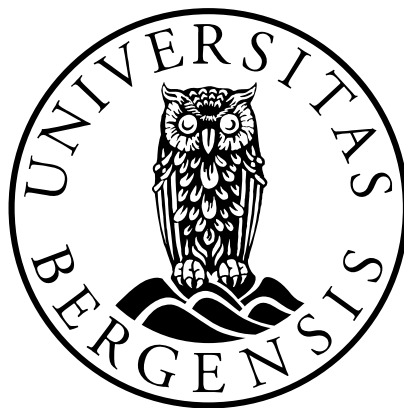


Hensynet til barnets beste ved idømmelse av forvaring av barn

*En analyse av hvordan hensynet til barnets beste
skal benyttes ved idømmelse av forvaring av
barn og hvordan retten gjør dette.*

Kandidatnummer: 115

Antall ord: 14 281



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Særlige metodiske spørsmål.....	5
1.3 Veien videre	7
2 Forvaring	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 De alminnelige vilkårene for forvaring.....	9
2.2.1 Alvorlig lovbrudd.....	9
2.2.2 Gjentakelsesfare	9
2.2.3 Fengselsstraff anses ikke tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet	10
2.3 Tilleggsvilkåret for å idømme barn forvaring	11
2.3.1 Aldersvilkåret	11
2.3.2 Helt ekstraordinære omstendigheter.....	12
3 Hensynet til barnets beste.....	19
3.1 Innledning.....	19
3.2 Hva innebærer hensynet til “barnets beste”	20
3.2.1 Tolkning av Grunnloven § 104 andre ledd.....	20
3.2.2 I hvilke tilfeller gjelder hensynet til barnets beste?.....	21
3.2.3 Hvilken vekt har hensynet til barnets beste?	21
3.2.4 Hva er innholdet i hensynet til «barnets beste»?.....	25
3.3 Reaksjonsvalg.....	27
4 Rettens bruk av barnets beste ved idømmelse av forvaring	32
4.1 Innledning.....	32
4.2 Hensynet til «barnets beste» i rettspraksis	32
4.2.1 Straffutmålingen i sin alminnelighet	32
4.2.2 Rettens bruk av hensynet til barnets beste ved vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».	34
4.2.3 Rettens bruk av aldersmomentet.	35
4.2.4 Barnets mulighet for utvikling og modning.	38
4.2.5 Tettere oppfølging og behandling ved forvaringsdom.....	41

4.2.6	Hensynet til andre barn	42
4.2.7	Benytter retten seg av hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad?	43
5	Avslutning	45
6	Litteraturliste	46
6.1	Lover og konvensjoner	46
6.2	Rettspraksis	46
6.3	Forarbeider	46
6.4	Utenlandske og internasjonale kilder	47
6.5	Juridisk litteratur	48
6.6	Internett	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er bruken av hensynet til barnets beste ved idømmelse av forvaring av barn.

Forvaring blir ofte ansett som landets strengeste og mest belastende straff ettersom den kan forlenges så lenge det anses som nærliggende fare for at lovbrysteren vil begå nye lovbrudd.¹ Straffen blir derfor bare brukt overfor lovbrystere som anses som særlig farlige for andres liv, helse eller frihet og for å beskytte samfunnet mot fremtidige alvorlige forbrytelser.² Det er imidlertid ikke intensjonen at forvaring skal være en strengere straff enn ubetinget fengsel.³ Det er samfunnsvernet som er det avgjørende kriteriet for om det skal idømmes ubetinget fengsel eller forvaring.⁴ Forskjellen er altså ikke graden av klander, men om lovbrysteren er tilstrekkelig farlig.⁵

I Norge kan også barn mellom 15 og 18 år idømmes forvaring.⁶ Det er derfor denne aldersgruppen jeg sikter til når jeg i oppgaven omtaler barn, med mindre annet blir presisert. For å kunne idømme barn forvaring stilles det imidlertid et tilleggsvilkår i loven om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter».⁷ Det er dermed ikke tilstrekkelig at de alminnelige vilkårene er oppfylt og terskelen er hevet. En av problemstillingene i oppgaven er derfor hva som skal til for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» slik at et barn kan idømmes forvaring.

Hensynet til barnets beste ble for første gang nedtegnet som bindende forpliktelse i FNs Barnekonvensjon (heretter Barnekonvensjonen). Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991 og inntatt i Menneskerettighetsloven av 1999 i 2003. Lovgiver gav dermed prinsippet forrang ved motstrid. Ved revisjonen av Grunnloven i 2014 ble også prinsippet ansett så

¹ NOU 1990:5 side 105. Se også Grønning og Sætre (2019) side 189 og Fornes (2021) side 361.

² NOU 1990:5 side 18 og Grønning og Sætre (2019) side 189.

³ Holmboe (2020) side 236.

⁴ Samme sted.

⁵ Samme sted med videre henvisning til Rt. 2007 s. 1056 (110).

⁶ Straffeloven §§ 20 og 40.

⁷ Straffeloven § 40 første ledd.

viktig at det ble tatt inn som en del av en egen bestemmelse om barns menneskerettigheter i Grunnloven § 104. Prinsippet er et av de mest sentrale prinsippene i Barnekonvensjonen og det går ut på at i alle avgjørelser hvor barn blir berørt, direkte eller indirekte, skal hva som er best for barnet være et grunnleggende hensyn.⁸ Hensynet setter dermed barnet i fokus og det skal være med å sikre en god barndom med mulighet for å vokse, lære, leke og utvikle seg med verdighet.

At prinsippet om hensynet til barnets beste setter barnet i fokus mens bruk av forvaring setter samfunnsvernet i fokus gjør at det her foreligger store spenninger. En av hovedproblemstillingene i oppgaven er derfor hva hensynet til barnets beste innebærer og hvordan hensynet skal avveies mot samfunnsvernet ved vurderingen av om forvaring kan idømmes. En annen hovedproblemstilling er om retten vektlegger hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad i saker hvor barn idømmes forvaring.

1.2 Særlige metodiske spørsmål

Barn i strafferetten har lenge vært et omdiskutert tema, og det har særlig de senere år blitt skrevet en del om temaet. Forvaring av barn har også vært omdiskutert og det har blitt behandlet flere ganger i juridisk litteratur. Det er imidlertid få kilder som foretar en analyse av om domstolen i tilstrekkelig grad vurderer hensynet til barnets beste ved idømmelse av forvaring. Det har også de senere år har blitt avsagt flere dommer hvor en, på handlingstidspunktet, mindreårig person har blitt idømt forvaring. Jeg mener derfor problemstillingen er aktuell.

I tillegg til alminnelig rettskildebruk vil det i analysen særlig bli aktuelt med tolkning av Grunnlovens bestemmelse om barns rettigheter. Forarbeidene til Grunnloven gir uttrykk for at «Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser [...] må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse. Dette følger av etablert tolkningspraksis i Norge, og selv om det kan foreligge tilfeller hvor skjønnsmarginen kan være aktuell å påberope seg, må det begrunnes hvorfor det gjøres avvik fra den internasjonale praksis på området».⁹ Høyesterett har også uttalt at Grunnloven skal tolkes i lys av de

⁸ Se blant annet <https://www.unicef.org/armenia/en/stories/four-principles-convention-rights-child> og <https://archive.crin.org/en/home/rights/themes/general-principles.html>

⁹ Dok.nr. 16 (2011-2012) side 90.

folkerettslige «forbildene».¹⁰ Det blir dermed også aktuelt å foreta en tolkning av Barnekonvensjonens bestemmelser ettersom det er denne som danner bakgrunnen for Grunnlovens bestemmelse om barns rettigheter.

Det finnes ingen forarbeider knyttet til Barnekonvensjonen. Barnekomiteen har imidlertid gitt uttrykk for hvordan Barnekonvensjonen skal forstås i ulike General Comments. Ettersom kommentarene ikke er formelt bindende og kommer ut i etterkant av Barnekonvensjonen har det vært omdiskutert hvilken vekt kommentarene skal ha ved slik tolkning. Det er påpekt i litteratur at kommentarene uttrykker en forankret og gjennomarbeidet konvensjonstolkning, bygget på en helhetlig forståelse av reglene i lys av konvensjonen og de enkelte rettighetenes gjenstand og formål.¹¹ Det er også poengtert av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1261 at det må sondres mellom komiteens tolkningsuttalelser og deres råd om ønskelig praksis. Dette er fulgt opp i Rt. 2015 s. 1388 hvor det også oppstod et spørsmål om en tolkningsuttalelse hadde tilstrekkelig grunnlag i konvensjonen. Førstoverende uttalte i Rt. 2015 s. 1388 at:

«Eg synest det er vanskeleg å seie om dette er uttrykk for ei oppfatning av gjeldande rett eller som eit siktemål. Under alle omstende meiner eg dette ikkje har ei forankring som gjer at det endrar det som vart lagt til grunn i plenumsdommane i 2012.»¹²

Ulfstein har gitt uttrykk for at det er all grunn til at Høyesterett tar stilling til om traktatorganene har ment å avgi en tolkningsuttalelse eller en anbefaling om hvilken type politikk som bør føres.¹³ Det burde også foretas en kritisk vurdering av om en tolkningsuttalelse har grunnlag i den aktuelle konvensjonen.¹⁴ Utgangspunktet bør likevel være at traktatorganenes tolkning i General Comments legges til grunn, men med et kritisk blikk på deres grunnlag i den aktuelle konvensjonen.¹⁵

Det er per dags dato kun fem dommer hvor det er idømt forvaring av lovbrytere som på handlingstidspunktet var barn.¹⁶ Det gjelder to Høyesterettsdommer og tre lagmannsrettsdommer. Alle disse fem vil stå sentralt i analysen. Grunnen til at også

¹⁰ Rt. 2015 s. 93 (57).

¹¹ Bårdsen (2016) side 254.

¹² Rt. 2015 s. 1388 (185).

¹³ Ulfstein (2016) side 403.

¹⁴ Samme sted.

¹⁵ Samme sted.

¹⁶ HR-2017-290-A, HR-2019-832-A, LG-2019-105200, LE-2019-122942 og LB-2020-34882.

lagmannsrettsdommene har en sentral posisjon ved straffutmålingen er uttrykt blant annet i HR-2016-1803-A. Høyesterett begrunnet dette med at selv om lagmannsrettene ikke er prejudikatdomstoler har de ved straffutmåling likevel «en sentral posisjon med hensyn til å sikre en enhetlig straffutmåling».¹⁷ Denne utviklingen startet ved toinstansreformen i 1995, og er forsterket etter hvert som antallet straffutmålingsanker avgjort av Høyesterett, har gått ned.¹⁸ De aktuelle lagmannsrettsdommene er også rettskraftige ettersom de ikke er anket til Høyesterett eller ankeutvalget har avvist anken, noe som gir dem økt betydning. Jeg vil også trekke inn to lagmannsrettsdommer hvor spørsmålet om forvaring ble vurdert og momentene ble drøftet, men uten at det førte til forvaring.¹⁹ Dette vil gi oppgaven en større dybde og gode grunnlag for sammenligninger.

1.3 Veien videre

Oppgaven er inndelt i 5 kapitler.

I kapittel 2 vil jeg foreta en analyse av vilkårene som må være oppfylt for å kunne idømme barn forvaringsstraff.

Kapittel 3 vil være en analyse av hensynet til barnets beste slik det er oppstilt i Barnekonvensjonen og i Grunnloven. Jeg vil også i denne analysen holde hensynet opp mot strafferetten og trekke paralleller til hvordan det vil inngå i en strafferettslig vurdering. Avslutningsvis vil jeg analysere hvilken betydning hensynet til barnets beste har for reaksjonsvalget.

Kapittel 4 inneholder en analyse av om retten har benyttet seg av de vilkår, momenter og retningslinjer som jeg har tatt for meg i kapittel 2 og 3, og dermed om retten oppfyller de krav som er satt til å vektlegge barnets beste i forvaringssaker.

I kapittel 5 vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger.

¹⁷ HR-2016-1803-A (15).

¹⁸ Samme sted.

¹⁹ LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

2 Forvaring

2.1 Innledning

Vilkårene som må være oppfylt for å idømme forvaring følger av straffeloven § 40. Det er behovet for å verne samfunnet mot fremtidige alvorlige forbrytelser, og ikke hvor alvorlig handlingen er, som begrunner bruk av forvaring. Lovbruddets alvor er likevel ikke uten betydning, noe jeg vil komme tilbake til i punkt 2.2.1. At det ligger et slikt bredere formål, om fremtidig samfunnsvern, bak forvaring fører til et spenningsforhold til skyldprinsippet.²⁰ I enkelte saker med svært alvorlig og gjentakende kriminalitet bør likevel hensynet til potensielle ofre få gjennomslag på bekostning av skyldprinsippet, slik at forvaring kan idømmes.²¹

Ved idømmelse av forvaring overfor barn følger det av forarbeidene at «på grunn av den belastning en slik tidsbestemt straff vil kunne påføre et barn» bør forvaring «tilnærmet aldri» benyttes.²² Dette har særlig blitt begrunnet med at ettersom barnet er i utvikling og en formbar fase kan det være svært vanskelig å forutse om barnet faktisk vil begå nye lovbrudd i fremtiden og slik oppfyller farlighetsvurderingen som må foretas.²³ Det vil også gjerne være mulig å snu en negativ utvikling uten bruk av en så inngripende straff som forvaring. Det kan derfor være vanskelig å forene forvaring med tanken om barnets beste.²⁴ Jeg vil komme tilbake til hensynet til barnets beste og sammenhengen med forvaring i kapittel 3.

Ved idømmelse av forvaring av barn må de alminnelige vilkårene for forvaring være oppfylt, men også et tilleggsvilkår om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter».²⁵ Med bakgrunn i dette er terskelen for å idømme barn forvaring høyere enn for voksne.

Videre i kapittelet vil jeg foreta en analyse av vilkårene for å idømme forvaring. Analysen vil

²⁰ Gröning mfl. (2019) side 620-621.

²¹ Samme sted side 621.

²² Prop.135 L (2010-2011) side 167.

²³ Ostendorf og Drenkhahn 2020 legger til grunn at det er nesten umulig å foreta en farlighetsvurdering i saker som gjelder barn, se s. 218. Dette er også trukket frem i HR-2017-290-A (78). Se også Fornes (2021) side 361 med videre henvisning til punkt 3.2.2.

²⁴ Se videre Gröning og Sætre (2019) side 189-191.

²⁵ Straffeloven § 40 første ledd andre punktum.

særlig ha vekt på vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter», ettersom det er dette vilkåret som avgjør om barn kan idømmes forvaring. Dette vil skape et utgangspunkt for drøftelsen i kapittel 3 og 4, av hvordan hensynet til barnets beste skal ivaretas ved idømmelse av forvaring og om retten i tilstrekkelig grad gjør dette.

2.2 De alminnelige vilkårene for forvaring

2.2.1 Alvorlig lovbrudd

Forvaring kan idømmes dersom lovbryteren har «begått eller forsøkt å begå et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare», og «vilkårene i annet eller tredje ledd er oppfylt».²⁶ Andre og tredje ledd skiller mellom lovbrudd som er av «alvorlig art» og «mindre alvorlig art». Ordlyden er en videreføring av den opprinnelige forvaringsbestemmelsen i straffeloven av 1902 § 39 c og forarbeidene til denne anga ingen øvre eller nedre grense for når forvaring kunne idømmes. Lovgiver overlot vurderingen til retten, som ble gitt en skjønnsmessig adgang til å inkludere andre straffebed i straffeutmålingen mot «særlig farlige forbrytere som representerer en viss tilbakefallsfare».²⁷ Det er likevel klart at ethvert lovbrudd ikke kan føre til forvaring ettersom det kreves at andres liv, helse eller frihet er krenket eller utsatt for fare. Vilkaåret om lovbruddets alvor kan derfor anses som et inngangsvilkår for idømmelse av forvaring ettersom lovbruddet må være av en viss alvorlighetsgrad for at forvaring skal kunne idømmes.

Når det gjelder idømmelse av forvaring av barn vil det være andre ledd om «alvorlig art» som er aktuelt, ettersom det er en hevet terskel for å idømme barn forvaring.

2.2.2 Gjentakelsesfare

Gjentakelsesfaren kan anses som det viktigste vilkåret for forvaringsvurderingen ettersom det er denne faren som i stor grad begrunner muligheten til å idømme forvaring.²⁸ Det kreves derfor en «nærliggende fare for at lovbyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd som nevnt

²⁶ Straffeloven § 40 første ledd.

²⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) side 74, 81 og 86.

²⁸ Drake (2019) side 299.

i første ledd» for å kunne idømme forvaring.²⁹ For at faren skal være «nærliggende» følger det av forarbeidene at den må være kvalifisert og vurderes som reell på domstidspunktet.³⁰ Hvorvidt det foreligger slik gjentakelsesfare beror på en skjønsmessig helhetsvurdering.³¹

Det følger av straffeloven § 40 fjerde ledd at ved denne farevurderingen skal det legges vekt på det begåtte lovbruddet, om lovbrøyteren tidligere har begått slikt alvorlig lovbrudd og lovbrøyterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne. Gjentakende kriminalitet kan blant annet føre til at det foreligger et kriminelt «mønster».³² Hvilken faregrad som kreves vil i tillegg kunne variere etter hvor alvorlig det begåtte lovbruddet er og hvor alvorlige lovbrudd det er fare for.³³ I vurderingen av tiltaltes atferd og funksjonsevne inngår tiltaltes opptreden før og etter lovbruddet.³⁴ Typiske momenter i vurderingen vil være rusmisbruk, avvikende seksuell atferd, psykiske problemer eller tilhørighet i et miljø som virker negativt på tiltalte.³⁵

Dersom retten etter den skjønsmessige helhetsvurderingen finner det nærliggende at lovbrøyteren vil kunne begå ny alvorlig kriminalitet taler dette i stor grad for å idømme forvaring. Grunnen til dette er at det er nettopp denne faren for gjentatt kriminalitet som begrunner forvaring som straffeform.³⁶ Som jeg skal komme tilbake til i punkt 2.3.2 knytter det seg noen særlige problemer til gjentakelsesvurderingen når det er barn som er lovbrøyter.

2.2.3 Fængselsstraff anses ikke tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet

For at forvaring skal kunne idømmes kan ikke «fængselsstraff [...] anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet».³⁷ Det skal da tas utgangspunkt i den fængselsstraffen som ville vært idømt og retten må foreta en foreløpig utmåling av fængselsstraffens lengde.

Deretter må retten vurdere om denne straffen i tilstrekkelig grad vil verne samfunnet mot nye fremtidige lovbrudd. Vurderingen av gjentakelsesfaren skjer altså på grunnlag av situasjonen

²⁹ Straffeloven § 40 andre ledd.

³⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) side 443.

³¹ Gröning mfl. (2019) side 623.

³² Se blant annet Rt. 2007 s. 791 (20) og Rt. 2007 s. 183 (19) hvor det ble konstatert en «nesten sammenhengende kjede av straffbare handlinger» over 9 år.

³³ Se HR-2017-290-A (43) og HR-2019-832-A (33). Se også Andenæs (2016) side 530.

³⁴ Matningsdal (2015) side 367.

³⁵ Se Gröning mfl. (2019) side 623 og Matningsdal (2015) side 367.

³⁶ NOU 1990:5 side 105 og Gröning og Sætre (2019) side 189.

³⁷ Straffeloven § 40 første ledd.

på domstidspunktet, mens i vurderingen av hensynet til det fremtidige samfunnsvernet står løslatelsestidspunktet sentralt.³⁸

I og med at det skjer en dreining av perspektivet fra domstidspunktet og til et tidspunkt i fremtiden skaper dette noen særlige utfordringer når det gjelder unge lovbryttere. Det følger av forarbeider og Høyesterettspraksis at vurderingen av tilbakefallsfaren er mer usikker jo yngre barnet er.³⁹ Dette er med bakgrunn i at barn fortsatt er i en modningsprosess og det vil være svært vanskelig å si hvordan de vil utvikle seg i fremtiden. Dette kan gjøre det nesten umulig å foreta en slik vurdering.⁴⁰ Det er likevel lagt noen føringer for hvordan vurderingen skal foretas, noe jeg vil komme tilbake til i punkt 2.3.2. Jeg vil først foreta en analyse av aldersvilkåret i straffeloven § 40 første ledd andre punktum.

2.3 Tilleggsvilkåret for å idømme barn forvaring

2.3.1 Aldersvilkåret

Der «siktete [er] under 18 år» vil vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» komme til anvendelse.⁴¹ Jeg vil komme tilbake til vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» i neste punkt.

Ordlyden, «siktete [er] under 18 år», er noe forskjellig fra ordlyden i den tidligere straffeloven 1902 § 39 c andre ledd som sa at «siktete var under 18 år på handlingstidspunktet». Denne endringen kan skape tvil om det er tilstrekkelig at vedkommende er under 18 år på handlingstidspunktet for å favnes av vilkåret, eller om vedkommende også må være under 18 år på domstidspunktet.

I forarbeidene pekes det på at det skjerpede kravet til bruk av forvaring bør gjelde der lovbryster var under 18 år på handlingstidspunktet.⁴² Det understrekes også av Barnekomiteen i General Comment no. 24 avsnitt 20 og 31 at «[t]he Committee reminds States parties that

³⁸ Gröning mfl. (2019) side 624. Eksempelvis HR-2017-290-A (66).

³⁹ Rt. 2002 s. 1677 side 1682, Rt. 2006 s. 641 (12) og HR-2017-290-A (78) og NOU 2002:4 side 253.

⁴⁰ Ostendorf og Drekhahn (2020) side 218 og HR-2017-290-A (78).

⁴¹ Straffeloven § 40 første ledd.

⁴² Prop.135 L (2010-2011) side 104 og 167.

the relevant age is the age at the time of the commission of the offence» og at «[c]hild justice systems should also extend protection to children who were below the age of 18 at the time of the commission of the offence but who turn 18 during the trial or sentencing process». Etter dette fremstår det som klart at det er alderen på handlingstidspunktet som er det avgjørende.

Dersom det var et annet tidspunkt enn handlingstidspunktet som skulle legges til grunn kunne dette fremstått som tilfeldig.⁴³ Grunnen er at sakene ofte har en lang behandlingstid, noe som kan gjøre at flere lovbrøtere fyller 18 år før endelig dom faller. En slik ordning kunne føre til at to unge gjerningspersoner ble behandlet forskjellig avhengig av saksbehandlingstiden, eller at en korrekt mild dom kunne ankes av påtalemyndighetene med det resultat at behandlingen i ankeinstansen kunne gi strengere straff ettersom lovbrøter var passert 18 år.⁴⁴

Det er dermed alderen på handlingstidspunktet som avgjør om tilleggsvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» skal anvendes.

2.3.2 Helt ekstraordinære omstendigheter

Ettersom forvaring anses som særlig belastende for barn stilles det et ytterligere vilkår, i tillegg til de listet opp tidligere, om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for at barn skal kunne idømmes forvaring.⁴⁵ Spørsmålet blir da hva som kreves for at det skal foreligge slike «helt ekstraordinære omstendigheter».

Ordlyden sier ikke noe om hvilke omstendigheter som kan anses som «helt ekstraordinære». Den gir likevel uttrykk for en høyere terskel for å idømme barn forvaring enn voksne.

Forarbeidene til loven gir heller ingen klar anvisning til hva som utgjør slike «helt ekstraordinære omstendigheter». Det er imidlertid klart at lovgiver mente at ordlyden skulle vise til en forhøyet terskel for å kunne idømme barn forvaring. Det ble blant annet i første omgang foreslått et absolutt forbud mot bruk av forvaring overfor barn.⁴⁶ Departementet mente imidlertid at forslaget gikk for langt, og uttalte at tilleggsvilkåret er «ment å

⁴³ Fornes (2021) side 367.

⁴⁴ Holmboe (2020) side 232.

⁴⁵ Se straffeloven § 40 første ledd og Prop.135 L (2010-2011) side 104.

⁴⁶ NOU 2008:15 side 147-148.

understreke at adgangen er meget snever. Straffereaksjonen forvaring bør tilnærmet aldri benyttes på lovbrøtere som var mindreårige på handlingstidspunktet, på grunn av den belastning en slik tidsbestemt straff vil kunne påføre et barn». ⁴⁷ Tilbakeholdenhet ble også begrunnet med at barn er i en modningsprosess, og det kan være vanskelig å motivere til endring når barnet stemples som farlig. ⁴⁸ Barnet kunne også bli stigmatisert som farlig etter at soningen var gjennomført. ⁴⁹ Lovgiver har dermed foretatt en avveining på et mer generelt plan med vekt på de negative virkningene forvaring vil ha for barnet. Ved å heve terskelen for å kunne idømme barn forvaring har lovgiver foretatt en avveining mellom hensynene som foreligger i slike saker og skiftet perspektivet fra hensynet til samfunnsvernet, som begrunner forvaring av voksne, til hensynet til barnet selv og dets sårbarhet og utvikling. Dette skiftet innebærer altså at hensynet til barnets beste skal vektlegges i vurderingen av om det kan idømmes forvaring. Jeg vil komme nærmere tilbake til hva hensynet til barnets beste innebærer i kapittel 3.

Avveiningene foretatt i forarbeidene legger imidlertid kun et utgangspunkt for retten og Høyesterett har slått fast at den nærmere «grensedragningen overlates» «til rettspraksis», men at terskelen for forvaring skal være hevet når det gjelder barn. ⁵⁰ Retten skal dermed foreta en konkret vurdering av om forholdene i den enkelte sak er så ekstraordinære at samfunnsvernet ikke kan ivaretas på annen måte enn ved forvaring. Det er likevel viktig at retten gjennomgående har for øyet at det er en snever mulighet til å idømme barn forvaring og at det er barnet som er hovedfokus i vurderingen. ⁵¹ Spørsmålet blir da hvordan retten foretar denne konkrete vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Det har de siste årene blitt avsagt fem dommer hvor lovbrøter på handlingstidspunktet var et barn, og resultatet ble forvaring. Forvaring har også blitt vurdert idømt i flere saker, men med det resultat at det ble idømt ubetinget fengsel. Jeg vil komme nærmere tilbake til noen av disse dommene i kapittel 4, men jeg vil allerede her trekke inn enkelte momenter fra noen av dommene. Dette er for å analysere hvilke momenter retten har ansett aktuelle for at vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» skal anses oppfylt. ⁵²

⁴⁷ Prop.135 L (2010-2011) side 167.

⁴⁸ Samme sted side 103.

⁴⁹ Samme sted.

⁵⁰ HR-2019-832-A (78) og (79). Se også Drake (2019) side 295.

⁵¹ Prop.135 L (2010-2011) side 104.

⁵² Her vil både Høyesterettsdommer og lagmannsrettsdommer være aktuelt, jf. punkt 1.2.

Vollen-saken var den første dommen hvor et barn ble idømt forvaring.⁵³ I dommen ble ei jente som var 15 år og 1 måned på handlingstidspunktet idømt forvaring. Høyesterett kom til at det ikke var tvil om at det var begått en slik alvorlig handling som fulgte etter straffeloven 1902 § 39 c første ledd nr. 1, ettersom det var begått drap.⁵⁴ Høyesterett viste til at straffeloven 1902 § 39 c «innholdsmessig svarer til § 40 første til fjerde ledd i straffeloven av 2005».⁵⁵ I vurderingen av om det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter» uttalte Høyesterett:

«Det overlagte drapet, sammenholdt med antallet alvorlige voldshandlinger fra As side både før og etter drapshandlingen og hennes meget alvorlige psykiske tilstand og spesielle motivasjon for sin voldelige atferd, gjør at jeg mener det her foreligger helt ekstraordinære omstendigheter.»⁵⁶

Første gang et barn ble idømt forvaring skjedde dette altså grunnet overlagt drap. Det gjaldt dermed et svært alvorlig lovbrudd, noe som viser at terskelen ligger høyt. Dette er også fulgt opp i senere dommer, hvor det stort sett er drap eller forsøk på drap som fører til at forvaring blir vurdert.⁵⁷ Det fremgår imidlertid av Høyesteretts uttalelse at det også er flere andre omstendigheter som til sammen gjorde at vilkåret var oppfylt.⁵⁸ Disse knyttet seg til gjentakende voldshandlinger, alvorlig psykisk tilstand og en spesiell motivasjon for voldelig atferd. Momentene knyttet seg altså til farevurderingen og ikke til selve drapet.⁵⁹ Dette stemmer godt med at det skal noe mer til enn at det er begått et alvorlig lovbrudd for å idømme barn forvaring.

Som vist over er det også et krav om gjentakelsesfare og at ubetinget fengsel ikke er tilstrekkelig til å verne samfunnet.⁶⁰ I Rt. 2002 s. 1677 fant Høyesterett at framtidsutsiktene til tiltalte, som var under 18 år på handlingstidspunktet, var så usikre at vilkåret for forvaring ikke ble ansett oppfylt. Det ble i dommen særlig lagt vekt på en sakkyndigerklæring som

⁵³ HR-2017-290-A.

⁵⁴ Samme sted (42).

⁵⁵ Samme sted (41).

⁵⁶ Samme sted (80).

⁵⁷ Se blant annet HR-2019-832-A, LG-2019-105200, LE-2019-122942, LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

⁵⁸ Fornes (2021) side 370.

⁵⁹ Samme sted side 370-371.

⁶⁰ Se punkt 2.2.2 og 2.2.3.

uttalte at tiltalte hadde potensiale for modning og endret livsførsel.⁶¹

I Vollen-saken mente Høyesterett at det forelå tilstrekkelig grunnlag til å vurdere tilbakefallsfaren, til tross for den unge alderen.⁶² Retten la særlig vekt på en rettspsykiatrisk vurdering hvor det ble funnet grunnlag for å stille diagnose om personlighetsforstyrrelse. Høyesterett viste til rapporten hvor det kom frem at:

«Tidligere var det ikke ansett som god klinisk praksis å sette personlighetsforstyrrelser på personer under 18 år, men de siste 10-15 års forskning har entydig vist at det er både klinisk og vitenskapelig godt belegg for å bruke denne typen diagnoser også på barn og ungdommer.»⁶³

Ved vurderingen av framtidsutsiktene til barnet, og muligheten for utvikling og modning, hentes det dermed argumentasjon fra sakkyndiges vurdering. De fleste barn har imidlertid, som vist tidligere, stort potensiale for modning og endring og denne muligheten er også større jo yngre barnet er.⁶⁴ Det kan dermed være nesten umulig å fastlegge gjentakelsesfaren. Dette taler for forsiktighet med å tillegge avgjørende vekt på argumentasjon hentet fra sakkyndigvurderingen.

Ved vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare etter straffeloven § 40 andre ledd og dermed også om barn kan idømmes forvaring må det også sees hen til momentene oppstilt i straffeloven § 40 fjerde ledd.⁶⁵ Disse kan bidra som momenter for å fastlegge om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter», og må tolkes i lys av at tiltalte er et barn.⁶⁶

Først og fremst vil det begåtte lovbrudd ha betydning i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» og dermed kan idømmes forvaring.⁶⁷ Dette er også lagt til grunn i rettspraksis.⁶⁸ Som vist over la Høyesterett i Vollen-saken vekt på det overlagte drapet i vurderingen av om det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».⁶⁹ Høyesterett la i saken

⁶¹ Rt. 2002 s. 1677 på side 1682.

⁶² HR-2017-290-A.

⁶³ Samme sted (78).

⁶⁴ Se punkt 2.2.3.

⁶⁵ Fornes (2021) side 363. Se om momentene i oppgavens punkt 2.2.2.

⁶⁶ Fornes (2021) side 374 og 376.

⁶⁷ Straffeloven § 40 fjerde ledd.

⁶⁸ Se blant annet HR-2017-290-A og LA-2017-112563

⁶⁹ HR-2017-290-A (80).

også vekt på at drapshandlingen var godt planlagt og at domfelte hadde vist en sterk gjennomføringsevne og -vilje.⁷⁰ Det er imidlertid klart at barn, i likhet med voksne, har evne og vilje til å kunne planlegge drap.⁷¹ Det er derfor vanskelig å se at dette gjør at det er en ekstraordinær omstendighet ved gjentakelsesfaren. Høyesterett la også vekt på at jenta hadde et «spesielt motiv» ettersom hun hadde et ønske om å drepe noen og offeret ble valgt tilfeldig. Ved å legge vekt på det spesielle motivet foretok Høyesterett en mer helhetlig vurdering. Forholdene ved lovbruddet kan likevel ikke alene utgjøre ekstraordinære omstendigheter, men de må inngå i den samlede vurderingen av om vilkåret er oppfylt.⁷²

Ved vurdering av «lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne» må retten først og fremst basere seg på opplysninger fra rettspsykiatrisk undersøkelse.⁷³ Det må imidlertid også tas med at tiltalte er et barn og under utvikling. Barnet må dermed vurderes ut fra egen alder, og det må tas hensyn til at barnets utvikling er individuell og at ulike barn følger ulike utviklingsløp. Jeg vil senere i oppgavens punkt 4.2.4 analysere hvordan retten har benyttet dette momentet i sin vurdering.

Når det gjelder om «lovbryteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd» utdyper forarbeidene dette og sier at «i de tilfeller hvor lovbryteren tidligere har begått en rekke alvorlige forbrytelser» gir dette «grunnlag for å forutsi ny alvorlig kriminalitet».⁷⁴ Høyesterett viser til at handlinger begått før straffbar lavalder også vil ha betydning for vurderingen.⁷⁵ Det er også i litteratur vist til at fravær av tidligere «alvorlige lovbrudd» er et viktig argument mot gjentakelsesfare.⁷⁶

Videre må det foretas en vurdering av om forvaring er nødvendig for «å verne andres liv, helse eller frihet».⁷⁷ Som vist tidligere skiftes perspektivet i denne vurderingen fra domstidspunktet til løslatelsestidspunktet, og det er da særlig et spørsmål om det fremtidige samfunnsvernet gjør det nødvendig å idømme forvaring eller om ubetinget fengsel er tilstrekkelig. Når det gjelder voksne er det som regel tilstrekkelig å slå fast at de øvrige

⁷⁰ Samme sted (45)

⁷¹ Fornes (2018) side 425.

⁷² Fornes (2021) side 375.

⁷³ Straffeloven § 40 fjerde ledd og blant annet HR-2019-832-A (55) flg.

⁷⁴ Straffeloven § 40 fjerde ledd og NOU 1990:5 side 105.

⁷⁵ HR-2017-290-A (11)-(20).

⁷⁶ Fornes (2021) side 376.

⁷⁷ Straffeloven § 40 første ledd og punkt 2.2.3.

vilkårene er oppfylt for å kunne si at samfunnsvernet er avhengig av en forvaringsdom. Når det gjelder barn er imidlertid utgangspunktet at disse er i en modnings- og utviklingsfase og har større mulighet for endring enn voksne. Utgangspunktet må derfor være at ubetinget fengsel er tilstrekkelig til å sikre samfunnsvernet. Høyesterett har også lagt til grunn i Vollen-saken at selv der «det vil være en ekstremt krevende oppgave å få til bedring, og [...] det uansett er grunn til å tro at det vil ta meget lang tid», er utgangspunktet tiltaltes mulighet til modning og endring.⁷⁸ Det ble også i Vulkan-saken uttalt at:

«Terskelen for bruk av forvaring er altså hevet når det gjelder barn. Overfor lovbrøyttere som var under 18 år på gjerningstiden, må det kreves meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved en alternativ fengselsstraff – større enn det skal til for å idømme forvaring for voksne. Videre må det – til tross for lovbrøytters unge alder – ikke være noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring.»⁷⁹

Det er også hevdet i juridisk litteratur at i vurderingen av om samfunnsvernet vil kunne ivaretas på annen måte vil det ha betydning hvilke omstendigheter som er helt ekstraordinære i saken.⁸⁰ Der det er den straffbare handlingen som begrunner forvaring vil det være større rom for å vektlegge barnets evne til utvikling og modning, og det kan være større rom for å anse en ubetinget fengselsstraff tilstrekkelig.⁸¹ Motsatt kan det være vanskelig å se at det er tilstrekkelig med annen straff enn forvaring hvor de ekstraordinære omstendighetene knytter seg til farevurderingen.⁸² Likevel skjer det i farevurderingen en dreining i utgangspunktet, og barnets evne til modning og utvikling må tas inn i vurderingen av hensynet til samfunnsvernet også her.⁸³

Vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» og barn dermed skal kunne idømmes forvaring er altså en sammensatt vurdering som må gjennomføres konkret i den enkelte sak. Dette gjør det vanskelig å peke ut hvilke momenter som konkret gjør seg gjeldende og kan føre til forvaring. Ut fra analysen i kapittelet kan det imidlertid sies at det foreligger enkelte momenter i lovteksten og forarbeidene som det skal tas utgangspunkt i ved

⁷⁸ HR-2017-290-A (69) og (77).

⁷⁹ HR-2019-832-A (79).

⁸⁰ Fornes (2021) side 381.

⁸¹ Samme sted.

⁸² Samme sted.

⁸³ Samme sted.

vurderingen av om forvaring kan idømmes.

Matningsdal har uttalt at Vollen-saken og Vulkan-saken, sammenholdt med to dommer fra Agder Lagmannsrett hvor forvaring ikke ble idømt, gjør at dagens rettstilstand når det gjelder bruk av forvaring for barn anses som «rimelig klarlagt».⁸⁴ Videre mener han at terskelen for å idømme forvaring av barn er svært høy, men ikke uoverstigelig.⁸⁵ Utsagnet hans om dommene, hvor Høyesterett i Vulkan-saken sa at Vollen-saken hadde «begrenset overføringsverdi», har imidlertid møtt kritikk.⁸⁶ Det har også i de senere år kommet til tre ytterligere dommer hvor barn er idømt forvaring og det er klart at rettspraksis vil kunne gi en viss veiledning for hvilke momenter som er aktuelle i avveiningen som skal foretas. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til i kapittel 4.

⁸⁴ Matningsdal (2020) s. 284-300 punkt 7. Se også LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

⁸⁵ Samme sted.

⁸⁶ Holmboe (2020) side 252.

3 Hensynet til barnets beste

3.1 Innledning

Som vist i punkt 1.1 ble hensynet til barnets beste for første gang konvensjonsfestet som en bindende forpliktelse i Barnekonvensjonen, som senere ble ratifisert og inkorporert i norsk rett. Ved revisjonen av Grunnloven i 2014 ble hensynet ansett som så viktig at det ble besluttet innført som et eget ledd i en menneskerettighetsbestemmelse rettet mot barn i Grunnloven § 104 andre ledd. Dette ble begrunnet med at selv om de generelle menneskerettighetene også gjelder barn, ivaretok ikke disse barns særlige behov for beskyttelse, gode utviklingsmuligheter og deres medbestemmelse over eget liv.⁸⁷ Barns sårbarhet og avhengighet av voksne gjør at de har særlige behov for å kunne leve frie, trygge og verdige liv og de har et annet utgangspunkt enn voksne som får sine behov dekket av de generelle menneskerettighetene.⁸⁸ En særlig sikring av deres spesielle behov for vern ville også gjøre barn bedre rustet til å ta over de voksnes arbeidsoppgaver i samfunnet og sette dem i stand til å vise egne barn nødvendig omsorg, hensynsfullhet og respekt.⁸⁹ Det ble derfor ansett nødvendig å utforme en egen paragraf om barns særlige rettigheter hvor formålet var å verne barns særlige behov.

Videre i kapittelet vil jeg foreta en analyse av hensynet til barnets beste slik det er oppstilt i Barnekonvensjonen og Grunnloven. Dette vil skje med bakgrunn i den tolkningspraksis jeg har oppstilt i punkt 1.2, som jeg også vil utdype noe mer i punkt 3.2.1. Jeg vil gjennom hele fremstillingen holde hensynet opp mot strafferetten og trekke paralleller til hvordan det vil inngå i en strafferettslig vurdering. Avslutningsvis i kapittelet vil jeg foreta en analyse av hvordan hensynet til barnets beste spiller inn i reaksjonsvalget mer konkret.

⁸⁷ Dok.nr. 16 (2011-2012) side 189.

⁸⁸ Samme sted og Innst.186 S (2013-2014) pkt. 2.1.10.

⁸⁹ Dok.nr. 16 (2011-2012) side 186.

3.2 Hva innebærer hensynet til “barnets beste”

3.2.1 Tolkning av Grunnloven § 104 andre ledd

Det følger av Grunnloven § 104 andre ledd at i «handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen fremstår som svært vidtrekkende og med stort tolkningsrom, og Grunnloven gir ingen nærmere veiledning om hvordan denne skal tolkes. Høyesterett har karakterisert Grunnloven § 104 andre ledd som «hjørnesteinen» i barns rettslige beskyttelse etter Grunnloven, det er derfor klart at bestemmelsen uttrykker et svært viktig hensyn i vern av barns rettigheter.⁹⁰

Som vist i punkt 1.2 skal Grunnloven tolkes i lys av «de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse» ettersom flere av menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven er vedtatt med bakgrunn i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.⁹¹ Dette gjelder også Grunnloven § 104 andre ledd som er vedtatt med bakgrunn i Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 som sier at «[i]n all actions concerning children [...] the best interest of the child shall be a primary consideration». Dermed vil Grunnloven § 104 andre ledd måtte tolkes i lys av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og praksis knyttet til denne.

Ved tolkningen av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og da også Grunnloven § 104 andre ledd, er det General Comment No. 14 og No. 24 som er relevant. Høyesterett uttaler om General Comment No. 14 at «[d]et Barnekomiteen gir uttrykk for her, utgjør etter mitt syn et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd».⁹² Med et naturlig utgangspunkt siktes det til at man først vender seg til denne kilden når det nærmere innholdet i normen skal klarlegges, uten at det som står der i ett og alt nødvendigvis vil være avgjørende.⁹³

I tillegg til at Grunnloven § 104 andre ledd skal tolkes i lys av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 kan den også tolkes i lys av Grunnloven § 104 første og tredje ledd og Barnekonvensjonens øvrige bestemmelser. Dette har sin bakgrunn i at verdiene som vernes er

⁹⁰ Bårdsen (2015a) avsnitt 27.

⁹¹ Dok.nr. 16 (2011-2012) side 90.

⁹² Rt. 2015 s. 93 (64).

⁹³ Bårdsen (2015b) avsnitt 36.

en del av en større helhet og de må derfor tolkes i lys av hverandre.⁹⁴

I det videre vil jeg foreta en analyse av ordlyden i Grunnloven § 104 andre ledd med bakgrunn i den tolkningspraksis jeg har oppstilt her og i punkt 1.2. Det sentrale spørsmålet i analysen er hvordan hensynet skal anvendes i strafferetten.

3.2.2 I hvilke tilfeller gjelder hensynet til barnets beste?

Hensynet til barnets beste skal etter Grunnloven § 104 andre ledd gjelde ved «handling og avgjørelser som berører barn».⁹⁵ Dette er en parallell til «all actions concerning children» i Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Barnekomiteen har i General Comment No. 14 lagt vekt på at Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 «does not only include decisions, but also all acts, conduct, proposals, services, procedures and other measures».⁹⁶ Videre skal også «concerning» forstås «in a very broad sense» og det «refers first of all, to measures and decisions directly concerning a child, children as a group or children in general, and secondly, to other measures that have an effect on an individual child, children as a group or children in general, even if they are not the direct targets of the measures».⁹⁷ Bestemmelsen er dermed ment å favne svært bredt og skal gjelde ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn, selv om barnet ikke er det direkte objektet for avgjørelsen.

Ved idømmelse av straff ovenfor barn vil barnet være direkte berørt av rettens avgjørelse, og slik dom vil derfor klart falle inn under ordlyden. Hensynet til barnets beste skal derfor tas med i rettens vurdering av om det skal idømmes straff av barn. Det har også etablert seg som et viktig moment innenfor reaksjonsvalget, noe jeg vil komme tilbake til i punkt 3.3.

3.2.3 Hvilken vekt har hensynet til barnets beste?

Hensynet til barnets beste «skal [...] være et grunnleggende hensyn» eller «shall be a primary consideration».⁹⁸ Ordene «skal» og «shall» inviterer ikke til noen skjønnsmessig vurdering og Barnekomiteen uttaler i General Comment No. 14 at «[t]he words «shall be» place a strong

⁹⁴ Fornes (2021) s. 174.

⁹⁵ Grunnloven § 104 andre ledd.

⁹⁶ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 17.

⁹⁷ Samme sted avsnitt 19.

⁹⁸ Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children's best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken» og «[a]rticle 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court». ⁹⁹ Uttalelsen gir et klart uttrykk for at hensynet til barnets beste skal bli vurdert og gjort til et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. ¹⁰⁰

At barnets beste skal være «et» eller «a», ikke «det» eller «the», grunnleggende hensyn, betyr at barnets beste etter forholdene vil måtte kunne vike for lovlige, vektige, gode og sterke interesser som kan veie tyngre. ¹⁰¹ Barnekomiteen beskriver dette slik:

«The expression «primary consideration» means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations [...] However, since article 3, paragraph 1, covers a wide range of situations, the Committee recognizes the need for a degree of flexibility in its application. The best interests of the child – once assessed and determined – might conflict with other interests or rights [...] If harmonization is not possible, authorities and decision-makers will have to analyse and weigh the rights of all those concerned, bearing in mind that the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best». ¹⁰²

Det skal altså foretas en forholdsmessighetsvurdering hvor motstående hensyn skal avveies mot hensynet til barnets beste. I denne vurderingen skal barnets beste som utgangspunkt stå i en særlig stilling og ha høy prioritet, og hensynet får også tyngre vekt desto mer berørt barnet er og desto mer alvorlig beslutningen er for barnet. ¹⁰³ Høyesterett har på sin side uttalt at «hensynet til barnet ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende» hensynet, ¹⁰⁴ men «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne

⁹⁹ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 36 og 6.

¹⁰⁰ Bårdsen (2016) side 255.

¹⁰¹ Samme sted.

¹⁰² General Comment No. 14 (2013) avsnitt 37 og 39.

¹⁰³ Dok.nr.16 (2011-2012) side 192 og Bårdsen (2016) side 255.

¹⁰⁴ Rt. 2015 s. 93 (65) og plenumsavgjørelsen i Rt. 2012 s. 1985 (134)-(136).

utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen»,¹⁰⁵ og retten skal «starte sin vurdering med B [barnet] og hva som er i hennes interesse».¹⁰⁶ Høyesterett har dermed i likhet med barnekomiteen lagt til grunn at barnets beste skal ha stor vekt og gjennomgående spille inn i forholdsmessighetsvurderingen. Dette må altså anses som den gjeldende og autoritative rettsnormen i Norge med hensyn til hva det innebærer at «barnets beste» skal være «et grunnleggende hensyn».¹⁰⁷

Dommene Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155 illustrerer denne forholdsmessighetsvurderingen av om det foreligger slike legitime og tungtveiende grunner som kan måtte gå foran hensynet til barnets beste. I Rt. 2015 s. 93 gjaldt det er spørsmål om en kenyansk kvinne som oppholdt seg ulovlig i Norge kunne utvises. Kvinnen hadde en datter som var norsk statsborger og Høyesterett kom til at livet til datteren ville bli svært mye dårligere om hun også ble utvist fra landet, eller om moren, som hennes eneste omsorgsperson, alene ble utvist. Hensynet til «barnets beste» tilsa dermed at kvinnen ikke kunne utvises. Resultatet ble at kvinnen og datteren fikk bli i Norge.

Rt. 2015 s. 155 gjaldt en mann fra Rwanda som var tiltalt for folkemord, og ble begjæret utlevert. Han hadde oppholdt seg i Norge siden 1999 og hadde fått kone og tre barn. Det ble i dommen tatt stilling til om hensynet til barna var sterke nok til at mannen ikke skulle utleveres. Hensynet til barnets beste måtte konkurrere mot berørte staters interesser i at grove forbrytelser straffeforfølges i det land der forbrytelsen ble begått, og at det ved folkemord ligger en tilsvarende forventning i det internasjonale avtaleverket. Samfunnets interesser måtte derfor slå igjennom og Høyesterett kom til at mannen kunne utleveres.

Det må presiseres at disse uttalelsene ble avsagt innenfor utlendingsretten. Innenfor dette rettsområdet kan bruken av hensynet til barnets beste handle om å støtte opp under, og bidra til en positiv utvikling av barnet.¹⁰⁸ I strafferetten er utgangspunktet at barnet har begått et lovbrudd og det har startet en utvikling av en atferd som ikke er samfunnsnyttig.¹⁰⁹ Det skal dermed ikke støttes opp under en positiv utvikling, men heller snu en negativ utvikling i

¹⁰⁵ Rt. 2015 s. 93 (65).

¹⁰⁶ Samme sted (72).

¹⁰⁷ Aasen (2015) side 198.

¹⁰⁸ Fornes (2021) side 173.

¹⁰⁹ Samme sted.

positiv retning.¹¹⁰ Spørsmål blir da hvilken egenvekt de motstående hensynene og hensynet til barnets beste har ved vurderingen av hvilken straff som skal idømmes.

Innenfor strafferetten er det flere motstående hensyn. Straff skal blant annet virke individualpreventivt ved at straffen skal rehabilitere lovbrøyteren og fremme en positiv utvikling hos vedkommende. Det underliggende premisset for individualprevensjon er likevel at utviklingen er til samfunnets nytte.¹¹¹ Videre skal straffen virke allmennpreventivt ved at trusselen om straff skal virke forebyggende på samfunnet mer generelt og forhindre kriminalitet. Strafferetten inneholder også et prinsipp om proporsjonalitet ved at det skal være et rimelig forhold mellom straffen, skylden til lovbrøyter og grovheten i lovbruddet. Endelig kan det også sies at straffen bygger på et grunnleggende hensyn om at samfunnet må vernes mot farlige mennesker. Dette kommer til uttrykk gjennom at det er et fokus på kriminalitetsforebygging.¹¹² Samtidig er også gjengjeldelse aktuelt, ettersom det kun er de eller den som kan klandres som kan straffes.¹¹³ Det tradisjonelle perspektivet i strafferetten er dermed ikke sentrert omkring omsorg og ivaretagelse av lovbrøyters behov. Strafferettens begrunnelse for straff og betydningen av straff kan dermed tale mot at hensynet til barnets beste skal få særlig vekt.

Barnekomiteen har imidlertid uttalt i General Comment No. 14 at når det er barn som er lovbrøyter betyr beskyttelse av hensynet til barnets beste at «the traditional objectives of criminal justice [...] must give way to rehabilitation and restorative justice objectives».¹¹⁴ Dette viser til at det er barnet som skal være i fokus, og hensynet til barnets beste vil måtte gå foran de tradisjonelle strafferettslige prinsippene hvor dette er nødvendig for å sikre barnet. Eksempelvis ved at barn straffes mildere enn voksne.¹¹⁵ En følge av dette er at hensynet til barnets beste inngår som et viktig hensyn i strafferetten, men det innebærer også en dreining av perspektivet fra samfunnsrettet til mer individrettet i saker som gjelder barn.¹¹⁶ Jeg vil komme nærmere inn på dette i punkt 3.3.

¹¹⁰ Samme sted.

¹¹¹ Samme sted side 172-173.

¹¹² Gröning (2020), s. 274-283 punkt 3.

¹¹³ Gröning og Sætre (2019) side 171.

¹¹⁴ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 28.

¹¹⁵ Straffeloven § 33.

¹¹⁶ Fornes (2021) side 174.

Hensynet til barnets beste står altså, særlig i strafferetten, i sterk konkurranse med flere andre hensyn, noe som gjør at det ikke alltid vil kunne få gjennomslag. Det er likevel viktig at det trekkes inn som et grunnleggende og viktig hensyn i alle vurderingene som foretas og det skal ikke underspilles. Jeg vil i det følgende foreta en analyse av innholdet i hensynet.

3.2.4 Hva er innholdet i hensynet til «barnets beste»?

Ordlyden i de to bestemmelsene gir liten veiledning ved fastleggelsen av innholdet i hensynet til barnets beste. Bestemmelsene er, som påpekt tidligere, utformet bredt.¹¹⁷ En fordel med dette er at hensynet vil kunne tilpasses og omfatte mange situasjoner og ulike barn med ulike forutsetninger og behov. Ved å benytte seg av denne utformingen gjør det seg gjeldende en rettighet som er knyttet til en smidig og myk norm som må være påvirket av tid, sted og omstendighetene for øvrig for å kunne anvendes.¹¹⁸ Det er altså ved konkretisering i den enkelte sak, særlig gjennom fastleggelse av barnets situasjon og interesser i den konkrete sak, at barnets beste får sitt mer presise og operative innhold og kan vektlegges på en meningsfull måte.¹¹⁹ Det er likevel gitt noen føringer for hvilke momenter som er aktuelle ved fastleggelsen av innholdet i hensynet til barnets beste.

Barnekomiteen har i General Comment No. 14 gitt en inngående redegjørelse for hvilke momenter som er aktuelle å kartlegge for å finne frem til hva som anses som barnets beste i den aktuelle saken. Oppstillingen er ikke uttømmende men helt sentralt står barnets eget syn, barnets identitet ut ifra kjønn, seksualitet, etnisitet, nasjonalitet, tro, kulturell identitet og personlighet, barnets familiesituasjon, barnets spesifikke behov for omsorg, beskyttelse og sikkerhet og retten til helse og utdanning.¹²⁰ Disse momentene kan kjennes igjen fra øvrige konvensjonsrettigheter, og er en stadfestelse av at konvensjonen må tolkes som et hele.¹²¹

Barnets alder vil først og fremst ha betydning ved at strafferettslig lavalder må være oppnådd for at straff kan være aktuelt.¹²² På tross av lik alder kan det imidlertid være ulikheter i barns modenhet og utvikling. At barnet fortsatt er i en modnings- og utviklingsprosess gjør at retten

¹¹⁷ Se punkt 3.2.1.

¹¹⁸ Bårdsen (2016), side 252.

¹¹⁹ Samme sted. Se også Rt. 2009 s. 1261 (85), Rt. 2010 s. 1313 (13), Rt. 2012 s. 1985 (187), Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2015 s. 155.

¹²⁰ Bårdsen (2015a) avsnitt 39, Fornes (2021) side 176 og General Comment No. 14 (2013) avsnitt 52-79.

¹²¹ Fornes (2021) side 176. Se også eksempelvis barnekonvensjonen artikkel 12 og artikkel 8.

¹²² Straffeloven § 20 første ledd.

ikke kun kan ha for øyet de kortsiktige virkningene og interessene barnet har her og nå, retten må også vurdere hva som vil tjene barnets interesser på lang sikt.¹²³ Barnekomiteen har uttalt i General Comment No. 14 at:

«In giving full effect to the child's best interests, the following parameters should be borne in mind: [...] Short-, medium- and long-term effects of actions related to the development of the child over time.»¹²⁴

Retten må altså ha et langsiktig perspektiv ved vurderingen av hvilken avgjørelse som skal treffes overfor barnet. Innenfor strafferetten vil eksempelvis idømmelse av forvaring og andre svært inngripende og langsiktige straffer kreve inngående vurderinger av retten.¹²⁵ Det langsiktige perspektivet kan også gjøre at en straff som vurderes som særlig inngripende på kort sikt kan være til barnets beste i fremtiden. Jeg vil gå noe nærmere inn på vurderingen av langsiktig og kortsiktige konsekvenser ved analysen av hensynet til barnets beste i reaksjonsvalget i punkt 3.3.

Som vist over uttaler Barnekomiteen at også barnets eget syn skal vektlegges.¹²⁶ Zermatten uttaler at:

«If art. 3 represents a sort of “ideal” we wish to achieve (the well-being of the child), art. 12 provides the method to help determine what are the best interests by enabling the affected child to express her/his opinion about this ideal».¹²⁷

Barnets eget syn vil kunne bidra til å nyansere rettens oppfatning av hva som er det beste for barnet.¹²⁸ Det er også relevant for å fastlegge i hvilken retning hensynet til barnets beste trekker og det vil kunne bidra til å si noe om hvilken effekt man kan forvente av straffen på kort og lang sikt, eksempelvis hvis barnet uttrykker motivasjon for gjennomføring av straffen.¹²⁹ Barnets eget syn vil imidlertid ikke alltid kunne få gjennomslag. Ved forvaring vil barnets syn ofte ha mindre vekt. Grunnen til dette er at det her gjelder så alvorlige lovbrudd og omstendigheter at barnets uttalelser om blant annet motivasjon vil få mindre vekt. Dersom

¹²³ Fornes (2021) side 179.

¹²⁴ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 16 bokstav e.

¹²⁵ Fornes (2021) side 179 og 181.

¹²⁶ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 53 og Barnekonvensjonen artikkel 12.

¹²⁷ Zermatten (2010) side 496.

¹²⁸ Dok.nr. 16 (2011-2012) side 192 og Fornes (2021) side 177.

¹²⁹ Fornes (2021) side 177.

barnet stiller seg motvillig til å gjennomføre forvaringen vil dette dermed ikke kunne slå igjennom overfor de hensyn som danner utgangspunktet for straffereaksjonen.¹³⁰

For å sikre at hensynet har vært tilstrekkelig vurdert og vektlagt stilles det også krav til at begrunnelsen i vedtak og rettslige avgjørelser som gjelder barn er «motivated, justified and explained».¹³¹ Begrunnelsen skal redegjøre uttrykkelig for alle forhold ved barnet som er ansett relevante for vurderingen av dets interesser.¹³² Det er ikke tilstrekkelig å slå fast generelt at andre hensyn er funnet avgjørende. Alle vurderinger skal begrunnes og avgjørelsen må forklare «in a credible way, why the best interests of the child were not strong enough to [...] outweigh the other considerations».¹³³ Begrunnelsen skal altså vise at barnets beste har vært et grunnleggende hensyn gjennom hele vurderingsprosessen.

Hensynet til barnets beste innebærer altså en sammensatt og konkret vurdering ut ifra den enkelte sak og det enkelte barn. I det videre er det hensynets betydning for reaksjonsvalget som skal analyseres.

3.3 Reaksjonsvalg

Hensynet til barnets beste skal også løftes frem som et eget hensyn i reaksjonsvalget.¹³⁴ Jeg vil i dette punktet foreta en nærmere analyse av hvordan barnets beste skal vektlegges i reaksjonsvalget. Særlig vil jeg fokusere analysen på hensynets påvirkning på vurderingen av om det kan idømmes forvaring.

I reaksjonsvalget kan hensynet til barnets beste forstås som et krav om at retten bør forsøke å finne den beste løsningen i den konkrete saken, uavhengig av de på forhånd lovfestede reaksjonene.¹³⁵ For mange barn vil det gjerne være det beste å ikke bli straffeforfulgt eller å få en annen reaksjon enn den fastsatt i loven.¹³⁶ En slik bruk av hensynet ville gjøre at Grunnloven § 104 andre ledd gikk foran Grunnloven § 96 som sier at «[i]ngen kan dømmes

¹³⁰ Se kapittel 2 om forvaring.

¹³¹ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 97

¹³² Bårdsen (2016) side 259.

¹³³ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 97.

¹³⁴ Fornes (2021) side 172.

¹³⁵ Samme sted side 180.

¹³⁶ Samme sted.

uten etter lov eller straffes uten etter dom». Dette lovkravet gjelder imidlertid ikke bare den strafferettslige handlingen, men også reaksjonen som skal idømmes, og skal dermed sikre borgerne mot vilkårlighet fra domstolens side.¹³⁷ Et slikt forutberegnelighetshensyn gjør seg like sterkt gjeldende overfor barn som for voksne.¹³⁸ Å benytte seg av de allerede lovfestede reaksjonene er derfor i samsvar med barns interesser.

Hensynet vil derfor heller spille inn på utformingen av reaksjoner, på vilkårene for å idømme ulike reaksjoner og i vurderingsmomentene i reaksjonsvalget. I denne sammenheng er hensynet relevant ved tilleggsvilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for å idømme barn forvaring.¹³⁹ Spørsmålet bli da hvordan hensynet faktisk brukes for å sikre barnets beste i reaksjonsvalget.

Høyesterett foretar den grundigste drøftelsen av hensynet til barnets beste i reaksjonsvalget i Rt. 2010 s. 1313.¹⁴⁰ Høyesterett uttalte at:

«Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 slår fast at det som best tjener barnets interesser skal være et grunnleggende hensyn ved alle beslutninger som angår barnet. Jeg legger uten videre til grunn at dette også gjelder der det er spørsmål om å straffedømme barnet. Av bestemmelsen følger det, slik jeg ser det, en plikt til også i slike saker å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas, og til å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget».¹⁴¹

Uttalelsen viser en plikt til å klarlegge barnets interesser og hvordan disse best kan ivaretas i den konkrete saken. Dette vil ha betydning for avveiningen mellom hensynet til barnets beste og andre konkurrerende hensyn.¹⁴² Uttalelsen peker videre på at resultatet av vurderingene skal stå sentralt i beslutningsgrunnlaget, men som jeg har vist tidligere vil hensynet stå i konkurranse med andre motstående hensyn.¹⁴³

Høyesterett viste i Rt. 2010 s. 1313 til Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 1, om at det bør

¹³⁷ Strandbakken (2004) side 190.

¹³⁸ Fornes (2021) side 181.

¹³⁹ Se punkt 2.3.2.

¹⁴⁰ Fornes (2021) side 182.

¹⁴¹ Rt. 2010 s. 1313 (13).

¹⁴² Bårdsen (2016) s. 257-259.

¹⁴³ Se punkt 3.2.3.

velges en reaksjon som tar sikte på å reintegrere barnet i samfunnet, artikkel 37 bokstav b, om bruk av fengsel som siste utvei ved idømmelse av straff overfor barn, og straffeloven 1902 § 28 første ledd bokstav a om at «straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet».¹⁴⁴ På bakgrunn av disse bestemmelsene uttalte Høyesterett at:

«Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til».¹⁴⁵

Hensynet til barnets beste brukes altså som et tolkningsprinsipp når hensynet til straffens formål skal fastlegges i en konkret sak, og det skjer et skifte i tyngdepunktet ved vurderingen av hvilken reaksjon som skal idømmes.¹⁴⁶ Det er individualpreventive hensyn og hva som er best for barnet i det lange løp som skal veie tyngst, og det skal svært tungtveiende allmennpreventive hensyn til for at disse skal kunne tre foran de individualpreventive hensynene. Følgen av denne tyngdeforskyvningen er at terskelen for å idømme barn ubetinget fengselsstraff og forvaring har økt.¹⁴⁷

Uttalelsen i Rt. 2010 s. 1313 viser også til at retten må ha et langsiktig og et kortsiktig perspektiv for øyet når det skal idømmes reaksjoner overfor barn. Målet for det langsiktige perspektivet er en positiv utvikling og et kriminalitetsfritt liv.¹⁴⁸ For å oppnå dette kan det bli nødvendig å idømme reaksjoner som er svært inngripende etter et kortsiktig perspektiv. Det er likevel viktig at domstolen hele tiden har barnets interesser for øyet, og gjennomgående veier positive og negative konsekvenser av de ulike reaksjonene.¹⁴⁹ Det er i denne sammenheng viktig å legge til at barnets framtidsutsikter kun er prognoser.¹⁵⁰ Selv om målet er en fremtid uten kriminalitet for barnet, har retten begrenset mulighet til å vurdere om barnet vil begå nye lovbrudd.¹⁵¹

¹⁴⁴ Rt. 2010 s. 1313 (14) og (15).

¹⁴⁵ Samme sted.

¹⁴⁶ Fornes (2021) side 183.

¹⁴⁷ Samme sted side 187.

¹⁴⁸ Samme sted side 181.

¹⁴⁹ Samme sted.

¹⁵⁰ Samme sted side 182.

¹⁵¹ Samme sted.

Fremstillingen så langt viser at hensynet til barnets beste i stor grad taler mot bruk av forvaring. Spørsmålet blir derfor om forvaring likevel vil kunne idømmes på tross av at dette ikke er til barnets beste.

Som vist tidligere foreligger det en spenning mellom grunnleggende hensyn i strafferetten og hensynet til barnets beste.¹⁵² Grunnen er at det ved et begått lovbrudd vil være sterke motstående hensyn innenfor strafferetten som må avveies mot hensynet til barnets beste.¹⁵³ Eksempler på slike motstående hensyn er allmennpreventive hensyn, samfunnets behov for beskyttelse mot farlige forbrytelser og å korrigere avvikende atferd. Barnekomiteen har uttalt i General Comment no. 24 at:

«The Committee emphasizes that the reaction to an offence should always be proportionate not only to the circumstances and the gravity of the offence, but also to the personal circumstances (age, lesser culpability, circumstances and needs, including, if appropriate, the mental health needs of the child), as well as to the various and particularly long-term needs of the society. [...] Where serious offences are committed by children, measures proportionate to the circumstances of the offender and to the gravity of the offence may be considered, including considerations of the need for public safety and sanctions. Weight should be given to the child`s best interests as a primary consideration as well as to the need to promote the child`s reintegration into society».¹⁵⁴

Barnekomiteen anerkjenner altså at samfunnet har et behov for å kunne reagere på alvorlige lovovertridelser, og det er derfor lovbruddet som danner utgangspunktet for reaksjonsvalget. Det må imidlertid skje en forholdsmessighetsvurdering hvor middelet, hvor inngripende reaksjonen er, må stå i forhold til målet, et fremtidig kriminalitetsfritt liv.¹⁵⁵ Dette innebærer at andre hensyn enn hensynet til barnets beste, slik som allmennpreventive hensyn og samfunnsmessige hensyn, er tungtveiende i reaksjonsvalget, og understreker også det jeg tidligere har sagt om at barnets beste skal være «et» grunnleggende hensyn, ikke «det»

¹⁵² Se punkt 1.1 og 2.1.

¹⁵³ Se punkt 3.2.3.

¹⁵⁴ General Comment No. 24 (2019) avsnitt 76.

¹⁵⁵ Fornes (2021) side 181-182.

grunnleggende hensynet.¹⁵⁶ Er det imidlertid flere faktorer som taler mot en reaksjon, vil det at lovbruddet er av en viss alvorlighetsgrad kunne få mindre vekt. Lovbruddets alvorlighetsgrad kan også vektlegges i vurderingen av om et barn kan idømmes forvaring, på tross av at hensynet til barnets beste skulle tale for en annen løsning. Det er likevel viktig at hensynet til barnets beste ikke underspilles. Høyesterett uttalte i Rt. 2015 s. 93 at:

«ved avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste ha *stor vekt* – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».¹⁵⁷

Selv om dommen gjaldt utlendingsrettslige spørsmål må den likevel ha betydning for forståelsen av vekten av hensynet til barnets beste generelt.¹⁵⁸

Høyesterett har dermed lagt til grunn at i saker hvor barn er lovbryster skal hensynet til barnets beste og hvordan barnets interesser skal ivaretas nærmere avklares, for så å trekkes inn i resultatet i beslutningsgrunnlaget. Dette er også i tråd med de generelle føringene gitt av lovgiver og Barnekomiteen. Spørsmålet er imidlertid om disse føringene er fulgt opp i rettens vurdering av om barn kan idømmes forvaring. Jeg vil foreta en analyse av dette i neste kapittel.

¹⁵⁶ Se punkt 3.2.3.

¹⁵⁷ Rt. 2015 s. 93 (65), gjentatt i Rt. 2015 s. 155 (47).

¹⁵⁸ Fornes (2021) side 185 og Aasen (2015) side 198.

4 Rettens bruk av barnets beste ved idømmelse av forvaring

4.1 Innledning

Analysen så langt har tatt for seg hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne idømme forvaring av barn. Jeg har også analysert hva hensynet til barnets beste innebærer og hvordan hensynet anvendes i strafferetten.

I denne delen av oppgaven vil jeg foreta en analyse av hvordan retten har benyttet seg av hensynet til barnets beste ved vurderingen av om barn kan idømmes forvaring. Analysen vil ta for seg ulike momenter som inngår i hensynet til barnets beste og som retten har trukket inn i sine vurderinger. Jeg vil også foreta en analyse av om rettens bruk av momentene oppfyller de rettslige kravene til vurderingen satt av barnekomiteen, lovgiver og Høyesterett.

I domsmaterialet inngår de fem dommene hvor barn er idømt forvaring og to lagmannsrettsdommer der forvaring ble vurdert, men ikke idømt.¹⁵⁹ De to siste vil kunne bidra til gode sammenligninger av bruken av de ulike momentene og de kan gi dybde til analysen.

4.2 Hensynet til «barnets beste» i rettspraksis

4.2.1 Straffutmålingen i sin alminnelighet

Som vist i punkt 2.2.3 skal det ved idømmelse av forvaring vurderes om alternativ fengselsstraff vil være tilstrekkelig til å verne samfunnet mot fremtidig kriminalitet.¹⁶⁰ Når det gjelder barn følger det av straffeloven § 33 at ubetinget fengselsstraff kun kan idømmes dersom det er «særlig påkrevd». Bestemmelsen viser også til en reduksjon i straffenivået ettersom den ikke kan overstige 15 år, selv om lovbestemmelsen skulle tilsi noe annet.

¹⁵⁹ Se punkt 1.2.

¹⁶⁰ Straffeloven § 40 første ledd.

En slik straffereduksjon er foretatt i alle de aktuelle dommene. Det ble i Vollen-saken uttalt at straffeloven 1902 § 18, som tilsvarer straffeloven 2005 § 33, «må ses i sammenheng med Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som angår barn». Videre uttalte Høyesterett at «[s]elv om fengsling bare skal skje når det er særlig påkrevd og hensynet til barnets rehabilitering i disse sakene skal stå i forgrunnen, er det klart at man i en så alvorlig sak som denne, må reagere med frihetsberøvelse». ¹⁶¹ Lagmannsretten foretok i Lund-saken samme vurdering, men tilføyde at det er «viktig for å opprettholde respekten for menneskeliv at også barn som begår drap, idømmes en straff som ikke av samfunnet oppfattes som støtende». ¹⁶² Det legges i Lund-saken likevel til grunn at retten befinner seg på et rettsområde i utvikling hvor en sterkere prioritering av hensynet til barnets interesser kan lede til en raskere reduksjon av reaksjonsnivået enn det som kan antas å ha fått oppslutning i den alminnelige rettsbevissthet. ¹⁶³ Utgangspunktet er dermed at fengsel kan benyttes i slike alvorlige saker, men straffen må reduseres.

I Vollen-saken ble straffen redusert fra 18 år til 8 til 9 år, noe som ble begrunnet med «hensyn til As unge alder da drapet skjedde». ¹⁶⁴ I Lund-saken ble fengselsstraffen, med «hensyn til siktedes alder», redusert fra 21 år til 12 år. Det ble også i LB-2020-34882 lagt vekt på at tiltaltes alder på handlingstidspunktet, hensynet til individualprevensjon og barnets beste tilsa at det skulle gis et fradrag i straffen på opp mot 40 prosent.

Ved reduksjonen i straffutmålingen legger dermed retten uttrykkelig vekt på hensynet til barnets beste og alderen til barnet. Reduksjon i straffutmålingen ved ung alder har også dannet seg som alminnelig fremgangsmåte i strafferetten, og i alle de aktuelle avgjørelsene følger retten utgangspunktet om at straffens lengde skal reduseres. Denne reduksjonen har imidlertid også fått betydning for vurderingen av om samfunnsvernet er avhengig av en forvaringsdom, noe jeg vil komme tilbake til i punkt 4.2.3.

¹⁶¹ HR-2017-290-A (37).

¹⁶² LA-2017-112563.

¹⁶³ Samme sted.

¹⁶⁴ HR-2017-290-A (39).

Det sentrale spørsmålet i den videre analysen er hvordan hensynet til barnets beste avveies under forvaringsvurderingen til retten.

4.2.2 Rettens bruk av hensynet til barnets beste ved vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Høyesterett har uttalt at hensynet til barnets beste skal ha stor vekt og at barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen i straffesaker.¹⁶⁵ Det er også klart at hensynet til barnets beste skal benyttes gjennomgående i hele vurderingen.¹⁶⁶

Barnekomiteen har gitt uttrykk for en rekke momenter som skal være med i vurderingen av hva som er til barnets beste.¹⁶⁷ Det er imidlertid klart at disse momentene skal danne et utgangspunkt og at det er opp til den enkelte domstol å fastlegge nærmere hvordan selve vurderingen og avveiningen skal foretas i den enkelte sak.¹⁶⁸ Som jeg har påpekt tidligere har også lovgiver gitt et utgangspunkt for vurderingen ved vedtakelsen av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter».¹⁶⁹ Hensynet er derfor viktig ved idømmelsen av forvaring.

Det er verdt å merke seg at det kun er i Vollen-saken retten uttrykkelig viser til at vilkåret i straffeloven § 40 første ledd om «helt ekstraordinære omstendigheter» gjenspeiler de hensyn som kommer til uttrykk i Grunnloven § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.¹⁷⁰ Med bakgrunn i dette påpekte Høyesterett at idømmelse av forvaring av barn «tilnærmet aldri» skal skje.¹⁷¹ Høyesterett uttalte videre at «[s]pørsmålet er om vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».¹⁷² Dermed er ikke muligheten til å idømme forvaring helt stengt, men Høyesterett legger opp til en aktiv bruk av hensynet til barnets beste i vurderingen av om det kan idømmes forvaring.

I Vollen-saken, Vulkan-saken, Lund-saken, LB-2020-34882 og Varhaug-saken viste retten til forarbeidene hvor det uttales at forvaring er belastende, at barnet er i en modningsprosess, at

¹⁶⁵ Rt. 2015 s. 93 (65).

¹⁶⁶ Se punkt 3.2.3.

¹⁶⁷ General Comment No. 14 (2013) avsnitt 48 til 84.

¹⁶⁸ Se punkt 3.2.3 og General Comment No. 14 (2013) avsnitt 37 og 39.

¹⁶⁹ Se punkt 3.2.3 og punkt 2.3.2 om lovgivers vurdering ved vedtakelse av vilkåret om helt ekstraordinære omstendigheter.

¹⁷⁰ HR-2017-290-A (72).

¹⁷¹ Samme sted (73).

¹⁷² Samme sted.

det kan være vanskelig å motivere til endring dersom barnet stemples som farlig og at forvaringsdommen kan bidra til å stigmatisere barnet også etter soning.¹⁷³ Det påpekes dermed at det foreligger en hevet terskel og at det skal vises en tilbakeholdenhet med å idømme forvaring. Retten peker også på hvilke ulemper det kan ha for barnet å få slik straff. Ved å trekke inn disse forarbeidene har retten trukket inn de generelle føringene gitt av lovgiver.¹⁷⁴ I Vulkan-saken la imidlertid retten til grunn at forarbeidene ikke gav noen ytterligere veiledning og at den nærmere grensdragningen er opp til retten, men at forvaring kun skal brukes om det er tvingende nødvendig for å verne andre mot alvorlige fremtidige straffbare handlinger.¹⁷⁵ Det er heller ikke i de andre sakene, med unntak av i Vollen-saken, uttrykkelig nevnt noe om at hensynet til barnets beste skal få en direkte innvirkning på vurderingen.¹⁷⁶ Som jeg viste i punkt 3.2.3 er det klart at hensynet til barnets beste ikke skal være avgjørende i alt og ett, men det er samtidig viktig at det ikke underspilles. Det skal få betydning i hele vurderingen og det skal uttrykkelig legges vekt på.

På bakgrunn av dette virker det som det er enighet i rettspraksis om at terskelen for å idømme barn forvaring er hevet og at muligheten er svært snever. Det kan imidlertid allerede her syntes som om det foreligger enkelte mangler i drøftelsen til retten når det gjelder bruk av hensynet til barnets beste, ettersom hensynet ikke er uttrykkelig nevnt. På tross av dette kan hensynet likevel være vektlagt i praksis ved at momentene i hensynet benyttes. Jeg vil i det følgende foreta en analyse av de momentene retten har trukket inn i sine vurderinger og hvilken vekt disse har fått, og dermed om retten likevel har benyttet hensynet i tilstrekkelig grad.

4.2.3 Rettens bruk av aldersmomentet.

Aldersmomentet er aktuelt ettersom det er et vilkår at barnet må være under 18 år for at hensynet til barnets beste skal gjøre seg gjeldende.¹⁷⁷ Aldersmomentet er i stor grad også det momentet som blir brukt mest aktivt i rettens vurdering i forvaringssaker. Alder blir først og fremst benyttet for å sette ned den alternative fengselsstraffen etter straffeloven § 33.¹⁷⁸

¹⁷³ HR-2017-290-A, HR-2019-832-A, LA-2017-112563 og LG-2019-105200. Prop.135 L (2010-2011) punkt 9.7.4.

¹⁷⁴ Se punkt 2.3.2.

¹⁷⁵ HR-2019-832-A (78).

¹⁷⁶ HR-2017-290-A (72).

¹⁷⁷ Se punkt 3.2.4 og punkt 2.3.1 om drøftelse av aldersvilkåret ved idømmelse av forvaring.

¹⁷⁸ Eksempelvis HR-2017-290-A (39), HR-2019-832-A (67) og LA-2017-112563. Se punkt 4.2.1.

Aldersmomentet blir også tatt i bruk av retten i vurderingen av om vilkårene for forvaring er oppfylt. Først og fremst vil det at retten i alle sakene trekker inn tilleggsvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» vise at alderen til tiltalte er vektlagt, ettersom også dette vilkåret kun gjør seg gjeldende når tiltalte er under 18 år på handlingstidspunktet.¹⁷⁹ Spørsmålet her er om aldersmomentet også får en større rolle enn dette i vurderingen.

I Vollen-saken ble det lagt stor vekt på at jenta bare var 15 år og en måned på handlingstidspunktet og dermed så vidt over den kriminelle lavalderen.¹⁸⁰ Det ble også lagt vekt på at den lave alderen gjorde at hun hadde mindre forståelse for konsekvenser av handlinger og dårligere impuls kontroll enn voksne, men også større mulighet for endring og modning. Den lave alderen ble derfor ansett som et tungt argument mot å idømme forvaring.¹⁸¹

Dette ble også trukket frem i Lund-saken og Sørlandssenteret-saken hvor tiltalte var 15 år og seks måneder og 15 år og syv måneder på handlingstidspunktet.¹⁸² I begge sakene var særlige trekk ved lovbrøyteren som påvirkes av alderen trukket inn som avgjørende momenter for å ikke idømme forvaring. Det ble blant annet lagt vekt på deres mulighet for modning og utviklingspotensialet.¹⁸³ I Sørlandssenteret-saken ble det uttalt at «[h]ennes unge alder tilsier at hun har større mulighet for endring enn voksne», noe som tilsa at fengsel var tilstrekkelig for å verne samfunnet.¹⁸⁴ Jeg kommer tilbake til barnets mulighet for modning og utvikling i punkt 4.2.4. I disse sakene kan det altså virke som om alderen har fått en aktiv rolle som begrunnelse for ikke å idømme forvaring.

I Vulkan-saken viste førstvoterende til Vollen-saken og påpekte at domfelte i den saken var 15 år på handlingstidspunktet og at hun ennå ikke var fylt 18 år på domstidspunktet. Det ble så vist til at i Vulkan-saken var tiltalte over 17 år på handlingstidspunktet, og nesten 19 år på domstidspunktet. Høyesterett uttalte at:

¹⁷⁹ Se punk 2.3.1

¹⁸⁰ HR-2017-290-A (76).

¹⁸¹ Samme sted (77) og (80).

¹⁸² LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

¹⁸³ Samme sted.

¹⁸⁴ LA-2018-112662.

«[s]lik sett er det altså i saken her ikke et *barn* som i tilfelle idømmes forvaring. Selv om særvilkåret kommer til anvendelse fordi A på gjerningstiden var 17 år og tre måneder, får de hensyn vilkåret hviler på etter mitt syn noe mindre vekt når lovbryteren på domstidspunktet godt og vel har passert 18-årsdagen».¹⁸⁵

Dermed ble hensynet vilkåret «helt ekstraordinære omstendigheter» hviler på tillagt mindre vekt ved vurderingen av om det kunne idømmes forvaring.¹⁸⁶ Høyesterett gav imidlertid aldersmomentet betydning i utmålingen av den alternative fengselsstraffen, slik at denne ble satt ned fra syv år og seks måneder til fire år.¹⁸⁷ Dette førte til at fengselsstraffen ble ansett for kort til å kunne verne samfunnet og forvaring ble idømt.

Høyesteretts bruk av aldersmomentet i Vulkan-saken kan syntes å stride mot slik aldersmomentet og hensynet til barnets beste var ment å bli brukt.¹⁸⁸ En slik bruk av aldersmomentet kan også føre til at det idømmes strengere straffer i saker som blir anket videre enn saker som avgjøres i første instans.¹⁸⁹

På tross av at bruken av momentet i Vulkan-saken er kritikkverdig, har den blitt fulgt opp i LB-2020-34882. Tiltalte var i LB-2020-34882 16 år og fire måneder på handlingstidspunktet, og 21 år på domstidspunktet. Lagmannsretten viste, på bakgrunn av alderen, til Vulkan-saken og at hensynene som begrunner særvilkåret om at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter også i denne saken ble mindre fremtredende.

Det er også i Vinstra-saken og Varhaug-saken lagt vekt på at høyere alder normalt gir økt forståelse for handlingens alvor og konsekvenser, slik at aldersmomentet får mindre vekt.¹⁹⁰

Det kan dermed virke som senere rettspraksis har lagt seg på en uheldig linje når det gjelder bruken av hensynet til barnets beste og vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ved idømmelse av forvaring av eldre barn. Det er riktig at økt alder betyr økt forståelse. Det er likevel viktig å trekke inn at barn av samme alder kan ha ulikt nivå av modenhet, slik som vist

¹⁸⁵ HR-2019-832-A (82).

¹⁸⁶ Samme sted.

¹⁸⁷ Se punkt 4.2.1.

¹⁸⁸ Se punkt 2.3.1, 3.2.3 og 3.2.4.

¹⁸⁹ Se punkt 2.3.1.

¹⁹⁰ LE-2019-122942 og LG-2019-105200.

i Lund-saken og Sørlandssenteret-saken.¹⁹¹ Dette gjør at det kreves en individuell vurdering av det aktuelle barnet, noe som ikke er gjort i tilstrekkelig grad i de sakene hvor eldre barn er lovbrøyer. Dette kan være svært uheldig ettersom hensynet til barnets beste får mindre vekt i saker hvor lovbrøyer er eldre, noe som kan føre til at eldre barn dømmes strengere enn om hensynet fikk tilstrekkelig vekt. Det er også viktig å trekke inn at vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» og hensynet til barnets beste skal omfatte alle barn som på handlingstidspunktet var mellom 15 og 18 år. Når retten da på grunn av økt alder legger mindre vekt på eller også går så langt som til å se bort ifra vilkåret og hensynene bak dette kan dette føre til uheldige utfall.

Som påpekt tidligere er det også viktig at ikke en lang behandlingstid i retten fører til urettferdig behandling og at barnet mister rettigheter det ville hatt om det ble avsagt endelig dom i første instans.¹⁹² I den anledning er det viktig at det er gitt en klar linje fra Barnekomiteen om at det er alderen på handlingstidspunktet som er det avgjørende, ikke alder på domstidspunktet.¹⁹³

4.2.4 Barnets mulighet for utvikling og modning.

Som jeg har nevnt tidligere har barn større mulighet for utvikling og modning enn voksne.¹⁹⁴ Ivaretagelse av denne muligheten vil være i tråd med hensynet til barnets beste, og momentet skal derfor trekkes inn i vurderingen av om forvaring kan idømmes.

I Vollen-saken ble det lagt til grunn at vurderingen av tilbakefallsfaren generelt vil være mer usikker jo yngre barnet er.¹⁹⁵ Det ble likevel funnet at det var tilstrekkelig grunnlag til å vurdere tilbakefallsfaren. Det ble særlig lagt vekt på rettspsykiaters vurdering hvor det ble funnet grunnlag for å stille diagnosen personlighetsforstyrrelse.¹⁹⁶ Videre ble det påpekt at det var vanskelig å se for seg noen vesentlig forandring av jentas psykiske struktur uten at hun selv var motivert for endring, noe hun ikke var.¹⁹⁷ Dette understreket behovet for langvarig behandling og gav dårlige prognoser for fremtidig utvikling. Høyesterett gikk så langt som til

¹⁹¹ LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

¹⁹² Se punkt 2.3.1.

¹⁹³ General Comment No. 24 (2019) avsnitt 20 og drøftelsen i punkt 2.3.1.

¹⁹⁴ Se punkt 2.3.2 og 3.2.4.

¹⁹⁵ HR-2017-290-A (78).

¹⁹⁶ Samme sted.

¹⁹⁷ Samme sted (60).

å si at «det vil være en ekstremt krevende oppgave å få til bedring, og at det uansett er grunn til å tro at det vil ta meget lang tid».¹⁹⁸ På tross av dette ble det lagt til grunn at utgangspunktet var at tiltalte hadde mulighet til endring og modning.¹⁹⁹ Dette kan dermed anses å være i tråd med hensynet til barnets beste.

Også i Vinstra-saken og LB-2020-34882 ble det lagt til grunn at det var behov for svært langvarig behandling og at prognosene for bedring var dårlige.²⁰⁰ I Vinstra-saken ble det blant annet uttalt at «vedvarende interesse[...] for vold, sammenholdt med tiltaltes mangler på det emosjonelle plan, isolering og behov for langvarig behandling, gjør at det etter lagmannsrettens vurdering foreligger «nærliggende fare» for at han vil begå nye alvorlige voldshandlinger».²⁰¹ Det ble også i LB-2020-34882 lagt til grunn at «tiltaltes prognoser [er] svært dårlige» og at han ikke hadde klart å benytte seg av et «relativt omfattende behandlingsopplegg» som han hadde vært gjennom. Det ble derfor ansett som lite sannsynlig at han ville klare å benytte seg av behandlingen i fremtiden. Lagmannsretten trakk også i LB-2020-34882 frem at de rettsoppnevnte hadde vurdert det som «en ekstremt krevende, om ikke umulig oppgave, å få til en endring hos tiltalte». Dette var med på å begrunne idømmelsen av forvaring i de to sakene. Til forskjell fra i Vollen-saken ble det dermed ikke tatt et uttrykkelig utgangspunkt i at det skulle legges til grunn en mulighet for endring og modning, på tross av behov for langvarig behandling og dårlige prognoser.

I Lund-saken og Sørlandssenteret-saken var det trolig dette momentet som gjorde at forvaring ikke ble idømt.²⁰² I Lund-saken ble det lagt til grunn at tiltalte fremsto som «normalt begavet» og ellers normal, foruten to perioder med depresjon, og at han hadde sterke «beskyttelsesfaktorer».²⁰³ Det kunne derfor ikke ses bort fra mulighet for fortsatt modning og utvikling. Lagmannsrettens konklusjon avvek fra tingrettens. Tingretten la til grunn at fordi han fremstod som normal og hadde beskyttelsesfaktorer uten at dette hindret et så alvorlig lovbrudd, tilsa dette gjentakelsesfare.²⁰⁴ Det er imidlertid vanskelig å se at det er slik momentet skal brukes. Dersom tingrettens rettsanvendelse ble videreført ville dette i ytterste

¹⁹⁸ Samme sted (69).

¹⁹⁹ Samme sted (77).

²⁰⁰ LE-2019-122942.

²⁰¹ Samme sted.

²⁰² LA-2017-112563 og LA-2018-112662.

²⁰³ LA-2017-112563.

²⁰⁴ TKISA-2017-78612.

konsekvens kunne åpne for at det anses å være gjentakelsesfare i alle saker.²⁰⁵

Det ble også i Lund-saken pekt på at gutten hadde fullført ungdomsskolen og startet på videregående, og at han ville kunne bruke den lange straffen til noe konstruktivt.²⁰⁶ Dette talte også for at gutten hadde stor evne til utvikling og at det ikke skulle idømmes forvaring.

I Sørlandssenteret-saken ble det uttalt at jenta lå etter og hadde stagnert i viktig utvikling.²⁰⁷ De sakkyndige påpekt også at den positive utviklingen gikk sakte i forhold til den oppfølgingen hun fikk i fengselet. Det ble derfor lagt til grunn at det var nærliggende fare for gjentakelse. Lagmannsretten la imidlertid stor vekt på at det er vanskelig å vurdere gjentakelsesfaren så langt fram i tid, og da særlig for et barn som fortsatt er i en utviklingsprosess. Lagmannsretten tok dermed det samme utgangspunktet som i Vollen-saken, om en mulighet til endring og modning, noe som syntes å være bedre i tråd med utgangspunktet lovgiver har satt for vurderingen i forarbeidene og med hensynet til barnets beste.²⁰⁸

Muligheten for barnet til modning og utvikling er altså nevnt i flere av dommene, men momentet har fått svært varierende vekt. Det kan virke som om det kun er i de dommene forvaring ikke ble idømt at momentet faktisk har fått noen særlig betydning, selv om det også i Vollen-saken ble tatt utgangspunkt i jentas mulighet til endring og modning.

Det er som vist i punkt 2.3.2 og 4.2.2 lagt til grunn i forarbeidene at forvaring er belastende og at en stempeling av barnet som farlig kan gjøre det vanskelig å motivere til endring.²⁰⁹ Disse forarbeidene er vist til i blant annet Vollen-saken, Lund-saken, LB-2020-34882 og Varhaug-saken.²¹⁰ Det legges imidlertid i sakene ingen vekt på i hvilken grad en forvaringsdom kan være med på å stagnere den positive utvikling hos barnet.²¹¹ Ettersom sikring av en positiv utvikling er en del av hensynet til barnets beste burde dette dermed få en større plass som moment ved vurderingen av om forvaring kan idømmes.

²⁰⁵ Fornes (2018) side 427.

²⁰⁶ LA-2017-112563.

²⁰⁷ LA-2018-112662.

²⁰⁸ HR-2017-290-A (77) og Prop.135 L (2010-2011) punkt 9.7.4. Se oppgavens punkt 2.3.2 og 3.2.4.

²⁰⁹ Prop.135 L (2010-2011) punkt 9.7.4.

²¹⁰ HR-2017-290-A, LA-2017-112563 og LG-2019-105200.

²¹¹ Fornes (2021) side 361 med videre henvisning til bokens 3.4.3 og 3.4.2.

4.2.5 Tettere oppfølging og behandling ved forvaringsdom

En tettere oppfølging og større fokus på behandling og rehabilitering vil kunne gi et positivt bidrag til barnets utvikling, og vil derfor være i tråd med hensynet til barnets beste.

I Vollen-saken viste Høyesterett til at forvaring er ment å ha et sterkere innslag av behandling og rehabilitering enn vanlig fengselsstraff.²¹² Høyesterett kom imidlertid til at det ikke kunne legges til grunn at det ville være særlig forskjell i soningsforholdene i praksis.²¹³ Det ble påpekt at forskjellen heller lå i at forvaringsstraffen er tidsbestemt og at hun dermed kunne holdes ut over lengstetiden dersom vilkårene fortsatt var oppfylt.²¹⁴ Det ble også vist til at selv om det kunne være negativt for jenta å bli løslatt dersom hun utgjorde en kvalifisert fare for omgivelsene, måtte det anses mer belastende å bli idømt forvaring enn ubetinget fengsel.²¹⁵

Lagmannsretten tok i Sørlandssenteret-saken samme utgangspunkt om behandling og rehabilitering som i Vollen-saken, og tilføyde at «[b]ehandling vil etter lagmannsrettens mening være til tiltaltes beste, og kan dermed tale for forvaring, jf. Grunnloven § 104 andre ledd, og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1».²¹⁶ Hensynet til barnets beste ble dermed uttrykkelig trukket inn i vurderingen. Lagmannsretten kom imidlertid i likhet med i Vollen-saken til at det ikke kom frem opplysninger som gav grunnlag for å anta at det ble særlig forskjell i soningsforholdene, derfor var det ikke grunnlag for at forvaring ville være bedre enn tidsbestemt fengsel. I Varhaug-saken uttalte lagmannsretten, med bakgrunn i tettere oppfølging, at selv om «en dom på forvaring slik sett kan være et gode kan [dette] likevel ikke være avgjørende. Lovens strenge vilkår må være oppfylt».²¹⁷

Det er klart at økt oppfølging vil være en fordel for tiltalte, og at behandling er til barnets beste. Jeg mener likevel det går for langt å vise til forvaring som et gode for barnet på grunn av at det skal være tettere oppfølging og større fokus på behandling. Dette særlig med tanke på at det i praksis ikke er noen vesentlig forskjell i oppfølgingen som gis i forhold til ved vanlig fengselsstraff. Jeg mener derfor retten har kommet til riktig konklusjon ved å si at dette ikke kan ha noen særlig vekt i vurderingen av om forvaring kan idømmes overfor barn.

²¹² HR-2017-290-A (74).

²¹³ Samme sted.

²¹⁴ Samme sted.

²¹⁵ Samme sted (75).

²¹⁶ LA-2018-112662.

²¹⁷ LG-2019-105200.

Jeg vil også trekke inn at et langvarig behov for behandling ikke burde kunne tillegges sterk vekt som et moment for forvaring. Som vist i punktet over er det svært usikkert hvordan et barn vil utvikle seg, og når en dom på forvaring kan være med å stagnere en slik utvikling taler dette i stor grad mot å bruke dette som et argument for forvaring.

4.2.6 Hensynet til andre barn

Fokuset så langt har vært på at tiltalte er et barn og dermed har et krav om at hensynet til barnets beste skal tillegges vekt i avgjørelsen. I flere av sakene er imidlertid også offeret et barn. Spørsmålet blir da om også hensynet til andre barns beste må vektlegges.

Som jeg har vist tidligere har alle barn krav på at hensynet til deres beste skal tillegges vekt i avgjørelser som indirekte eller direkte berøre dem.²¹⁸ Dette kan dermed tale for at hensynet til offeret, og andre mulige fremtidige ofre som er barn, skal tillegges vekt i dommen.

Retten gikk i Varhaug-saken langt i å tillegge hensynet til andre barn vekt.²¹⁹ Det ble påpekt at «[n]år samfunnet har mulighet til å hindre fremtidige drap og seksuelle overgrep mot barn, bør dette veie tyngre enn ubehaget for tiltalte i at straffen blant annet i form av behandling *ved behov* forlenges».²²⁰ Det er imidlertid viktig å påpeke at den fornærmede var fire år yngre enn tiltalte, de var dermed jevnaldrende. Et skjerpene moment i vurderingen var at offeret var under seksuell lavalder. Lovbryteren hadde også foretatt søk etter «children blowjob», «kids give blowjob», «teenagers blowjob» og på «child porn sites».²²¹ Dette kan tale for at det har dannet seg et mønster med seksuell interesse for barn. I og med at lovbrøyer selv var et barn er det imidlertid vanskelig å si om dette er en tendens som vil følge ham inn i voksenalder og om det er fare for at barn i fremtiden vil stå i fare.

Også i Vinstra-saken ble det pekt på at det er ekstra alvorlig når et barn blir drept.²²² Det må her trekkes inn at tiltalte og offer var like gamle, 16 år. Det var helle ikke noe i denne saken som tilsa at det var den unge alderen til offeret som var motivasjonen og at barn etter endt

²¹⁸ Se punkt 3.2.2.

²¹⁹ LG-2019-105200.

²²⁰ Samme sted.

²²¹ samme sted.

²²² LE-2019-122942.

soning ville stå i fare.

Ettersom tiltalte selv er barn i de aktuelle sakene er det vanskelig å komme med en klar konklusjon på om hensynet til andre barn skal kunne tillegges stor vekt. Det må etter min mening anses som mer aktuelt å tillegge hensynet til barn som offer vekt hvor voksne forgriper seg på barn, eller dersom aldersforskjellen mellom lovbryster og offer var større, enn hvor barna er jevnaldrende.

4.2.7 Benytter retten seg av hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad?

Det kan ut fra analysen virke som retten i liten grad benytter hensynet til barnets beste ved vurderingen av om barn kan idømmes forvaring.

Retten tar som vist riktig utgangspunkt ved at hensynet til barnets beste og barnets alder legges til grunn ved fastleggelsen av den alternative fengselsstraffen. Det er imidlertid kun i Vollen-saken retten nevner hensynet til barnets beste uttrykkelig i samhold med vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter». Som vist trekker enkelte av sakene inn uttalelsene i forarbeidene, men også disse er gitt svært begrenset plass i drøftelsen, og brukes ikke til stort annet enn å vise til at terskelen for å idømme forvaring av barn er hevet. Dette er dermed ikke i tråd med at hensynet skal være et utgangspunkt for vurderingen som foretas.

Retten har trukket inn enkelte momenter, i form av barnets alder, muligheten for utvikling og modning og tettere oppfølging og behandling, ved vurderingen av om forvaring kan idømmes. Disse inngår som sagt i hensynet til barnets beste, selv om dette ikke uttrykkelig sies i sakene. Momentene får imidlertid svært begrenset vekt i vurderingene til retten. Det kan også virke som enkelte av disse, i de sakene hvor barnet idømmes til forvaring, i stor grad benyttes for å begrunne hvorfor det foreligger ekstraordinære omstendigheter og ikke som underbyggelse av hva som vil være barnets beste. Selv om det da uttales at forvaring vil være belastende for barnet, og terskelen skal ligge høyt, virker det som det gjennomgående i dommene er et samfunnsrettet perspektiv og ikke et perspektiv rettet mot barnet selv.

I de to dommene hvor det ikke ble idømt forvaring kan det virke som om momentene i hensynet til barnets beste i større grad fikk den vekten som kreves. Det kan likevel fremstå som at begrunnelsen for at forvaring ikke ble idømt var at ikke alle de alminnelige vilkårene

var oppfylt. Uansett vil det kunne sies at vurderingen hadde et innslag av hensynet til barnets beste og at dette var en del av begrunnelsen for at forvaring ikke ble idømt.

Det er heller ikke i avgjørelsens begrunnelse foretatt en samlet vurdering hvor det redegjøres uttrykkelig for alle forhold ved barnet som er ansett relevante for vurderingen av dets interesser og hvorfor disse ikke var sterke nok til å begrunne en annen straff enn forvaring.

Samlet sett kan det derfor virke som at retten ikke oppfyller de forpliktelser og forventninger som er satt av lovgiver, Barnekomiteen og også Høyesterett om hvilken vekt hensynet til barnets beste skal tillegges ved vurderingen av om det kan idømmes forvaring.

5 Avslutning

Det er ut fra analysen foretatt i oppgaven klart at hensynet til barnets beste skal ha stor vekt ved idømmelsen av forvaring av barn. Dette kommer først og fremst til uttrykk ved at lovgiver har foretatt en avveining av hensynet da vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble fastsatt i loven.²²³

Selv om lovgiver har foretatt en slik avveining er det ikke tilstrekkelig for retten å vise til denne ved vurderingen av om forvaring kan idømmes, ettersom avveiningene til lovgiver kun danner et utgangspunkt. Retten må også vurdere hensynet til barnets beste konkret i den enkelte sak. Hensynet skal dermed trekkes inn i hele vurderingen, og begrunnelsen skal redegjøre uttrykkelig for alle forhold ved barnet som er ansett relevant.²²⁴ Ved idømmelse av forvaring må begrunnelsen også forklare hvorfor hensynet til barnets beste ikke kunne veie opp for de andre hensynene som forelå i saken. Hensynet til barnets beste skal dermed også synliggjøres i avgjørelsen.

Det har de senere år blitt avsagt flere dommer hvor lovbrøyer var et barn på handlingstidspunktet. Som jeg har vist i kapittelet over blir imidlertid ikke hensynet til barnets beste vektlagt i tilstrekkelig grad ved idømmelse av forvaring. Ettersom forvaring er en svært belastende og omdiskutert straff, særlig for barn som er i en sårbar fase av livet, mener jeg det er viktig at bruken av hensynet til barnets beste skjer i samsvar med de retningslinjer og forventninger satt av lovgiver, Barnekomiteen og Høyesterett. Det er derfor viktig at retten i fremtidig praksis foretar en mer inngående vurdering av hensynet ved idømmelse av forvaring.

²²³ Se punkt 2.3.2.

²²⁴ Se punkt 3.2.3 og 3.2.4.

6 Litteraturliste

6.1 Lover og konvensjoner

Grunnloven	Lov av 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
Straffeloven 1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (opphevet)
Menneskerettsloven	Lov av 21. mai 1999 nr. 30, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)
Straffeloven 2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28, Lov om straff.
Barnekonvensjonen	Konvensjon 20 november 1989, Convention on the Rights of the Child (ratifisert av Norge 8. januar 1991)

6.2 Rettspraksis

Rt. 2002 s. 1677	Rt. 2015 s. 1388
Rt. 2006 s. 641	HR-2016-1803-A
Rt. 2007 s. 183	HR-2017-290-A (Vollen-saken)
Rt. 2007 s. 791	TKISA-2017-78612 (Lund-saken)
Rt. 2007 s. 1056	LA-2017-112563 (Lund-saken)
Rt. 2009 s. 1261	LA-2018-112662 (Sørlandssenteret-saken)
Rt. 2010 s. 1313	HR-2019-832-A (Vulkan-saken)
Rt. 2012 s. 1985	LG-2019-105200 (Varhaug-saken)
Rt. 2015 s. 93	LE-2019-122942 (Vinstra-saken)
Rt. 2015 s. 155	LB-2020-34882

6.3 Forarbeider

NOU 1990:5	NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Straffelovkommisjonens delutredning IV
NOU 2002:4	NOU 2002:4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2008:15	NOU 2008:15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll
Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)	Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
Prop.135 L (2010-2011)	Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)
Dok.nr.16 (2011-2012)	Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst.186 S (2013-2014)	Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

6.4 Utenlandske og internasjonale kilder

General Comment No. 14 (2013)	General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests as a primary consideration (art. 3, para 1.)
General Comment No. 24 (2019)	General comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system

6.5 Juridisk litteratur

Bøker

- Andenæs (2016) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget (Oslo 2016).
- Fornes (2018) Fornes, Ingun, *Straff av barn. Frihetsstraffene og alternativene*, Gyldendal 2018.
- Fornes (2021) Fornes, Ingun, *Straff av barn. Frihetsstraffene og alternativene*, Gyldendal 2021.
- Gröning mfl. (2019) Gröning, Linda; Jacobsen, Jørn R. T.; Husabø, Erling Johannes, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave., Fagbokforlaget (Bergen 2019).
- Gröning og Sætre (2019) Gröning, Linda og Svrljuga Sætre, Hilde, «Criminal Justice and Detention», i *Children's Rights in Norway*, Langford, Malcolm; Skivenes, Marit; Søvig, Karl Harald (red.), Universitetsforlaget (Oslo 2019), s. 167-201.
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven. Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff. Alminnelige bestemmelser. Kommentartutgave* Universitetsforlaget (Oslo 2015).
- Ostendorf og Drenkhahn (2020) Ostendorf, Heribert; Drenkhahn, Kirstin, *Jugendstrafrecht*, 10. utg., NOMOS (Baden-Baden 2020).

Artikler

- Aasen (2015) Aasen, Henriette Sinding, «Grunnloven § 104 og barnets beste: Høyesterett viser vei», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2015, nr. 13 (3) s. 197-201.
- Bårdsen (2015a) Bårdsen, Arnfinn: Children`s Rights in Norwegian Courts, *Høyesteretts nettsider 2015 nr. 3* (HOY-2015-3).

- Bårdsen (2015b) Bårdsen, Arnfinn: De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett, *Høyesteretts nettsider 2015 nr. 6* (HOY-2015-6).
- Bårdsen (2016) Bårdsen, Arnfinn: «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei*, Bergby, Gunnar; Matningsdal, Magnus; Skoghøy, Jens Edvin A.; Øie, Toril M. (red.), Universitetsforlaget (Oslo 2016), s. 243-268.
- Drake (2019) Drake, Kristine Breistein, «Forvaring av barn», *Tidsskrift for strafferett*, 2019, nr. 19 (3) s. 288-312.
- 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.*, Schütz, Sigrid Eskeland; Aarli, Ragna; Aasen, Henriette Sinding (red.), Gyldendal Akademisk (Oslo 2020), s. 274-283.
- Holmboe (2020) Holmboe, Morten, «Forvaring av unge lov brytere – et ubehagelig aktuelt tema», *Tidsskrift for strafferett*, 2020, nr. 20 (3) s. 227-252.
- Matningsdal (2020) Matningsdal, Magnus, «Strafferettslige reaksjoner mot barn – historisk utvikling og dagens rettstilstand», i *Likestilling, barn og velferd. Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen.*, Schütz, Sigrid Eskeland; Aarli, Ragna; Aasen, Henriette Sinding (red.), Gyldendal Akademisk (Oslo 2020), side 284-300.
- Strandbakken (2004) Strandbakken, Asbjørn, «Grunnloven § 96», *Jussens Venner*, 2004, nr. 39 (3-4) s. 166-215.
- Ulfstein (2016) Ulfstein, Geir, «Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis», *Lov og Rett*, 2016, nr. 55 (7) s. 395-404.

Zermatten (2010)

Zermatten, Jean, «The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function», *The International Journal of Children`s Rights*, 2010 nr. 18 (4) s. 483-499.

6.6 Internett

UNICEF, «Four principles of the Convention on the Rights of the Child», *UNICEF 24. Juni 2019*, <https://www.unicef.org/armenia/en/stories/four-principles-convention-rights-child> (sjekket 15. november 2021)

CRIN, «What are the general principles of the Convention on the Rights of the Child? Why are they important?», <https://archive.crin.org/en/home/rights/themes/general-principles.html> (Sjekket 15. November 2021).