som fengselsstraffen kan påføre barn.⁷⁰ I punkt 4.2.3 vil jeg forklare på hvilke måter fengselsstraffen kan påføre barn skadelige virkninger.

I juridisk teori argumenteres det med at prevensjons - og skadeargumentet ikke kan forklare hvorfor barns handlinger skal være *ansvarsfrie*. Disse argumentene kan kun begrunne at deres handlinger bør være *straffrie*.⁷¹ Barn kan nemlig ha tilstrekkelige forutsetninger for å handle strafferettslig ansvarlig, men prevensjons – og skadeargumentet kan tilsi at barn ikke bør straffes. Disse argumentene trenger vi imidlertid ikke å ta hensyn til gjennom regler om kriminell lavalder. Det forhold at straffen ikke virker preventivt på barn kan vi heller ta høyde for gjennom regler om straffereaksjon og -bortfall. Det kan istedenfor utvikles særlig tilpassede reaksjonsformer overfor barn som ikke påfører dem samme skadelige virkninger som ordinær fengselsstraff. Argumentene om straffens preventive virkning og straffens skadepotensial kan altså ikke begrunne frihet fra *straffansvar*, men straffrihet. Dermed er det kun skyldargumentet som gir en selvstendig begrunnelse for hvorfor barn ikke skal anses strafferettslig ansvarlig.⁷²

Argumenter om straffens preventive virkninger og straffens skadepotensial kan derimot ha verdi når vi skal vurdere utilregnelighetsreglenes virkninger, der tilregnelighet leder til straff. For selv om barn har evne til å handle strafferettslig ansvarlig, og dermed er tilregnelig, betyr ikke det at barn ikke kan ta skade av fengselsstraff eller at straffen ikke virker preventivt. Straffens individual – og allmennpreventive virkning er imidlertid svært usikker ettersom argumentene om straffens effekt bygger på svakt underbygd empiri. Ettersom vi ikke har sikker kunnskap om straffens preventive effekt, vil ikke disse argumentene omtales i den videre fremstillingen.⁷³ Jeg ønsker derimot å si noe videre om straffens skadepotensial. Denne kunnskapen kan nemlig trekkes inn i vurderingen av om reaksjonssystemet vårt er tilfredsstillende.⁷⁴

⁶⁹ Se f.eks. Gröning (2014) s. 318.

⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) s. 10 og Gröning (2014) s. 318.

⁷¹ Se Gröning (2014) s. 317 og Gröning mfl. (2019) s. 486.

⁷² Se Gröning (2014) s. 317 og Gröning mfl. (2019) s. 486.

⁷³ Se f.eks. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 79, Frøberg (2020b) s. 39 og Gröning (2014) s. 319.

⁷⁴ Se kapittel 9.

4.2.3 Argumenter om straffens skadepotensial

Fengselsstraff kan være skadelig for barn. Hvor stort skadepotensial fengselsstraff kan ha påvirkes blant annet av hvor lenge barnet blir sittende i fengsel.⁷⁵ For det første kan fengselsstraffen være skadelig fordi den hindrer barnets muligheter til å komme i kontakt med mennesker som stimulerer til utvikling av såkalt prososial atferd.⁷⁶ Prososial atferd betegnes som «sosial atferd som er positiv, konstruktiv og hjelpende».⁷⁷ Videre kan økt kontakt med jevnaldrende i fengsel påvirke barn i negativ retning ettersom barn er særlig sårbare for påvirkning fra andre.⁷⁸ Barnet kan dermed komme til å etablere en omgangskrets med andre innsatte som kan ha aggresjonsproblemer og en tilbøyelighet til å ty til vold. Det kan dermed bli krevende for barnet å vokse ut av og ta avstand fra sin kriminelle atferd.⁷⁹

Videre har også fengselsstraffen et skadepotensial når det gjelder barns psykiske helse. Frihetsberøvelsen og det forhold at barnet mister livet sitt utenfor murene er noe som både kan resultere i at psykiske lidelser oppstår eller forverres og at tidligere psykiske lidelser blusser opp igjen.⁸⁰ På bakgrunn av de skadevirkninger og den lidelsen som straffen fører med seg, hevdes det i teorien at det er urimelig å straffe barn med fengselsstraff.⁸¹

Fengselsstraffen fører også til at barnet mister kontakten med samfunnet. I tillegg er fengselsstraff for barn som begår alvorlig kriminalitet preget av rutinepregede anstalter med et høyt sikkerhetsnivå.⁸² Etter endt soning kan det dermed bli vanskelig å skulle komme ut og fungere på en normal måte samfunnet igjen, skape relasjoner med andre som ikke er kriminelle og håndtere ukjente situasjoner som barn ikke har blitt forberedt på under soningen. Faktorer som påvirkning fra andre kriminelle jevnaldrende, psykiske lidelser og tap av samfunnskontakt gjør det utfordrende for barn å skulle reintegreres i samfunnet igjen etter endt soning.⁸³

⁷⁵ Se Lambie og Randell (2013) s. 451.

⁷⁶ Se Lambie og Randell (2013) s. 451.

⁷⁷ Jf. Svartdal (2020).

⁷⁸ Se Lambie og Randell (2013) s. 451 og 456.

⁷⁹ Se Lambie og Randell (2013) s. 451–452.

⁸⁰ Se f.eks. Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) s. 9 og Lambie og Randell (2013) s. 452–453.

⁸¹ Se Gröning (2014) s. 318.

⁸² Se Fornes (2021) s. 78 med videre henvisninger.

⁸³ Se Lambie og Randell (2013) s. 451, 454 og 456.

4.3 Andre sentrale strafferettslige hensyn

Ved utformingen av utilregnelighetsregler er det flere andre sentrale hensyn enn begrunnelsene som skal ivaretas. For det første står forutberegnelighetshensynet sterkt. Dette hensynet skal sørge for at like tilfeller blir behandlet likt. Videre fremheves det i teorien at hensynet til forutberegnelighet stiller krav om at lovgiver utformer så klare og presise regler som mulig.⁸⁴

Samtidig er det en viktig målsetting at utilregnelighetsreglene skal være treffsikre. Dette innebærer at reglene må utformes på en måte som identifiserer de barna som ikke kan klandres.⁸⁵ Da vil det være viktig å trekke frem barneperspektivet som gjennomsyrrer barnekonvensjonen. Som vi så i punkt 3.2, krever prinsippet om barnets beste at dets alder og modenhet tas i betraktning. I tillegg så vi at barnekonvensjonen bygger på en grunntanke om at barn er under utvikling.⁸⁶

At barn er under utvikling, er noe vi må ha med oss som et bakteppe for en treffsikkerhetsvurdering. Det er viktig at reglene om skyldvne utformes på en måte som kun treffer de barna som mangler dette. Det betyr at regelen om den kriminelle lavalder skal gjelde for barn som ikke kan klandres. Reglene skal verken være for snevre eller for vide. De skal også være treffsikre for barn over den kriminelle lavalder. Dette er imidlertid ingen enkel oppgave. Når vi vet at barn befinner seg i en stadig utviklingsprosess og utvikles ulikt og i ulikt tempo, må vi erkjenne at det vil være vanskelig å utforme treffsikre regler om barns skyldvne.

Utilregnelighetsreglene skal videre være praktisk anvendelige for domstolene. Det er også en målsetting at de skal være forsvarlige blant annet med hensyn til utilregnelighetsreglenes konsekvenser.⁸⁷ Som jeg allerede har påpekt i punkt 1.1, trekker utilregnelighetsreglene en grense mellom de som er strafferettslig ansvarlig og de som skal frifinnes. Det er derfor av stor betydning hvordan utilregnelighetsreglene er utformet. I teorien vises det til at regler som er for snevre kan medføre at lovbrøtere må sone i fengsel selv om de kan være for syke til å

⁸⁴ Se Innst. 296 L (2018–2019) s. 9–10 og Gröning, NOU 2014: 10, s. 414.

⁸⁵ Se Gröning, NOU 2014: 10, s. 414.

⁸⁶ Se også Gröning og Fornes (2021) s. 251 som fremhever dette.

⁸⁷ Se Gröning, NOU 2014: 10, s. 414.

gjennomføre en slik straff. Er reglene derimot for vide kan man risikere at «friske» lovbrøtere idømmes dom på tvungent psykisk helsevern.⁸⁸

Det kan være vanskelig å imøtekomme alle disse hensynene fullt ut. For eksempel vil det ut fra hensynet til barnets beste, der barnets utvikling står sentralt, være vanskelig å ilegge straff. Videre vil en treffsikker regel kunne være positivt med hensyn til å forhindre at barn uten skyldene inndras i strafferettssystemet. Men skal man oppnå treffsikre regler om barns skyldene, vil man antagelig måtte åpne for noe skjønn ettersom det er store forskjeller i barns utvikling. En slik regel kan dermed være mindre forutberegnelig. Disse vanskelige avveiningene og hvordan man skal løse problemene som disse til dels motstridende hensynene medfører skal vi se nærmere på i punkt 6.3, 7.5 og 8.

⁸⁸ Se Gröning, NOU 2014: 10, s. 420.

5. Gjeldende regelverk

5.1 Reglene om skylddevne: oversikt over innhold og funksjon

Strl. § 20 angir lav alder og utilregnelighet grunnet psykisk sykdom, utviklingshemming og bevissthetsforstyrrelse som forhold hvor lovbryteren anses for å mangle ansvarskapasitet. Når et barn begår en straffbar handling, er det i første omgang barnets alder som er det avgjørende. Barn under den kriminelle lavalder mangler skylddevne og skal dermed frifinnes, jf. strl. § 20 første ledd.

For barn over den kriminelle lavalder er utgangspunktet at de har skylddevne. Spørsmålet om barns skylddevne aktualiseres først dersom det foreligger holdepunkter for at barnet manglet nødvendig ansvarskapasitet på gjerningstidspunktet.⁸⁹ Domstolene må da gå inn i en vurdering av barnets skylddevne etter de generelle, aldersuavhengige reglene om utilregnelighet i strl. § 20 andre og tredje ledd. Fokuset skiftes da fra barnets (lave) alder, til spørsmålet om barnet mangler skylddevne av andre grunner.

Hvorvidt barn over den kriminelle lavalder har skylddevne, skal avgjøres etter en todelt vurdering. Først må det avgjøres om bestemmelsens grunnvilkår i strl. § 20 andre ledd er oppfylt. Andre ledd angir de tilstander som kan innebære utilregnelighet, og her er bestemmelsen endret på et par punkter i forhold til den gamle strl. § 20 som gjaldt før 1. oktober 2020. Vilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand» i bokstav a erstatter det tidligere vilkåret «psykotisk». Bokstav b om «sterk bevissthetsforstyrrelse» videreføres uendret.⁹⁰ Vilkåret ««høygradig psykisk utviklingshemming» i bokstav c erstatter «psykisk utviklingshemming i høy grad». Her har den veiledende IQ-grensen blitt hevet fra 55 til 60. Dette utgjør en forsiktig utvidelse av hvem som vil kunne frifinnes i dag enn hva som var tilfelle etter den tidligere regelen.⁹¹

At tiltalte befinner seg i en av grunntilstandene i bokstav a-c er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for utilregnelighet. I tillegg kreves at tiltalte er «utilregnelig på grunn av» tilstanden. Dette vilkåret, som omtales som tilleggsvilkåret, krever at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor retten etter strl. § 20 tredje ledd må vektlegge «graden

⁸⁹ Se Gröning mfl. (2019) s. 484.

⁹⁰ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

⁹¹ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229 og Frøberg (2020a) s. 181.

av svikt i virkelighetsforståelse og funksjonsevne». Grunnvilkåret og tilleggsvilkåret omtales nærmere i kapittel 7.

Dersom retten finner at barnet etter strl. 20 andre og tredje ledd er tilregnelig, må en deretter ta stilling til hvilke strafferettslige reaksjon(er) som skal idømmes. Her kommer skyldprinsippet inn med betydelig styrke. Dette kommer til syne ved reaksjonsregler som er ment å ivareta barn. Vi har først og fremst særregler som setter strenge vilkår for bruk av fengsel og forvaring, se strl. §§ 33 og 40. Videre gir straffeloven regler om ungdomsstraff, se strl. § 52 a, og en særregel om utvidet bruk av samfunnsstraff for barn, se strl. § 48 andre ledd. Vi har også strl. §§ 78 og 80 som åpner for å straffe barn under 18 år mildere enn voksne.

Kommer retten derimot til at barnet er utilregnelig, er vedkommende «ikke strafferettslig ansvarlig», jf. strl. § 20. Resultatet blir dermed frifinnelse, med mindre det foreligger grunnlag for å idømme en særreaksjon.⁹² Som vi ser, blir utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd styrende for hvordan barn over den kriminelle lavalder håndteres i etterkant av et lovbrudd. Når rettens konklusjon enten leder til frifinnelse (evt. særreaksjon) eller straff, er det klart at det står mye på spill for barnet. Hvorvidt barnet frifinnes eller straffes kan få avgjørende betydning for barnets videre livsløp.⁹³

5.2 De sakkyndiges rolle

Spørsmålet om barnet har skyld evne avgjøres av domstolen. Uttalelsene fra de rettsoppnevnte sakkyndige spiller likevel en svært viktig rolle da de inngår i rettens bevisgrunnlag. Når retten skal vurdere om et barn over den kriminelle lavalder har skyld evne, vil barnet bli observert og utredet på medisinsk-faglig bakgrunn av de sakkyndige. Dersom utredningen gir grunnlag for det, stiller de sakkyndige en eller flere sykdomsdiagnoser. De skal imidlertid ikke uttale seg om lovens utilregnelighetsvilkår er oppfylt, slik tilfellet var tidligere. De sakkyndige skal nå kun gi retten psykiatrisk og psykologisk faglig informasjon om tiltalte.⁹⁴

⁹² Se strl. §§ 62 og 63.

⁹³ Se Fornes (2021) s. 15 som fremhever lignende argumenter med hensyn til valget mellom frihetsberøvende og frihetsinnskrenkende reaksjoner.

⁹⁴ Se NOU 2014: 10 s. 217, Prop. 154 L (2016–2017) s. 82–83 og Gröning mfl. (2019) s. 496–497.

Som vi senere skal se, er det krevende å vurdere barns skyldsevne. I teorien fremheves utfordringer med å vurdere barn fordi det krever «bred kunnskap om barns utvikling generelt og utviklingspsykopatologi spesielt».⁹⁵ Oppgavens punkt 7.2 vil vise at strl. § 20 andre og tredje ledd blant annet kan kreve en vurdering av hvordan flere ulike, samvirkende lidelser slår ut på barns virkelighetsforståelse og funksjonsevne. Dette er vurderinger som ifølge juridisk teori krever barnefaglig ekspertise.⁹⁶ Forskriften om rettspsykiatriske undersøkelser og sakkyndige § 2 andre ledd første punktum stiller følgende krav til sakkyndige: «[d]en sakkyndige og minst én av de sakkyndige når de er flere, skal være godkjent spesialist på et fagområde som er relevant for den rettspsykiatriske undersøkelsen». Problemet er imidlertid at Norge har få sakkyndige med slik spesialkompetanse.⁹⁷ Etter mitt syn er dette betenkelig når det gjelder barns rettssikkerhet. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 7.5.

⁹⁵ Jf. Gröning mfl. (2021) s. 17.

⁹⁶ Se Gröning mfl. (2021) s. 17.

⁹⁷ Se Gröning mfl. (2021) s. 17.

6. Den kriminelle lavalder

6.1 Bakgrunnen for å ha en regel om kriminell lavalder

På bakgrunn av argumentene om ikke å holde barn strafferettslig ansvarlig,⁹⁸ har vi i norsk rett en regel om kriminell lavalder. Diskusjonene om den kriminelle lavalder har aldri dreid seg om hvorvidt vi skal ha en slik regel, men heller om hvilken aldersgrense som skal sette grensen for den strafferettslige ansvarskapasitet. Da kriminalloven fra 1842 gjaldt, hadde man et system med to ulike grenser for den kriminelle lavalderen. Den ene kriminelle lavalderen satte en absolutt grense for straffansvar for barn under 10 år, mens den andre var relativ. Etter den relative regelen kunne barn mellom 10 og 15 år holdes strafferettslig ansvarlig dersom barnet «havde indseet Handligens forbryderske Beskaffenhed».⁹⁹ Dette gjaldt imidlertid kun for de barna som begikk mer alvorlige forbrytelser. Den relative regelen ga altså ikke grunnlag for å holde barn mellom 10 og 15 år straffansvarlig ved mindre alvorlige lovbrudd.¹⁰⁰

I 1896 ble den absolutte kriminelle lavalderen hevet fra 10 til 14 år,¹⁰¹ og den ble stående da straffeloven fra 1902 trådte i kraft. Den relative kriminelle lavalder i kriminalloven ble avskaffet.¹⁰² I 1987 ble den kriminelle lavalder igjen hevet, fra 14 år til 15 år.¹⁰³ Endringen trådte imidlertid ikke i kraft før 1. januar 1990. Dette skyldtes at barnevernet før dette tidspunktet ikke ble ansett tilstrekkelig rustet til å ta hånd om de kriminelt mest belastede 14-årige barna.¹⁰⁴ Etter 1990 har den kriminelle lavalder på 15 år blitt videreført uten endringer, først i straffeloven fra 2005 § 20 og deretter i den nye strl. § 20, som trådte i kraft 1. oktober 2020.

Så vidt jeg er kjent med, er det ingen uttalelser i forarbeidene som sier noe om *hvorfor* dagens kriminelle lavalder er 15 år. Det finnes imidlertid andre kilder som søker å forklare dette, for eksempel NOU 2008: 15. I denne utredningen har utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet uttalt at 15 år regnes som «det tidspunktet da de fleste barn *antas* å ha tilstrekkelig modenhetsnivå til å forstå konsekvensene av sine lovbrudd og til å ta de konsekvensene en

⁹⁸ Se punkt 4.2.

⁹⁹ Jf. kriminalloven 1842 kap. 6 § 8 og kap. 7 § 1.

¹⁰⁰ Se Andenæs mfl. (2016) s. 296.

¹⁰¹ Se lov 6. juni 1896 om behandling av forsømte barn.

¹⁰² Se strl. 1902 § 46.

¹⁰³ Se lov nr. 51/1987.

¹⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) s. 9–10 og Andenæs mfl. (2016) s. 296.

straff medfører» (min kursivering).¹⁰⁵ Det ser dermed ut til å være antagelser om når barn oppnår tilstrekkelig strafferettslig ansvarskapasitet som er grunnlaget for en kriminell lavalder på 15 år.

6.2 Regelens utforming

Den nå gjeldende regelen om den kriminelle lavalder finnes i strl. § 20 første ledd og har følgende formulering:

«Den som på handlingstidspunktet er under 15 år, er ikke strafferettslig ansvarlig».

En naturlig språklig forståelse av «under 15 år» tilsier at gjerningspersonen går fri for straffansvar dersom den kriminelle handlingen begås før fylte 15 år. Ordlyden er klar på at det kun er alderen som er relevant for om straffansvar inntreer. Ordlyden gir imidlertid ikke svar på om det er selve fødselsdagen eller fødselstidspunktet som er avgjørende. Forarbeidene viser til at juridisk teori regnet vilkåret «før det fylte 15 år» i strl. 1902 § 46 som oppfylt dersom den kriminelle handlingen ble begått fra klokken 00:00 natt til fødselsdagen.¹⁰⁶ At ansvaret inntreer fra og med 15-årsdagen har også fått støtte i nyere litteratur.¹⁰⁷ Bestemmelsen er altså absolutt ettersom den ikke åpner for unntak fra straffansvar etter fylte 15 år.

For ikke å bli holdt strafferettslig ansvarlig kreves det videre at lovbrøyteren var under 15 år på «handlingstidspunktet». Dette kan tolkes på to måter. Ett tolkningsalternativ er at vilkåret anses oppfylt dersom den straffbare handling begås før 15-årsdagen, uavhengig av når handlingens virkning inntreer. En annen måte å tolke vilkåret på er at konsekvensen av handlingen må materialisere seg før gjerningspersonen fyller 15 år. Gröning, Husabø og Jacobsen eksemplifiserer problemstillingen med at gjerningspersonen før fylte 15 år slår til fornærmede med en hammer. Fornærmede dør en måned senere, og gjerningspersonen har da fylt 15 år. Forfatterne tar til orde for at i en slik situasjon må skyldprinsippet være avgjørende. Ettersom gjerningspersonen ikke var tilregnelig da han slo til fornærmede, går vedkommende følgelig fri for ansvar.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Jf. NOU 2008: 15 s. 23.

¹⁰⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 216.

¹⁰⁷ Se Andenæs mfl. (2016) s. 295 og Gröning mfl. (2019) s. 493.

¹⁰⁸ Se Gröning mfl. (2019) s. 493.

6.3 Analyse

6.3.1 Absolutt kriminell lavalder: fordeler og ulemper

Som vi så under punkt 6.1 har det historisk sett variert hvordan vi betrakter barns skyldevne, og hevingen av den kriminelle lavalder viser at vi har gått i retning av å ta særlig fengselsstraffens skadepotensial på alvor. Med en kriminell lavalder på 15 år er vi også trygt innenfor barnekomiteens anbefaling.¹⁰⁹ Det kan likevel stilles spørsmål ved om regelen om den kriminelle lavalder leder til en rettferdig avgrensning av hvem som bør holdes strafferettslig ansvarlig.

Strl. § 20 første ledd innebærer at regelen trekker en skarp grense mellom barn som er under og over den kriminelle lavalder. Dersom et barn begår et lovbrudd dagen før det fyller 15 år, er barnet ikke strafferettslig ansvarlig. Begås derimot handlingen på 15-årsdagen eller senere, anses barnet for å ha strafferettslig ansvarskapasitet.¹¹⁰ Tolkningen av strl. § 20 første ledd kan etter min mening, i lys av forskning på barns utvikling og skyldprinsippets innhold, kritiseres for at den oppstiller en absolutt grense for når straffansvaret inntreffer.

Som nevnt i kapittel 2, er barns utvikling individuell og de følger ulike utviklingsforløp. Det kan dermed stilles spørsmål ved at alle barn behandles etter samme standard. Først og fremst kan det være ulikheter mellom barn som følger et «normalt» utviklingsforløp. Det kan derfor tenkes tilfeller der ett barn har utviklet tilstrekkelig evner og modenhet for å handle strafferettslig ansvarlig, mens et annet barn ikke har det. Videre mener jeg at det vil være enda større grunn til å vurdere barn med utviklingsforstyrrelser annerledes enn «normalt» utviklede barn. Et barn som eksempelvis har fått en utviklingsforstyrrelse som følge av seksuelt misbruk, kan ha betydelig begrensede eller manglende evner til å ta fornuftige beslutninger. Likevel skal dette barnet etter dagens regel behandles på samme måte som barn som har fulgt et normalt utviklingsforløp.

Vi har også sett i punkt 4.2.1 at skyldprinsippet er den primære begrunnelsen for hvorfor vi har en regel om kriminell lavalder. Slik strl. § 20 første ledd er utformet bygger regelen på en forståelse av skyldprinsippet om at skyldevne foreligger på 15-årsdagen, slik at barn fra fylte 15 år alltid kan klandres. Paragraf 20 første ledd innebærer altså at det gjøres et markert skille

¹⁰⁹ Se punkt 3.2.

¹¹⁰ Se Gröning (2020) s. 276 og Gröning mfl. (2019) s. 493.

ved at barn under 15 år er umodne og ikke kan klandres, mens barn over 15 år har strafferettslig ansvarskapasitet.

Som nevnt innebærer skyldprinsippet at kun den som kan klandres, skal holdes strafferettslig ansvarlig. Hvem som kan klandres er noe som etter min mening må avgjøres konkret i den enkelte sak. Derfor mener jeg at lovgiver har vedtatt strl. § 20 første ledd basert på en forståelse av skyldprinsippet som ikke samsvarer med prinsippets innhold. Strl. § 20 første ledd bygger på en antagelse om at barn fra fylte 15 år har tilsvarende evner og egenskaper som voksne til å ta gode beslutninger. Dette vet vi at ikke er tilfellet, jf. kapittel 2. Barn er generelt mindre å klandre og har dermed begrenset skyldevne. Derfor mener jeg at regelen ikke er i tråd med skyldprinsippet når barn fra fylte 15 år rettslig sett anses som voksne og vurderes deretter.¹¹¹

Utviklingspsykologisk forskning og skyldprinsippet gir etter mitt syn argumenter for ikke å opprettholde dagens absolutte regel. Lovgivers plikt til å ivareta hensynet til barnets beste kan i denne sammenheng tilsi at lovgiver bør benytte seg av forskning som er gjort på barns utvikling. Skal man ta de individuelle forskjellene i barns utvikling og modenhet på alvor, vil det trolig være behov for å vedta en lovregel som åpner for å vurdere barns relative modenhet.¹¹²

Selv om det er flere betenkeligheter med å ha en absolutt kriminell lavalder, kan det likevel anføres flere argumenter for å beholde dagens absolutte regel. For det første fraråder FNs barnekomité bruk av regler om straffansvar der det skal vurderes om barnet har tilstrekkelig modenhet til å holdes ansvarlig. Barnekomiteens observasjoner viser at slike regler har gitt domstolene et stort rom for skjønn, og at dette har ført til forskjellsbehandling.¹¹³

En absolutt regel om når straffansvaret inntreffer støttes også i teorien. Det fremheves blant annet at hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet taler for å ha en absolutt regel, og at vi derfor ikke bør ha en regel som muliggjør en vurdering av barnets relative modenhet. I

¹¹¹ Se Fornes (2021) s. 54–55 som fremhever tilsvarende synspunkter, men da i relasjon til hvor strengt barn over 15 år skal straffes.

¹¹² Se punkt 8 for en nærmere diskusjon om dette.

¹¹³ Se General Comment No. 24 (2019) avsnitt 26.

litteraturen pekes det også på at en absolutt regel er å foretrekke ettersom en skjønnsmessig vurdering av barns modenhet kan lede til forskjellsbehandling og vilkårlighet.¹¹⁴

Videre er det fremholdt i underrettspraksis og juridisk teori at retstekniske hensyn tilsier at det må gjelde en klar grense for når barns straffansvar inntreter.¹¹⁵ Retstekniske hensyn sikter mer konkret til en av målsettingene vi så på i punkt 4.3, om at reglene skal være praktisk anvendelige. Regelen i strl. § 20 første ledd, der kun barnets alder er relevant for om straffansvar inntreter, er svært enkel å anvende og taler dermed for at vi bør ha en absolutt kriminell lavalder.

Vi så også i punkt 4.3 at utilregnelighetsreglene skal være treffsikre. Selv om det ikke kan utelukkes at 14-åringer har utviklet tilstrekkelig ansvarskapasitet,¹¹⁶ viser forskningen, nevnt i kapittel 2, at viktige evner for å handle strafferettslig ansvarlig normalt utvikles fra (tidligst) fylte 16 år. Så når barn under 15 år alltid mangler skyldene etter regelen i strl. § 20 første ledd, må regelen etter mitt syn dermed sies å være rimelig treffsikker på dette punkt. Selv om regelen kan sies å være treffsikker for de *under* 15 år, har vi tidligere sett i denne analysen at ikke alle barn over 15 år kan klandres. Utformingen av regelen om kriminell lavalder må derfor til sist drøftes i sammenheng med utformingen av reglene for de barn som er over denne alder.¹¹⁷

6.3.2 Hvor bør aldersgrensen for straffansvar settes?

Selv om en absolutt regel er viktig for å ivareta hensynet til forutberegnelighet, rettssikkerhet og likebehandling, er det ikke gitt at vi bør beholde 15 år som kriminell lavalder.

Utviklingspsykologisk forskning viser samlet sett at sentrale egenskaper for å vurdere konsekvenser, styre impuls kontroll og til å fatte fornuftige beslutninger utvikles tidligst fra 16 år, men kan også fortsette inn tyveårene. Og nevrovitenskapen viser at hjernen er ferdig utviklet en gang mellom starten og midten av tyveårene.

Videre kan det stilles spørsmål ved at den kriminelle lavalder er 15 år mens den seksuelle lavalder er 16 år. Bakgrunnen for en seksuell lavalder på 16 år beskrives i teorien som det

¹¹⁴ Se f.eks. Gröning (2014) s. 329 og Gröning mfl. (2021) s. 6.

¹¹⁵ Se TAHER-2015-13241 punkt 4 og Andenæs mfl. (2016) s. 295.

¹¹⁶ Se Gröning, NOU 2014: 10 s. 417.

¹¹⁷ Se kapittel 8.

«tidspunkt da lovgiver regner barn som tilstrekkelig modne til å ha seksuelle relasjoner og gjøre forstandige valg i denne sammenheng».¹¹⁸ Før fylte 16 år anses barnet for å mangle tilstrekkelig forutsetninger for å gi et informert samtykke til seksuell omgang.¹¹⁹ I teorien pekes det på at det er tankevekkende at barn på 15 år har tilstrekkelig evner til å handle strafferettslig ansvarlig, men ikke har den nødvendige modenhet til å ta ansvar for sin egen seksualitet før fylte 16 år.¹²⁰

I diskusjonen om hvor den strafferettslige lavalder bør settes, har det i teorien også blitt sett hen til hvordan barns alder betraktes innenfor den sivilrettslige menneskerettighetskonteksten.¹²¹ Det følger av både Grl. § 104 første ledd og barnekonvensjonen art. 12 nr. 1 at barnets synspunkter i saker som angår dem skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og utvikling. I norsk rett er dette nærmere konkretisert i barneloven § 31 andre ledd.¹²² Der fremgår det at barn fra fylte syv år har rett til å uttrykke seg før det blir fattet beslutninger som angår barnet. Fra fylte 12 år skal det legges stor vekt på barnets synspunkter. I teorien er det tatt til orde for at det er «inkonsistent å mene at det kun er voksne som kan være ansvarlige i strafferetten, mens barn i sivilretten har rett til å ta ansvar for seg selv og sine ønsker».¹²³

Sivilrettens regulering er etter min mening et argument som har mindre vekt i denne diskusjonen. Det å ha rett til å uttrykke sine synspunkter og ønsker, betyr imidlertid ikke at barnets synspunkter gir uttrykk for rasjonelle, gjennomtenkte valg som må følges. Barn har naturlig nok ikke samme evner som voksne til å resonnerer, forstå konsekvenser av ønsker eller til å handle fornuftig.¹²⁴

Etter mitt syn er det først og fremst utviklingspsykologisk forskning om barns utvikling som gir tungtveiende argumenter til diskusjonen om hvor aldersgrensen bør settes. Forskningen som er gjort viser at barn vanligvis utvikler evner til å handle fornuftig fra (tidligst) fylte 16 år, og at det er stor grad av enighet om dette i forskningsmiljøet. Dette kan tale for å heve den kriminelle lavalder til 16 år. I samme retning trekker også reguleringen av den seksuelle

¹¹⁸ Jf. Jacobsen mfl. (2020) s. 137.

¹¹⁹ Se Prop. 97 L (2009–2010) s. 49.

¹²⁰ Se Jacobsen mfl. (2020) s. 138.

¹²¹ Se Gröning (2014) s. 329.

¹²² Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

¹²³ Jf. Gröning (2014) s. 329.

¹²⁴ Se kapittel 2.

lavalder. Når barn ikke er tilstrekkelig modne til å ta ansvar for egen seksualitet før fylte 16 år, er det grunn til å stille seg kritisk til at barn har evner til å handle strafferettslig ansvarlig fra de fyller 15 år. En kriminell lavalder på 16 år vil også være i tråd med barnekonvensjonens anbefaling.¹²⁵

Som vi ser er det flere argumenter som taler for å heve den kriminelle lavalder til 16 år. På dette stadiet i oppgaven mener jeg imidlertid at det er for tidlig å gi en endelig konklusjon på spørsmålet om hvor straffansvarets aldersgrense bør settes. Reguleringen av den kriminelle lavalder bør som jeg tidligere har påpekt ses i sammenheng med reglene for hvordan vi håndterer barn *over* den kriminelle lavalder, som jeg straks skal se nærmere på. Fastsettelsen av den kriminelle lavalder bør med andre ord bero på det helhetlige regelverket om skylddevne.

¹²⁵ Se punkt 3.2.

7. Utilregnelighet hos barn over den kriminelle lavalder

7.1 Utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd

For barn (og andre) over den kriminelle lavalder, må utilregnelighet vurderes etter de generelle reglene i strl. § 20 andre og tredje ledd. Det vil si at barn over 15 år må vurderes ut fra de tilstander som pekes ut som utilregnelighetstilstander i strl. § 20 andre ledd. Deretter skal det gjøres en skjønnsmessig helhetsvurdering av tilstandens innvirkning på barnets funksjonsevne og virkelighetsforståelse.¹²⁶ Disse reglene er ikke tiltenkt barn. Under lovreformen var det nemlig ikke en del av Tilregnelighetsutvalgets mandat at det skulle gjøres endringer i reglene med fokus på barn.¹²⁷ Som utgangspunkt skal derfor barn etter strl. § 20 andre og tredje ledd vurderes akkurat som voksne.

Det har imidlertid blitt åpnet for at utilregnelighet kan vurderes annerledes hos barn enn hos voksne etter utilregnelighetstilstanden «sterkt avvikende sinnstilstand» i strl. § 20 andre ledd bokstav a. Dette skyldes at barn er under utvikling, og at dette kan virke inn på vurderingen av barnets funksjonssvikt/realitetsbrist ved psykisk sykdom.¹²⁸ Dette vil jeg se nærmere på i punkt 7.5.

Når det gjelder utilregnelighetstilstanden bevissthetsforstyrrelse i strl. § 20 andre ledd bokstav b, skal det gjøres en vurdering av i hvor stor grad bevisstheten er innsnevret.

Utilregnelighetstilstanden psykisk utviklingshemming i bokstav c, krever en vurdering av graden av utviklingshemming og hvordan utviklingshemmingen virker inn på vedkommendes funksjonssvikt. For disse tilstandene har det ingen betydning at det er et barn som vurderes.

Alder har altså ikke relevans når retten tar stilling til om det foreligger en bevissthetsforstyrrelse eller psykisk utviklingshemming.¹²⁹ I den videre fremstillingen er det derfor kun utilregnelighetstilstanden i bokstav a som vil bli behandlet.

7.2 Grunnvilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand»

Når domstolene skal bedømme et barns skyldene, må retten først vurdere om grunnvilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand» er oppfylt. En naturlig språklig forståelse av «sterkt

¹²⁶ Se punkt 7.3 og 7.4.

¹²⁷ Se NOU 2014: 10 kapittel 3 om Tilregnelighetsutvalgets mandat.

¹²⁸ Se videre Gröning mfl. (2021) s. 16.

¹²⁹ Se videre Prop 154. L (2016–2017) s. 229.

avvikende sinnstilstand» tilsier at vedkommende befinner seg i en alvorlig mental tilstand som avviker vesentlig fra det normale.

I forarbeidene har Justisdepartementet uttalt seg om hvordan begrepet «alvorlig sinnslidelse» skal forstås, som var det begrepet departementet ønsket å bruke. Dette forslaget ble endret under stortingsbehandlingen til «sterkt avvikende sinnstilstand», men hensikten var ikke å endre meningsinnholdet. Uttalelsene som knytter seg til «alvorlig sinnslidelse» kan dermed benyttes for å fastlegge meningsinnholdet i «sterkt avvikende sinnstilstand». ¹³⁰ Ifølge Justisdepartementet kan begrepet «sterkt avvikende sinnstilstand» omfatte «både alvorlige psykiske, somatiske og organiske sykdommer som gir seg utslag på sinnet». ¹³¹ Det er irrelevant hvordan en slik tilstand oppsto, med mindre den var selvforskyldt. ¹³²

Selv om det tidligere vilkåret «psykotisk» er erstattet med «sterkt avvikende sinnstilstand», er vilkårets kjerneområde fremdeles de aktive psykosetilstandene med vesentlig realitetsbrist. ¹³³ I tillegg til de aktive psykosene, omfatter vilkåret også andre tilstander som regnes for å være like alvorlige og dyptgripende som en aktiv psykose, og som dermed gir seg utslag i tankeforstyrrelser, funksjonssvikt og sviktende realitetsoppfatning. ¹³⁴ Det er altså ikke nødvendig å bli diagnostisert med en psykoselidelse for å bli kjent utilregnelig. Vilkaåret «sterkt avvikende sinnstilstand» er derfor videre enn det tidligere psykosevilkåret, og dermed er straffansvarets rekkevidde på dette punktet innsnevret. ¹³⁵

Justisdepartementet har vist til en rekke eksempler på tilstander som kan oppfylle vilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand». Dette er blant annet akutt og forbigående psykose, schizofreni, Alzheimers, hjerneskade og autismeforstyrrelser. ¹³⁶ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å befinne seg i en av de nevnte tilstandene. Vilkaåret «sterkt avvikende sinnstilstand» stiller krav om at lovbryteren må være aktivt syk. Dermed vil ikke tilstander hvor symptomene dempes eller opphører som følge av medisinering omfattes, fordi tilstanden

¹³⁰ Se Innst. 296 L (2018–2019) s. 10, jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹³¹ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹³² Se strl. § 20 fjerde ledd andre punktum.

¹³³ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229, RA-2020-2 punkt 2.2 og Gröning (2021), Karnov Lovkommentarer til strl. § 20, kommentar nr. 4.

¹³⁴ Se NOU 2014: 10 s. 124 og s. 140, Prop. 154 L (2016–2017) s. 76 og Innst. 296 L (2018–2019) s. 2.

¹³⁵ Se Frøberg (2020a) s. 184.

¹³⁶ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

da ikke regnes som «sterkt avvikende», slik strl. § 20 andre ledd bokstav a krever (min kursivering).¹³⁷

Videre oppstiller lovteksten krav om at den sterkt avvikende sinnstilstanden må foreligge «på handlingstidspunktet». Ordlyden tilsier at lovbrøyteren må befinne seg i den aktuelle avvikstilstanden fra det tidspunktet lovbruddet påbegynnes, og frem til det fullbyrdes. Det er altså uten betydning om barnet rett etter lovbruddet ikke lenger har en sterkt avvikende sinnstilstand. Bestemmelsen omfatter nemlig både forbigående og langvarige tilstander.¹³⁸

7.3 Tilleggsvilkåret «utilregnelig på grunn av» i strl. § 20 andre ledd

For at et barn skal anses for å mangle skyldsevne er det ikke tilstrekkelig at barnet på handlingstidspunktet har en «sterkt avvikende sinnstilstand». Retten må også vurdere om bestemmelsens tilleggsvilkår er oppfylt. Tilleggsvilkåret krever at barnet på handlingstidspunktet var «utilregnelig på grunn av» den sterkt avvikende sinnstilstanden, jf. strl. § 20 andre ledd.

Hvordan man skal tolke formuleringen «utilregnelig på grunn av» vil i første rekke avhenge av hvordan man definerer utilregnelighet. Dersom man legger til grunn den tradisjonelle oppfatningen av utilregnelighet,¹³⁹ gir ordlyden anvisning på en vurdering av om barnets tilstand er så alvorlig at en mangler nødvendige forutsetninger for å handle strafferettslig ansvarlig. Videre tilsier ordene «på grunn av» at tilstanden må være tilstrekkelig alvorlig til at den medfører utilregnelighet. Ordlyden gir imidlertid liten veiledning om hva den konkrete utilregnelighetsvurderingen skal bygge på.

Ifølge forarbeidene legger utilregnelighetsvurderingen opp til en «konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering der det ses hen til både funksjonsevne og virkelighetsforståelse på handlingstidspunktet».¹⁴⁰ Det skal vurderes om tilstanden var så alvorlig at den virket inn på disse to evnene. Det stilles imidlertid ikke krav om at tilstanden hadde innvirkning på

¹³⁷ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229, Frøberg (2020a) s. 176–177 og Gröning (2021) Karnov Lovkommentarer til strl. § 20, kommentar nr. 4.

¹³⁸ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹³⁹ Se punkt 4.1.

¹⁴⁰ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 55. Det følger også av bestemmelsens tredje ledd at disse momentene skal vektlegges av domstolen, se punkt 7.4 nedenfor.

lovbruddet.¹⁴¹ Det avgjørende for om lovbryteren er utilregnelig, er tilstandens symptomtyngde. At det er symptomtyngden som er det sentrale medfører at også komorbide (sammensatte) diagnoser kan lede til at utilregnelighet foreligger.¹⁴²

Videre angir forarbeidene at «[d]et veiledende utgangspunktet i utilregnelighetsvurderingen er hvorvidt det er *rimelig og rettferdig* å straffe tiltalte, sett hen til personens helsemessige tilstand på handlingstidspunktet» (min kursivering).¹⁴³ Hva som er rimelig og rettferdig sett i lys av lovbrysterens helse, gir imidlertid liten veiledning med hensyn til å fastlegge vurderingstemaet som utilregnelighetsvurderingen skal bygge på.¹⁴⁴

Tolkningen av tilleggsvilkåret er heller ikke avklart i Høyesterett. Dette er også tilfelle i den underrettspraksis jeg har undersøkt.¹⁴⁵ Gjennomgangen av rettskildene viser at det er usikkert hvordan vi skal forstå lovtekstens utilregnelighetsbegrep. Uten klare retningslinjer fra lovgiver er det uavklart hvor straffansvarets grense skal trekkes, noe som etter mitt syn er svært betenkelig. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 7.5.

7.4 Vurderingsmomentene i strl. § 20 tredje ledd

Som vi så under forrige punkt, legger tilleggsvilkåret i strl. § 20 andre ledd opp til en skjønnsmessig helhetsvurdering av barnets skyldevne. Dette gir et større rom for dommerskjønn enn hva som var tilfellet for den tidligere strl. § 20. Rettens skjønnsutøvelse begrenses og tydeliggjøres imidlertid gjennom momentene i strl. § 20 tredje ledd.¹⁴⁶ Det følger av tredje ledd at det ved utilregnelighetsvurderingen «skal [...] legges vekt på graden av svikt i virkelighetsforståelse og funksjonsevne».

Det er flere ord og uttrykk som må tolkes i strl. § 20 tredje ledd. For det første angir bestemmelsen at det «skal» legges vekt på tiltaltes virkelighetsforståelse og funksjonsevne. En naturlig språklig forståelse av «skal» gir et klart uttrykk for at retten plikter å vurdere og

¹⁴¹ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 55.

¹⁴² Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹⁴³ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 230.

¹⁴⁴ Se Frøberg (2020a) s. 178–179 og Gröning (2017) s. 83.

¹⁴⁵ Jeg gjorde et søk i lovdata 4. november 2021 hvor jeg undersøkte om lagmannsrettene hadde gitt noen indikasjoner på tolkningen av tilleggsvilkåret. Dommene jeg fant gjengir kun uttalelser fra forarbeidene, se f.eks. LE-2021-22602 og LE-2021-52687.

¹⁴⁶ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 13, 54 og 68–69.

vektlegge disse to momentene. Man kan imidlertid reise spørsmål om denne forpliktelsen hindrer at retten også kan vektlegge andre momenter.

Ordlyden «skal [...] legges vekt på» åpner for å ta andre momenter i betraktning, riktignok under forutsetning av at barnets virkelighetsforståelse og funksjonsevne allerede har blitt vektlagt. Ordlyden regulerer altså kun hvilke momenter som *må* vektlegges, jf. ordet «skal», men ikke hvilke momenter som *kan* vektlegges. En slik tolkning der også andre momenter kan trekkes inn har støtte i teorien som ett av to mulige tolkningsalternativer.¹⁴⁷ Frøberg skisserer også et annet tolkningsalternativ der bestemmelsen forstås slik at den uttømmende regulerer de momenter som skal inngå i utilregnelighetsvurderingen.¹⁴⁸

Forarbeidene uttaler seg ikke direkte om denne tolkningstvilen, men det gis likevel noen uttalelser som kan bidra til å fastlegge forståelsen av ordlyden. For det første fremgår det av proposisjonen at retten må «vurder[e] i hvilken grad tilstanden, eller kombinasjonen av tilstander ved komorbide lidelser, hadde innvirkning på tiltaltes *funksjonsevne og virkelighetsforståelse*» (min kursivering).¹⁴⁹ Videre uttales det at det er «den aktuelle lidelsens betydning for *disse sentrale funksjonene* på handlingstidspunktet» som begrunner hvorfor vedkommende ikke skal holdes strafferettslig ansvarlig (min kursivering).¹⁵⁰ Da disse forarbeidsuttalelsene kun viser til funksjonsevne og virkelighetsforståelse tilsier forarbeidene at det bare er disse evnene som skal vektlegges.

Videre fremhever forarbeidene hva det *ikke* skal legges vekt på:

«hensynet til allmennprevensjon, den alminnelige rettsfølelse, i hvilken grad gjerningspersonen var påvirkelig av straffetrusselen, hva som var en hensiktsmessig reaksjon eller at det ikke utelukkende er et gode å bli erklært utilregnelig».¹⁵¹

Ettersom ingen av forarbeidsuttalelsene nevner at andre momenter enn tiltaltes virkelighetsforståelse og funksjonsevne kan inngå i utilregnelighetsvurderingen, oppfattes ordlyden i juridisk teori slik at strl. § 20 tredje ledd er uttømmende regulert.¹⁵²

¹⁴⁷ Se Frøberg (2020a) s. 174.

¹⁴⁸ Se Frøberg (2020a) s. 174.

¹⁴⁹ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹⁵⁰ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹⁵¹ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 69.

¹⁵² Se Frøberg (2020a) s. 175.

Nå som vi har avklart at det kun er momentene i tredje ledd som skal inngå i utilregnelighetsvurderingen, blir neste spørsmål å fastlegge det nærmere innholdet i disse to momentene. Ordene «svikt i virkelighetsforståelse» tilsier at lovbrøyteren mangler eller har betydelig begrensede forutsetninger for å kunne forstå og vurdere omverdenen realistisk. Ifølge forarbeidene sikter «svikt i virkelighetsforståelse» til den grunnleggende realitetsbristen som typisk oppstår ved en psykose der gjerningspersonen «mangler evne til å analysere totalsituasjonen på handlingstidspunktet».¹⁵³

Videre skal det legges vekt på graden av «svikt i [...] funksjonsevne», jf. strl. § 20 tredje ledd. Ordlyden gir anvisning på en vurdering av hvor tilfredsstillende vedkommende fungerer i hverdagen. I forarbeidene fremheves at det er lovbrøyterens dagligdagse, sosiale og kognitive fungering som skal vurderes.¹⁵⁴ Den dagligdagse fungeringen omfatter blant annet evner til å utføre personlig hygiene, utvise egenomsorg i den forstand at man håndterer egen psykisk sykdom samt å fungere i arbeidshverdagen. Når det gjelder den sosiale funksjonen, omfattes for eksempel evnen til å håndtere sosiale relasjoner. Kognitiv funksjon er knyttet til mentale funksjoner som blant annet tenkning, resonnering, problemløsning og evne til å ta avgjørelser.¹⁵⁵

Det siste tolkningsspørsmålet som må avklares er hvordan retten skal vekte momentene i strl. § 20 tredje ledd. Bestemmelsen angir at «graden av svikt» i virkelighetsforståelse «og» funksjonsevne skal vektlegges. Ordet «og» sier ikke mer enn at begge momentene må vurderes. Og formuleringen «graden av svikt» tilsier kun at retten må fastlegge hvor dårlig eller hvor godt vedkommende fungerer. Dermed gir ordlyden ingen veiledning med hensyn til hvordan disse momentene skal vektles.

Ifølge forarbeidene kan svikt med hensyn til ett av momentene i tredje ledd medføre utilregnelighet, men dette vil ikke alltid være tilfellet. Departementet eksemplifiseres dette ved å vise til at en vrangforestilling ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig dersom vedkommende ellers fungerer relativt godt, og er i stand til å planlegge og gjennomføre kompliserte lovbrudd.¹⁵⁶ Det er uklart hvordan en skal forstå Justisdepartementet her. Før

¹⁵³ Jf. Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹⁵⁴ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229.

¹⁵⁵ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 229–230.

¹⁵⁶ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 230.

lovendringen var det også slik at en vrangforestilling ikke alltid medførte utilregnelighet. Dette skyldtes straffelovens krav om symptomtyngde. For å bli ansett utilregnelig, måtte gjerningspersonen være så preget av vrangforestillingen at det resulterte i en gjennomgripende realitetsbrist.¹⁵⁷ Dersom departementet derimot mener at vrangforestillinger som gir en omfattende og betydelig brist i realitetsoppfatningen ikke lenger er tilstrekkelig grunnet god funksjonsevne, vil færre kunne frifinnes etter den nye bestemmelsen i strl. § 20 i forhold til den tidligere strl. § 20.

Etter Frøbergs syn gir lovshistorikken lest i sammenheng et klart uttrykk for at hensikten med lovforslaget var å utvide straffeansvarets rekkevidde.¹⁵⁸ Dette støttes også av justiskomiteens uttalelser om at intensjonen med forslaget var at færre skal frifinnes.¹⁵⁹ Likevel er det verdt å merke seg at det kun vil være i spesielle tilfeller at en dyptgående realitetsbrist ikke leder til frihet fra straffansvar.¹⁶⁰

Selv om forarbeidene angir at svikt med hensyn til ett av momentene i noen tilfeller kan lede til utilregnelighet, og at det i andre tilfeller ikke vil gjøre det, sier ikke forarbeidene noe om hvilken symptombelastning som kreves, og hvordan den konkrete vektingen av momentene i tredje ledd skal gjøres. Det nevnes kun at det er de svært symptomtunge tilstandene som bør lede til utilregnelighet.¹⁶¹ Dermed etterlater strl. § 20 tvil om hvordan retten skal foreta denne vektingen. Dette kan også få betydning for hvordan barns tilstand vurderes, og kan blant annet problematiseres med hensyn til likebehandlingskrav.¹⁶²

7.5 Analyse

Utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd er generelle regler, og er ikke utformet av hensyn til barn. Derfor skal barn over kriminell lavalder i utgangspunktet behandles likt som voksne. Men som jeg allerede har antydnet, åpner regelen i strl. § 20 andre ledd bokstav a for en justering av utilregnelighetsnormen ved vurdering av utilregnelighet hos barn mellom 15 og 18 år.¹⁶³

¹⁵⁷ Se f.eks. HR-2019-653-A avsnitt 42-43.

¹⁵⁸ Se Frøberg (2020a) s. 178 og 180.

¹⁵⁹ Se Innst. 296 L (2018–2019) s. 9. Dette er imidlertid ikke tilfelle for de høygradige psykisk utviklingshemmede. Se videre Frøberg (2020a) s. 183–184.

¹⁶⁰ Se RA-2020-2 punkt 2.5.

¹⁶¹ Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 69.

¹⁶² Se punkt 7.5.

¹⁶³ Se Grønning mfl. (2021) s. 16.

Som vi så i punkt 7.2 vil også andre tilstander enn psykoselidelser kunne omfattes av vilkåret «sterkt avvikende sinnstilstand». Det avgjørende er symptomtyngden, og ikke om de sakkyndige har stilt en psykosediagnose på barnet. Utilregnelighet kan dermed foreligge hos barn selv om den psykiske lidelsen ikke kan diagnostiseres som psykoselidelse.¹⁶⁴ For unge lovbrøtere er dette en viktig endring. Det anses nemlig både uforsvarlig og krevende å stille psykosediagnoser på barn. Dette skyldes at tilstander hos barn, til forskjell fra voksne, vil være mer fragmenterte og svinge mer over tid. Ofte er det ikke mulig å stille en psykosediagnose før i voksen alder.¹⁶⁵

Etter dagens utilregnelighetsregel er utfordringene med å stille psykosediagnoser på barn ikke lenger et problem. Utilregnelighet kan nå foreligge hos unge lovbrøtere som (foreløpig) ikke har blitt diagnostisert med en psykoselidelse. Frifinnelse kan dermed bli aktuelt dersom barnets svikt i virkelighetsforståelse og/eller funksjonsevne er like alvorlig som om barnet hadde vært «psykotisk» etter den tidligere strl. § 20.¹⁶⁶ Denne endringen, hvor det ikke lenger er nødvendig å diagnostisere barn med en psykoselidelse, kan medføre at flere barn i dag, til forskjell fra tidligere, kan bli vurdert som utilregnelige.¹⁶⁷ Det er dermed ikke utenkelig at jenta i Vollen-saken og barna i de andre forvaringssakene kunne blitt erklært utilregnelige i dag.

At det er symptomtyngden som er det sentrale for om utilregnelighet foreligger fører også til at komorbide (sammensatte) lidelser kan medføre utilregnelighet. Det avgjørende for om utilregnelighet foreligger i slike tilfeller er om tilstandene etter en skjønnsmessig helhetsvurdering er så alvorlige at de medfører en tilstrekkelig svikt i virkelighetsforståelsen og/eller funksjonsevnen. I denne helhetsvurderingen har det i teorien blitt tatt til orde for at regelen åpner et større rom for å vektlegge premisset om barns utvikling.¹⁶⁸ Dermed gir regelen en adgang til å ta kompleksiteten i barnets individuelle utvikling i betraktning.

Muligheten for å justere utilregnelighetsnormen når barns skyldevne skal vurderes, er noe som i teorien løftes frem som en positiv endring.¹⁶⁹ Dette er jeg enig i av to grunner. For det

¹⁶⁴ Se Gröning mfl. (2021) s. 16 og oppgavens punkt 7.2.

¹⁶⁵ Se Gröning mfl. (2021) s. 13–14 og RA-2020-2 punkt 2.1.

¹⁶⁶ Se RA-2020-2 punkt 2.1 og Gröning mfl. (2021) s. 16.

¹⁶⁷ Se RA-2020-2 punkt 2.1.

¹⁶⁸ Se Gröning mfl. (2021) s. 16.

¹⁶⁹ Se Gröning mfl. (2021) s. 16.

første mener jeg at en utilregnelighetsvurdering som åpner for å ta hensyn til det konkrete barnets utvikling, tilstand og symptomer leder til en rettferdig avgrensning av barns straffansvar. Dermed kan det hevdes at utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd ivaretar prinsippet om barnets beste i større grad enn de tidligere utilregnelighetsreglene. I tillegg mener jeg at en konkret, skjønnsmessig vurdering åpner for større treffsikkerhet med hensyn til å identifisere de barna som ikke kan klandres, enn hva som var tilfellet for det tidligere psykosevilkåret.

Selv om regelen åpner for en justering av utilregnelighetsnormen er det likevel ikke gitt at denne endringen vil treffe alle barn likt. Regelens uklarheter, som ble påpekt i punkt 7.3 og 7.4, samt regelens store rom for skjønn, gir en risiko for at domstolen ikke konsekvent tar hensyn til barns utvikling. Dessuten kan det tenkes at når lovgiver verken i lovteksten eller forarbeidene har angitt hva slags symptombelastninger som kreves, kan det føre til at domstolene vurderer og vekter funksjonssvikt hos barn ulikt. Dette åpner for vilkårlighet og forskjellsbehandling. Reglene gir også en lite forutberegnelig rettstilstand, og kan utgjøre en fare for rettssikkerheten. Det er verdt å merke seg at denne kritikken av regelen er generell, og at den dermed gjør seg gjeldende både når utilregnelighet skal vurderes hos barn mellom 15 og 18 år og for voksne

I tillegg er det, som nevnt i punkt 5.2, utfordrende å skulle vurdere utilregnelighet hos barn. Dette er komplekse vurderinger som krever barnefaglig spesialkompetanse. Når Norge har altfor få sakkyndige med slik kompetanse, utgjør det etter mitt syn en trussel for barns rettssikkerhet ettersom sakkyndigerklæringen inngår som en viktig del av rettens bevisgrunnlag. Det hjelper i liten grad at utilregnelighetsnormen kan justeres slik at barns utvikling kan vektlegges dersom de sakkyndige ikke har den nødvendige kompetansen til å vurdere dette. Dermed er det nødvendig å få på plass et fagmiljø der de sakkyndige har den nødvendige barnefaglige kompetansen til å vurdere kompleksiteten i barns utvikling best mulig.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Se Grønning mfl. (2021) s. 17 som mener det er behov for å utvikle et fagmiljø med psykologisk/psykiatrisk kompetanse om barn.

8. Sammenfattende analyse

Analysen av regelen om den kriminelle lavalder i strl. § 20 første ledd og analysen av utilregnelighetsreglene i strl. § 20 andre og tredje ledd viser at begge regelsettene både har styrker og svakheter. Oppgavens punkt 6.3.1 viser det problematiske med en regel uten noe rom for skjønn, og som dermed trekker en skarp grense for straffansvar idet barnet fyller 15 år. I punkt 7.5 behandlet jeg derimot rettssikkerhetsmessige betenkelige sider ved at bestemmelsen har et stort rom for skjønn uten klare retningslinjer. Den absolutte regelen i strl. § 20 første ledd har den fordel at den er forutberegnelig, samt sikrer likebehandling og rettssikkerhet. Mens den skjønnsmessige regelen i strl. § 20 andre og tredje ledd, som åpner for en justering av hvordan vi vurderer utilregnelighet hos barn over 15 år, kan være mer treffsikker og rettferdig. Dette skyldes at regelen kan fange opp sider ved barn som påvirker evnen til å handle strafferettslig ansvarlig. Spørsmålet blir hvordan vi samlet kan håndtere disse ulike problemene med de ulike reglene for avgrensningen av barns skylddevne.

Når det gjelder uklarheten i strl. § 20 andre og tredje ledd om hvordan avveiningen i utilregnelighetsvurderingen skal foretas, mener Frøberg at lovgiver bør gi «nærmere retningslinjer for skjønnet i loven eller forarbeidene».¹⁷¹ Dette ville kunne løse en del av de tolkningsproblemene som regelen gir opphav til. Det er også av stor betydning at vi utvikler et fagmiljø der de sakkyndige har barnefaglig ekspertise. I teorien har det blitt foreslått at rettspsykiatriske vurderinger av barn bør få en sentral plass i utdanningen av sakkyndige fremover.¹⁷² Dette forslaget stiller jeg meg bak.

Noen av de problematiske sidene ved strl. § 20 første ledd som vi så på i punkt 6.3.1 kan imidlertid løses gjennom en regelendring. En mulighet er å innføre et nytt andre ledd i strl. § 20 som skal gjelde for barn mellom 15 og 18 år. Denne regelen kunne gitt anvisning på en skjønnsmessig vurdering av barnets modenhet, moralske innsikt og utvikling. Med en slik regel kan domstolene foreta en individuell vurdering der fokuset skyves bort fra barnets alder og over til om barnet har utviklet tilstrekkelige evner til å handle strafferettslig ansvarlig. Dette vil etter mitt syn gi en mer rettferdig avgrensning av straffansvarets rekkevidde. Om en slik regel er enkel å praktisere, er derimot en annen sak. I tillegg har jeg i punkt 6.3.1 sett på flere betenkelige sider ved å ha en relativ regel om kriminell lavalder, så jeg mener at en slik

¹⁷¹ Jf. Frøberg (2020a) s. 178.

¹⁷² Se Gröning mfl. (2021) s. 17.

regel neppe bør innføres. Etter min mening bør vi derfor beholde en absolutt kriminell lavalder. Vi kan derfor vende tilbake til spørsmålet som ble reist i punkt 6.3.2, om hvor straffansvarets aldersgrense bør settes.

Etter å ha sett på reglene i strl. § 20 andre og tredje ledd i oppgavens punkt 7.3 og 7.4, er mitt standpunkt at den kriminelle lavalder ikke bør heves, i hvert fall ikke foreløpig. For som vi så i punkt 7.5 åpner strl. §20 andre ledd bokstav a for en justering av utilregnelighetsnormen ved vurderingen av utilregnelighet hos barn mellom 15 og 18 år. Ettersom denne regelen kan gi rom for mer rettferdige vurderinger og avgrensninger av barns straffansvar enn det som tidligere har vært tilfellet, er mitt syn at vi bør la regelen bli praktisert en stund før endringer vurderes. Per nå er det vanskelig å forutse hvordan domstolene kommer til å håndheve regelen. Men dersom det viser seg at utilregnelighetsreglene tolkes slik at barn som faktisk mangler skyldene ikke blir fanget opp av utilregnelighetsreglene, bør man vurdere å heve den kriminelle lavalder. Eventuelt kan man vurdere å innføre en høyere, men relativ aldersgrense i tillegg. Da kan argumentene i punkt 6.3.2 gi viktige bidrag til diskusjonen.

Selv om det på nåværende tidspunkt ikke er nødvendig å gjøre endringer i strl. § 20 første, andre og tredje ledd, betyr ikke det at vi ikke kan vurdere endringer med hensyn til hvilken *funksjon* utilregnelighetsreglene har. Som vi allerede har sett, leder domstolenes utilregnelighetsvurdering enten til frifinnelse eller straff. Dersom barnet blir funnet tilregnelig kan domstolenes valg av straffeform og straffereaksjonens lengde få stor betydning for barnet.

9. Er det reaksjonssystemet som er problemet?

Som vi så i punkt 5.1 har vi flere regler i reaksjonslæren som ivaretar barn. Problemet er imidlertid at straffereaksjonene ungdomsstraff og samfunnsstraff ikke vil være aktuelle alternativ for barn som begår svært alvorlig kriminalitet. Ved svært alvorlig kriminalitet er det av hensyn til samfunnsvernet påkrevd å reagere med enten fengsel eller forvaring. Selv om ikke fengsels – og forvaringsstraff er i strid med barnekonvensjonen, er det etter mitt syn et problem at disse straffereaksjonene er de eneste alternativene vi har som skal beskytte samfunnet mot farlige og tilregnelige, unge lovbrøyttere.

For det første har vi i punkt 4.2.3 sett at fengselsstraffen har et stort skadepotensial for barn, både når det gjelder barns utviklingsprosess og barns psykiske helse. Dette er blant annet problematisk i et menneskerettighetsperspektiv. Som kjent skal prinsippet om barnets beste veie tungt ved avgjørelser som angår barn, noe som stiller krav til at domstolene ved reaksjonsfastsettelsen vurderer og vektlegger hva som er til barnets beste. Det vil da være viktig at domstolene idømmer en straffereaksjon som kan stimulere til en positiv utvikling av barnet. Fengselsstraff bidrar imidlertid i liten grad til dette, og jo lenger straffen er desto større skade kan den påføre barnet. Dermed vil lengre fengselsstraffer, og særlig den tidsubestemte forvaringsstraffen, sjelden være til barnets beste.¹⁷³

Fengselsstraffens skadepotensial er også problematisk sett i lys av målsettingen i barnekonvensjonen art. 40 nr. 1, om å «fremme barnets reintegrering, slik at det påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet». Skal man oppnå målsettingen om reintegrering er det derfor viktig at barn kun idømmes strafferettslige reaksjoner som nettopp fører til reintegrering. Som vi har sett kan de skadelige virkningene som barnet kan bli påført under soning virke inn på barnets utsikter til en vellykket reintegrering. Fengselsstraff er altså dårlig egnet til å sikre en god reintegrering av barnet igjen etter endt soning.

Fengselsstraffens skadepotensial sett i lys av prinsippet om barnets beste og målsettingen om reintegrering utgjør vektige argumenter mot at barn ikke skal idømmes verken fengsel eller forvaring. Problemet er imidlertid at det norske reaksjonssystemet etter mitt syn mangler en adekvat reaksjon for de barn som begår svært alvorlig kriminalitet.¹⁷⁴ Ettersom grensen

¹⁷³ I noen tilfeller er det imidlertid til barnets beste å bli idømt fengselsstraff, se videre Fornes (2021) s. 181.

¹⁷⁴ Det er likevel verdt å merke seg at Norge etter etableringen av ungdomsenhetene blant annet innfrir kravet i barnekonvensjonen art. 37 bokstav c om at barn i utgangspunktet skal sone atskilt fra voksne.

mellom tilregnelighet og utilregnelighet ikke er en grense mellom syk og frisk, vil flere av de barn som idømmes fengsel ha behov for behandling. Dette ser vi i de senere års forvaringssaker hvor tilregnelige barn har hatt store psykiske utfordringer.¹⁷⁵ Dette aktualiserer spørsmål om valg av reaksjoner må ses isolert fra tilregnelighetsspørsmålet, slik at også de tilregnelige barna skal kunne få tilpassede reaksjoner, og ikke fengsel eller forvaring.

Barnekonvensjonen art. 40 nr. 3 stiller et klart krav om at konvensjonsstatene «skal søke å fremme [...] opprettelse av [...] institusjoner som er særlig tilpasset barn». I teorien fremheves et behov for å utvikle særordninger som er spesielt tilpasset barn med hensyn til å stimulere deres utvikling og atferd i riktig retning.¹⁷⁶ Analysen over viser at det er svært viktig at det fremover settes fokus på å utvikle hensiktsmessige strafferettslige reaksjoner for barn. Det ligger imidlertid utenfor denne oppgavens ramme å ta stiling til hvordan man best mulig kan utforme en reaksjon som er hensiktsmessig både for barnet selv og for samfunnet.

Selv om reaksjonssystemet for unge lovbrøyttere som begår svært alvorlig kriminalitet etter mitt syn ikke er tilfredsstillende, gir likevel en fersk dom fra Høyesterett grunn til optimisme om at vi kanskje kan forvente endringer i hvordan strafferetten betrakter unge lovbrøyttere.

I HR-2021-1963-A var det spørsmål om en mann, som på handlingstidspunktet var 19 ½ år, skulle idømmes forvaring for tre brannstiftelser. Høyesterett viste til strl. § 40 første ledd siste punktum, som angir at forvaring kun kan idømmes lovbrøyttere under 18 år dersom det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter. Høyesterett gikk så inn i begrunnelsen for dette vilkåret. Det ble blant annet vist til at «barn er i en modnings – og endringsprosess».¹⁷⁷ Dette hensynet, sammen med flere andre hensyn, gjorde etter rettens syn seg også «gjeldende overfor unge mennesker over 18 år, selv om vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» da ikke får anvendelse».¹⁷⁸ Saken endte med at lagmannsrettens forvaringsstraff ble omgjort til ordinær fengselsstraff.

¹⁷⁵ Se fotnote 9 for referanser til forvaringssakene.

¹⁷⁶ Se Gröning (2014) s. 331.

¹⁷⁷ Jf. HR-2021-1963-A avsnitt 44.

¹⁷⁸ Jf. HR-2021-1963-A avsnitt 45.

Dommen viser at Høyesterett vektlegger det faktum at barn og unge befinner seg i en stadig modnings – og endringsprosess, og at dette også gjelder etter fylte 18 år selv om man da rettslig sett ikke lenger er et barn, jf. barnekonvensjonen art. 1. Denne dommen kan derfor gi føringer for hvordan barn *under* 18 år behandles i reaksjonssystemet fremover. Barnets alder vil avgjøre hvor sterkt man skal vektlegge barnets modnings – og endringsprosess. Denne vurderingen kan som vi ser av Høyesteretts dom, få betydning for hvilken straffereaksjon som idømmes. Høyesterett tar altså barneperspektivet på alvor ved å vektlegge barnets utviklingsprosess ved valg av straffereaksjon.

Selv om Høyesterett ikke antyder et behov for nye strafferettslige reaksjoner, mener jeg likevel at dommen er viktig i den forstand at den kan bidra til økt fokus på hvordan barn bør håndteres i reaksjonslæren. Det blir spennende å følge med på om Høyesterett fremover også vil legge vekt på barneperspektivet i reaksjonsspørsmålet slik det ble gjort i denne dommen. Men skal Høyesterett ha mulighet til å vektlegge barneperspektivet fullt ut slik at fengsel og forvaring ikke velges, må reaksjonssystemet først få en tilpasset strafferettslig særordning for barn. Jeg håper derfor at lovgiver ved fremtidige lovendringer vil vurdere å innføre nye og bedre tilpassede strafferettslige reaksjoner for barn som begår svært alvorlig kriminalitet og som samtidig har særlige behov for behandling.

KILDEREGISTER

Lover og forskrifter

| | |
|---|--|
| Grunnloven | Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov. |
| Kriminalloven | Lov 20. august 1842 angaaende Forbrydelser. |
| Lov 6. juni 1896 om behandling av forsømte barn. | Lov 6. juni 1896 om behandling av forsømte barn. |
| Straffeloven av 1902 | Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov. |
| Barneloven | Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). |
| Endringslov nr. 51/1987 | Lov 12. juni 1987 nr. 51 om endringer i straffeloven m.m. (heving av den kriminelle lavalder). |
| Menneskerettsloven | Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. |
| Straffeloven | Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven). |
| Vergemålsloven | Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven). |
| Endringslov nr. 48/2019 | Lov 21. juni 2019 nr. 48 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldevne, samfunnsvern og sakkyndighet). |
| Forskrift om rettspsykiatriske undersøkelser og sakkyndige | Forskrift 30. september 2020 nr. 1921 om rettspsykiatriske undersøkelser og sakkyndige. |

Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

| | |
|-----------------------------------|--|
| Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) | Ot.prp. nr. 26 (1986–1987) Om lov om endringer i straffeloven m m (heving av den kriminelle lavalder). |
| Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) | Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). |
| NOU 1990: 5 | NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkommisjonens delutredning IV. |
| Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) | Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven). |
| NOU 2008: 15 | NOU 2008: 15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll. |
| Prop. 97 (2009–2010) | Prop. 97 L (2009–2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerpning av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd). |
| Dok. nr. 16 (2011–2012) | Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. |
| NOU 2014: 10 | NOU 2014: 10 Skyldvne, sakkyndighet og samfunnsvern. |
| Prop. 154 L (2016–2017) | Prop. 154 L (2016–2017) Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldvne, samfunnsvern og sakkyndighet). |
| Innst. 296 L (2018–2019) | Innst. 296 L (2018–2019) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldvne, samfunnsvern og sakkyndighet). |
| RA-2020-2 | Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2020. |

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2015 s. 1388

HR-2017-290-A

HR-2018-2096-A

HR-2019-653-A

HR-2019-832-A

HR-2021-1963-A

Underinstanser

TAHER-2015-13241

LG-2019-105200

LE-2019-122942

LE-2021-22602

LE-2021-52687

Internasjonale kilder

Wien-konvensjonen

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. May 1969.

Barnekonvensjonen

The UN Convention on the Rights of the Child, 20. November 1989.

General Comment No. 14 (2013)

General Comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art. 3, para. 1) CRC/C/GC/14 (FNs barnekomité 2013).

General Comment No. 24 (2019)

General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system CRC/C/GC/24 (FNs barnekomité 2019).

Litteratur

- Andenæs, NOU 1974: 17** Andenæs, Johs., «Grunnlaget for utilregnelighetsreglene» 1971, Vedlegg 1 til NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner, s. 161–170.
- Andenæs mfl. (2016)** Andenæs, Johs., Alminnelig strafferett, 6. utg., ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget 2016.
- Corrado og Mathesius (2014)** Corrado, Raymond; Mathesius, Jeffrey, «Developmental Psycho-Neurological Research Trends and Their Importance for Reassessing Key Decision-Making Assumptions for Children, Adolescents, and Young adults in Juvenile/Youth and Adult Criminal Justice Systems», Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, 2014, nr. 2 (2) s. 141–163. DOI: <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v2i2.707>
- Diamond (2013)** Diamond, Adele, «Executive Functions», Annual Review of Psychology, 2013, nr. 64, s. 135–168. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-113011-143750>
- Fornes (2021)** Fornes, Ingun, Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene, 1. utg., Gyldendal Norske Forlag AS 2021.
- Frøberg (2020a)** Frøberg, Thomas, «De nye reglene om strafferettslig skyldevne», Lov og rett, 2020, s. 167–184. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-03-05>
- Frøberg (2020b)** Frøberg, Thomas, Alminnelig strafferett i et nøtteskall, 2.utg., Gyldendal Norsk Forlag 2020.
- Eckhoff og Helgesen (2001)** Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, Rettskildelære, 5.utg., Universitetsforlaget 2001.

- Gröning (2014)** Gröning, Linda, «Kriminell lavalder – noen utgangspunkter» Tidsskrift for strafferett 2014, s. 314–332. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2014-04-03>
- Gröning, NOU 2014: 10** Gröning, Linda, «Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler» 2014, Vedlegg 1 til NOU 2014: 10 Skyldvne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 404–426.
- Gröning (2017)** Gröning, Linda. «Hvordan skal vi avgjøre om alvorlig sinnslidelse innebærer utilregnelighet? Refleksjoner om lovforslaget i Prop. 154 L (2016–2017)» Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 2017, s. 77–85. DOI: <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v5i1.1384>
- Gröning mfl. (2019)** Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.
- Gröning (2020)** Gröning, Linda, «Barnerett, strafferett eller barnestraf ferrett? Tanker om barneperspektivets økende rolle i strafferetten», i Likestilling, barn og velferd. Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen., Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2020, s. 274–283.
- Gröning (2021), Karnov Lovkommentarer til strl. § 20, kommentar nr. 4.** Gröning, Linda, Karnov Lovkommentarer: Straffeloven, Lovdata.no (lest 28. oktober).

- Gröning mfl. (2021)** Gröning, Linda, Øyvind Ottesen og Kari Øverland, «Utilregnelighet hos barn mellom 15 og 18 år: utfordringer og muligheter» Tidsskrift for strafferett 2021, s. 3–19. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2021-01-01>
- Gröning og Fornes (2021)** Gröning, Linda og Ingun Fornes, Bruk av forvaring og sikring overfor barn 1965–2020. Tidsubestemt frihetsberøvelse av barn i et utviklingsperspektiv» Tidsskrift for strafferett 2021, s. 246–272. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2021-03-03>
- Haugli (2020)** Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 55–78.
- Jacobsen mfl. (2020)** Jacobsen, Jørn, Erling Johannes Husabø, Linda Gröning og Asbjørn Strandbakken, Forbrytelser i utvalg: straffelovens regler om voldsforbrytelser, seksualforbrytelser, formuesforbrytelser og narkotikaforbrytelser, 1. utg., Fagbokforlaget 2020.
- Lambie og Randell (2013)** Lambie, Ian og Isabel Randell, «The impact of incarceration on juvenile offenders», Clinical Psychology Review, 2013, nr. 33 (3) s. 448–459. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2013.01.007>
- Malt og Weidle (2021)** Malt, Ulrik og Bernhard Weidle, «Utviklingsforstyrrelse» Store norske leksikon, 16. august 2021, <https://sml.snl.no/utviklingsforstyrrelse> , (lest 18. november 2021).

- Prior mfl. (2021)** Prior m.fl., «Maturity, young adults and criminal justice: A literature review» University of Birmingham: Institute of Applied Social Studies School of Social Policy, 2011.
- Steinberg (2009)** Steinberg, Laurence, «Adolescent Development and Juvenile Justice», *Annual Review of Clinical Psychology*, 2009, nr. 5 s. 459–485. DOI: [10.1146/annurev.clinpsy.032408.153603](https://doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.032408.153603)
- Svartdal (2020)** Svartdal, Frode., «Prososial atferd» Store norske leksikon, 28. mai 2020, https://snl.no/prososial_atferd , (lest 18. oktober 2021).
- Rosenqvist (2018)** Rosenqvist, Randi, «Ytring: et lite klargjørende forslag», *Tidsskrift for strafferett*, 2018, s. 3–7. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2018-01-01>