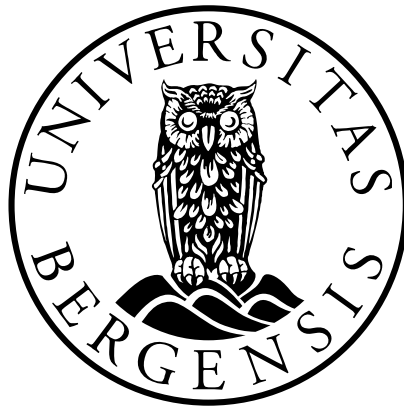


Bruk av forvaringsstraff mot barn

*En fremstilling av adgangen til å dømme
personer under 18 til forvaring etter straffeloven
§ 40*

Kandidatnummer: 51

Antall ord:
14 430



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 Metode og rettskilder.....	4
1.3 Fremstillingen videre.....	6
2 Straff av barn	8
2.1 Historie	8
2.2 Frihetsberøvelse og hensynene bak den	9
3 Forvaringsinstituttet.....	12
3.1 Hva er forvaring?.....	12
3.2 Formålet med forvaring.....	12
3.3 Forvaring ved alvorlige lovbrudd.....	13
3.3.1 Straffeloven § 40	13
3.3.2 Alvorlig lovbrudd	14
3.3.3 Gjentakelsesfare	15
3.3.4 Ikke tilstrekkelig med tidsbestemt straff	20
3.4 Forvaring ved mindre alvorlige lovbrudd.....	21
4 Prinsipielle avveininger ved idømmelse av forvaring for barn.....	24
4.1 Generelt om åpningen	24
4.2 Uenigheter rundt forvaringsbestemmelsens rekkevidde.....	24
4.3 Forvaring sett i sammenheng med annen frihetsberøvelse av barn.....	25
4.4 Overordnet mål: reintegrering	26
4.5 Når må man være «under 18 år»?.....	27
4.6 Forvaring som behandlende og rehabiliterende.....	28
5 Det særlige vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter»	29
5.1 Ordlyd.....	29
5.2 Forarbeider	29
5.3 Relevante momenter for vurderingen av «helt ekstraordinære omstendigheter»	30
5.3.1 Utgangspunktet for vurderingen	30
5.3.2 Barnets beste.....	30
5.3.3 Barnets alder	30
5.3.4 Lovbruddet.....	31
5.3.5 Handlingsmønster før og etter lovbruddet	31
5.3.6 Diagnostisering og behandlingsmuligheter	32

5.3.7	Paralleller mellom Vollen-saken og Dobbeltdrapssaken.....	32
5.4	«[K]an»-skjønnets betydning etter lovendringen	33
6	Barnekonvensjonens skranker for forvaringsbestemmelsen.....	35
6.1	Generelt om barnekonvensjonen	35
6.2	«[B]arnets beste» etter barnekonvensjonen art. 3 og Grunnloven § 104.....	35
6.2.1	Vilkåret om «barnets beste»	35
6.2.2	Er straffeloven § 40 i samsvar med «barnets beste»?.....	38
6.2.3	Er anvendes straffeloven § 40 i samsvar med «barnets beste»?.....	38
6.2.3.1	Utsyn: dansk forvaringsstraff	40
6.3	Forbud mot «livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse» etter barnekonvensjonen art. 37 bokstav a	41
7	Vil Vollen-saken være en døråpner for å kunne dømme barn til forvaring?.....	44
8	Litteraturliste	47
8.1	Lover	47
8.2	Rettspraksis	47
8.3	Forarbeider og andre offentlige publikasjoner	47
8.4	Utenlandske og internasjonale kilder	48
8.5	Juridisk litteratur.....	48
8.6	Internett	50

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

«Hittil har ingen under 18 år blitt dømt til forvaring. Sannsynligheten for at dette vil skje i fremtiden er nokså liten.»

-Wegner, 2015.¹

Bare to år senere avsa Høyesterett den første dommen på forvaring mot barn. Her ble en 15 år gammel jente idømt 9 års forvaring for et forsettlig drap.² Denne masteroppgaven skal ta for seg spørsmålet om når barn kan idømmes forvaringsstraff etter straffeloven § 40.

Utgangspunktet etter bestemmelsen er at barn ikke skal dømmes til forvaring, men det fremgår videre at det ikke er et absolutt forbud og det åpnes opp for forvaring dersom det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Oppgaven vil først og fremst legge til rette for en rettsdogmatisk redegjørelse av innholdet i straffeloven § 40, i tillegg til at åpningen for idømmelse av forvaring skal vurderes opp mot den indre sammenhengen i straffeloven og våre folkerettslige forpliktelser som fremgår av barnekonvensjonen.

Stoltenberg regjeringen satt som mål at ingen barn skal frihetsberøves og sitte i norske fengsler.³ Til tross for dette er det uomtvistet at det finnes ulike åpninger for anvendelse av frihetsberøvelse også overfor barn. Den mest vanlige formen for frihetsberøvelse er fengselsstraff hvor man må sone en bestemt tid. For å kunne idømmes fengsel som barn foreligger det en høy terskel, noe oppgaven kommer nærmere inn på. En mindre vanlig form for frihetsberøvelse er forvaringsstraffen som er tidsubestemt, og dermed må sies å ha en høyere terskel enn fengselsstraff. Dette begrunnes blant annet ut fra tidsubestemtheten som gjør forvaring til en svært inngripende straff. Det er nettopp terskelen for når personer «under 18 år» skal kunne idømmes forvaring denne oppgaven skal redegjøre for. Med regjeringens mål om at ingen barn skal sitte i fengsel må det kunne stilles spørsmål rundt det at man åpner

¹ Wegner (2015) s. 137

² HR-2017-290-A (Vollen-saken)

³ Prop. 135 L (2010-2011) kap 1

for tidsubestemt straff når man ser at det allerede er en høy terskel for idømmelse av tidsbestemt fengsel.

Det har lenge vært spørsmål om forvaringsbestemmelsen skal omfatte barn, og hvorvidt dette er en god regel. Dette var særlig aktuelt ved innføringen av forvaringsbestemmelsen, men er i dag fortsatt like aktuelt ettersom vi nylig har sett at bestemmelsen både er anvendt og omdiskutert. Det er klart at «[b]arn har andre behov enn voksne, og de er mer sårbare. For at de skal utvikle seg både fysisk og mentalt, må forholdene legges til rette for dette».⁴ Barn som er i en sårbar periode i livet trenger, så langt det er mulig, faste rammer og forutsigbarhet. Det er derfor særlig viktig at adgangen til å dømme personer under 18 år til forvaring er tilstrekkelig redegjort for. I ettertid av dommen hvor en 15-åring ble idømt forvaring kan det se ut til at både dommere, forsvarere og allmennheten generelt har blitt mer oppmerksom på at en slik straffereaksjon også kan anvendes overfor barn. Dette så man senest da det ble tatt ut tiltale for en 16-åring som er siktet for et drap og et drapsforsøk. Her har det via media blitt fremmet en rekke spørsmål om hvorfor tiltalen ikke inneholder forvaring.⁵ Som motsvar til dette har det også via media vært uttalt at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for en slik straff i dette tilfellet.⁶ Selv om man fortsatt bare har et tilfelle av forvaringsidømmelse er det viktig å få frem at forvaringsstraff er en meget streng reaksjon og derfor må benyttes med varsomhet særlig overfor barn.

Selv om barn, på lik linje med voksne, kan begå alvorlige lovbrudd er det klart at de ikke skal straffes på lik linje. Som oppgaven kommer nærmere innpå befinner vi oss på et vanskelig område hvor det må fastlegges om hensynet til barnets interesser skal veie tyngre enn hensynet til beskyttelsen av samfunnet, eller motsatt.

1.2 Metode og rettskilder

Rettskildebildet for problemstillingen er relativt snevert, men for å komme nærmere et svar må det tas utgangspunkt i straffeloven § 40 og vilkårene slik de fremgår av denne. Ved tolkningen av vilkårene tas det videre utgangspunkt i ordlyden, samt at bestemmelsen må tolkes i lys av alminnelige rettskilder. Ved tolkningen av § 40 vil særlig den sparsommelige

⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 186

⁵ Fossheim (2018)

⁶ Arntzen (2018)

rettspraksisen som foreligger på området være relevant, men også momenter fra lover av høyere rang, særlig Grunnloven og barnekonvensjonen.

FNs barnekonvensjon blir en viktig del av oppgaven ettersom denne brukes for å tilpasse straffesystemet til barn og unges forutsetninger og behov blant annet ved utmåling av straff.⁷ Denne er inkorporert i norsk rett og går ved motstrid foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Ettersom oppgaven befinner seg på strafferettens område må det presiseres at straffelovgivning gjelder med de «begrensninger som følger av [...] folkeretten».⁸ Det må dermed slås fast hvordan barnekonvensjonen skal tolkes.

Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men følger den på grunnlag av at den i stor grad uttrykker folkerettslig sedvanerett.⁹ Barnekonvensjonen er en «treaty» etter Wien-konvensjonens artikkel 2 bokstav a, og må dermed tolkes i samsvar med denne. I artikkel 31 fremgår det at man skal ta utgangspunkt i traktatbestemmelsens ordlyd, samt se på selve traktatens formål.¹⁰

Videre har Høyesterett anvendt Barnekomiteens General Comments som tolkningsgrunnlag for bestemmelser i barnekonvensjonen.¹¹ Det antas derfor at dette er gjeldende rett.

Ettersom hovedregelen er at personer under 18 år ikke skal dømmes til forvaring befinner vi oss på et område som sjeldent har vært problematisert. Dette gjør at oppgaven i stor grad vil basere seg på vilkårene for forvaring slik de ble vurdert i Høyesterettsdommen fra 2017 (heretter Vollen-saken).¹² Denne dommen vil være et naturlig og viktig utgangspunkt for vurderingen. Med bare en dom hvor høyesterett har uttalt seg om terskelen for idømmelse av forvaring for personer under 18 år er det fortsatt behov for klarlegging av rettsstilstanden. Det finnes også sparsomt med underrettspraksis. Til tross for at denne ikke har tilsvarende vekt vil den brukes for å trekke paralleller og se sammenheng. At det i sakene som er vurdert av underretten har blitt konkludert med at det ikke skal idømmes forvaringsstraff gjør at dommene får enda mindre vekt.¹³

⁷ Stang og Hydle (2015) s.51

⁸ Straffeloven § 2

⁹ Ruud og Ulfstein (2011) s. 81

¹⁰ «ordinary meaning», Wien-konvensjonen artikkel 31 punkt 1

¹¹ Se bla. Rt-2015-93

¹² HR-2017-290-A

¹³ Dobbeldrapssaken i Kristiansand som startet i TKISA-2017-78612 og ble endelig avgjort i LA-2017-112563

1.3 Fremstillingen videre

Oppgavens hovedformål er å se på vilkårene for idømmelse av forvaring når den tiltalte er «under 18 år».¹⁴ Oppgaven avgrenses dermed mot andre spørsmål enn nettopp adgangen til å idømme forvaring. For det videre må det presiseres at «barn» skal forstås på en noe annen måte enn barnekonvensjonens definisjon som regner barn som personer «under 18 år».¹⁵ I denne konteksten avgrenses «barn» ytterligere av den strafferettslige lavalderen.¹⁶ Dersom noe annet ikke er presisert skal «barn» derfor forstås som personer mellom 15 og 18 år.

Oppgavens kapittel 2 tar for seg straff av barn generelt. Det skal særlig vises til hvorfor man har valgt å ha egne bestemmelser for illeggelse av straff for barn. Ettersom oppgaven i hovedsak tar for seg forvaringsstraff som er frihetsberøvende vil det være naturlig å fokusere på fengselsstraff. Videre vil jeg i kapitlene 3 til 6 gå nærmere inn på oppgavens kjerne. I kapittel 3 presenteres forvaringsinstituttet og innholdet i de generelle vilkårene for idømmelse av forvaring. Fokuset her skal være på hvordan vilkårene skal vurderes når det er barn som skal straffes. Det vil så, i oppgavens kapittel 4, være naturlig å gå nærmere inn på begrunnelsen for, og hensyn bak at man har valgt å åpne opp for at barn kan dømmes til forvaring. Her vil det også redegjøres for når tilleggsvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» vil være en del av forvaringsvurderingen.¹⁷ Fra dette vil det være naturlig å gå mer konkret inn på vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» i kapittel 5. Her vil begrunnelsen for forvaringsåpningen være relevant. Selv om vurderinger etter barnekonvensjonen klart nok vil være viktig gjennom hele oppgaven ser jeg det som hensiktsmessig å presentere rettskildebildet slik det er i dag, før den nærmere vurderingen om det samsvarer med barnekonvensjonen tas i kapittel 6.

Som nevnt ovenfor er barnekonvensjonen viktig for norsk lovgivning og praksis, derfor vil kapittel 6 ta for seg spørsmålet om straffeloven § 40 er i samsvar med barnekonvensjonens artikkel 3 og 37 bokstav a, samt om den blir anvendt i samsvar med denne. Avslutningsvis i kapittel 7 stilles det spørsmål rundt terskelen for å anvende forvaring og om denne kan sies å

¹⁴ Straffeloven § 40

¹⁵ Barnekonvensjonen artikkel 1

¹⁶ Straffeloven § 20 bokstav a

¹⁷ Straffeloven § 40 andre punktum

være endret etter Vollen-saken, samt hvordan den først forvaringsdommen har påvirket rettstilstanden.

2 Straff av barn

2.1 Historie

Det har lenge vært tradisjon i norsk straffutmålingspraksis å ta hensyn til lovbruyteres alder.¹⁸ På 80-tallet ble den strafferettslige lavalderen justert fra 14 til 15 år.¹⁹ Dette kan ses på som starten av den senere utviklingen mot at barn skal sitte i fengsel, og da særlig de yngste. Matningsdal peker på at «praksis de senere årene [viser] at lav alder i dag tillegges enda sterkere vekt en før tusenårsskiftet ved straffutmålingen».²⁰ Begrunnelsen for at man har særegne bestemmelser for straff av barn er at de ikke har den samme moralske innsikten og modenhet som voksne.²¹ Målet om at ingen barn skal sitte i fengsel har regjeringen søkt oppnådd blant annet ved å innføre ungdomsstraff. Ungdomsstraff kan derimot ikke brukes ved de mest alvorlige lovbruddene, i noen tilfeller er det åpenbart behov for at også barn frihetsberøves.

Selv om man søker å ikke bruke frihetsstraff, som fengsel, overfor barn er det åpnet opp for at barn kan idømmes den strengeste straffen vi har i Norge, nettopp forvaringsstraffen. Det må videre påpekes at forvaringsstraffen bare skal kunne anvendes i helt spesielle tilfeller. Forvaring vil bare være et alternativ i saker hvor det kan idømmes ubetinget fengsel, det er således ikke slik at forvaring er et alternativ i saker hvor ungdomsstraff eller samfunnsstraff er vurdert å være aktuelt.

Til tross for at det er veldig individuelt om barn er modne nok til å skjønne alvorligheten av handlingene sine og eventuelle konsekvenser, har man en fast aldersgrense for når man må være strafferettslig ansvarlig. Dette gjør at hensynet til forutberegnelighet blir ivarettatt. Det er antatt at barn har en begrenset evne til å utvise strafferettslig skyld sammenlignet med voksne, noe som tilsier at barn skal idømmes mildere straffer.²² Dette begrunnes ut fra at frihetsberøvelse av barn i utgangspunktet vil være mer skadelig enn tilsvarende straff for en voksen. At barn er i en modningsfase kan likevel slå ut begge veier når det gjelder straff. På

¹⁸ NOU 2008: 15 s. 100

¹⁹ Ot.prp. nr. 26 (1986-1987) s. 13

²⁰ Matningsdal (2015) s. 282

²¹ Ot.prp.nr. 26 (1986-1987) s. 9

²² NOU 2008: 15 s. 137

den ene siden kan det være lettere å endre den negative handlingsretningen til barnet jo tidligere man får det «under kontroll». På den andre siden kan frihetsberøvelse av barn som er i en viktig utviklingsfase gi «utilsiktede skadevirkninger», «som for eksempel en nærmere tilknytning til kriminelt belastede miljøer og isolasjon fra de vanlige lærings og sosialiseringarenaer». «[E]t stort antall ungdom under 18 år som har sonet fengselsstraff, begår ny kriminalitet».²³ Med egne ungdomsenheter lempet man noe på dårlige innvirkningen fengsling kan ha på barn, men det er fortsatt en risiko.

2.2 Frihetsberøvelse og hensynene bak den

Det er alvorlige lovbrudd som fører til at barn må dømmes til frihetsberøvelse.²⁴

Eksempelvis vil drap, drapsforsøk og overgrep måtte straffes med frihetsberøvelse. Ved å ha særlige straffebestemmelser når det gjelder barn har den norske strafferetten erkjent at barn ikke kan straffes på lik linje med voksne.²⁵ Hvor man er under 18 år, men over 15 år blir mildere straff begrunnet i alder.²⁶ I Rt-2013-1313 uttalte Høyesterett at når barn skal straffes må det særlig være fokus på barnets rehabilitering, og at barns handlinger generelt er mindre straffverdige enn voksnes.²⁷

Ubetinget fengselsstraff kan etter straffeloven § 33 bare idømmes i tilfeller hvor det er «særlig påkrevd». Ordlyden av «særlig påkrevd» peker på at det foreligger en høy terskel, og i Rt-2012-34 hvor en gutt under 18 år hadde medvirket til et selvmord uttalte Høyesterett at ««hensynet til straffens formål» gjør soning av fengselsstraff nødvendig». Videre ble det pekt på at «[v]år strafferettspleie bygger på at fengselsstraff av en viss lengde er den reaksjonen som klarest uttrykker at samfunnet ikke kan akseptere den aktuelle handlemåte».²⁸ Straffelovens § 33 må dermed forstås slik at når barns handlinger er av en slik grad at bare en fengselsstraff kan fange opp klanderet, skal det idømmes ubetinget fengsel.

I forarbeidene til § 33 fremgår det at man må se på den snevre adgangen til ubetinget fengsel og strafferammen på 15 år som et uttrykk for at domstolene skal være «særlig varsomme med

²³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 12

²⁴ Ot.prp. nr. 26 (1986-1987) s. 10

²⁵ Blant annet straffeloven §§ 33, 43 tredje punktum

²⁶ Rt-2007-791 avsnitt 29

²⁷ Larsen (2016) s. 159

²⁸ Rt-2012-34 avsnitt 26

å idømme langvarig fengselsstraff». ²⁹ Dette samsvarer også med barnekonvensjonens artikkel 37 bokstav b hvor det fremgår at fengsling av barn skal skje som «en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom». Det har tidligere vært vurdert om det vil være for strengt med en maksimumsstraff på 15 år og om vi skulle senke lengden på denne til 8 år, slik den er i Danmark. ³⁰ Da dette ble vurdert kom man frem til at selv om det er en mulighet for at barn kan frihetsberøves i 15 år er ikke dette benyttet ofte. Konklusjonen ble at man fortsatte å åpne opp for straff i 15 år i helt spesielle tilfeller av lovbrudd. ³¹ Terskelen for å kunne idømme en så lang straff er derfor svært høy.

Straff som reaksjon på handlinger i strid med loven begrunnes ut fra prevensjonshensyn. ³² Både allmennpreventive og individualpreventive hensyn er viktige. En straff skal virke avskrekkende for andre i samfunnet og føre til at disse ikke begår lovbrudd. Når man har å gjøre med frihetsberøvelse av barn er det særlig en tanke om at andre barn skal bli avskrekket fra å begå lignende handlinger. På den andre siden er det noe omdiskutert om man skal bruke barn til å statuere eksempler overfor andre, Andenæs mener at det allmennpreventive hensynet ikke nødvendigvis vil være like effektivt overfor barn etter som de ikke vil ha den samme forståelsen for straffetrusselen som en voksen person ville hatt. ³³ Jacobsen påpeker også at det kan være etisk problematisk å bruke barn, som er mer belastet av en straff, til å statuere eksempel overfor andre barn. ³⁴

Høyesterett har videre pekt på at man istedenfor å bruke barn for å statuere eksempel på straff skal ha et større fokus på det enkelte barn og hvordan det skal straffes. ³⁵ I tilfeller av utmåling av straff for barn har høyesterett lagt større vekt på individualpreventive hensyn. ³⁶ Dette hensynet skal virke både uskadeliggjørende, avskrekkende og forbedrende. ³⁷ Det individualpreventive hensynet må «sees i sammenheng med ønsket om å verne samfunnet». ³⁸

Det er hva som tjener barnets interesser som vil være i fokus ved reaksjonsutmålingen, men i tilfeller hvor det foreligger «særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i

²⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 102

³⁰ NOU: 2002: 4 s. 235

³¹ NOU: 2002: 4 s. 235

³² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77

³³ Andenæs (1990) s. 53-54

³⁴ NOU 2008: 15 s. 138, Jacobsen (2003)

³⁵ Rt-2004-804 avsnitt 25

³⁶ Rt-2010-1313

³⁷ NOU 2008: 25 s. 22

³⁸ NOU 2008: 15 s. 22

tilfredsstillende grad ivaretas ved andre reaksjoner»³⁹ kan dette være avgjørende for vurderingen av straff. Straffevurderingen har på denne måten et større fokus på effekten straffen vil ha på barnet.

Ved idømmelse av straff ønsker man først og fremst at barnet skal avstå fra fremtidige lovbrudd. Det er derfor man søker å anvende den reaksjonen som i størst mulig grad tar sikte på å fjerne eller redusere barnets risikofaktor. Man må sørge for at barnet, gjennom straffen, får mulighet til utvikling, slik at det en dag kan komme tilbake til samfunnet.⁴⁰ Det følger også av barnekonvensjonen at barnet har rett på slik utvikling blant annet ved at det stilles krav om å «fremme barnets reintegrering».⁴¹ Viktigheten bak reintegrering gjenspeiles i terskelen for å bli idømt ubetinget fengsel slik den fremgår av straffeloven § 33. Samtidig er det viktig at eventuelle berørte og pårørende føler seg hørt.

Selv om sammenhengen i straffeloven klart peker i retning av at man i færrest mulig tilfeller skal kunne dømme barn til frihetsberøvende straff har lovgiver åpnet opp for at barn kan dømmes til forvaring, som i verste fall kan føre til frihetsberøvelse på livstid.

³⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 100

⁴⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 101

⁴¹ Barnekonvensjonen artikkel 40

3 Forvaringsinstituttet

3.1 Hva er forvaring?

Selv om forvaring er en tidsbestemt straff er den knyttet til visse rammer. I utgangspunktet dømmes man til forvaring i et bestemt antall år, som kan forlenges med jevne mellomrom, slik at man i verste fall kan risikere å være under forvaring resten av livet.⁴² En forvaringsstraff er derfor mindre forutberegnelig enn en fengselsstraff hvor man har en bestemt tid man skal sone. I Norge, hvor vi verken har dødsstraff eller livstidsstraff, blir forvaring sett på som vår strengeste straff. I motsetning til andre straffereaksjoner begrunnes ikke forvaringsstraff bare ut fra det lovbruddet som er begått. For vurderingen av forvaring vil også tidligere handlinger og personlige forutsetninger være viktige momenter. Idømmelse av forvaringsstraff tilsier at den dømte er til fare for samfunnet, og denne faren er så stor at det ikke med sikkerhet kan sies at samfunnet blir tilstrekkelig beskyttet av en tidsbestemt straff. Forvaringsstraff brukes i betraktelig mindre grad enn vanlig fengselsstraff.⁴³

Uten at oppgaven skal gå inn på noe annet enn vilkårene for idømmelse av forvaring kan det kort nevnes at forvaringsdømte soner i egne forvaringsanstalter. For barn er det slik at man har egne ungdomsenheter hvor de innsatte både kan sone forvaringsstraffer og fengselsstraffer.

3.2 Formålet med forvaring

Målet med en forvaringsstraff er ikke ene og alene å ha kontroll over flest mulig farlige mennesker, man søker også å behandle og rehabilitere personer slik at de ikke lengre er til fare for samfunnet. Høyesterett har videre eksplisitt uttalt at formålet med forvaringen ikke er «å ramme de mest alvorlige forbrytelser med en særlig streng straff. Forvaring er en særforholdsregel overfor spesielt farlige lovbrøyttere for å beskytte samfunnet mot at de begår nye farlige forbrytelser i fremtiden».⁴⁴

⁴² Straffeloven § 43

⁴³ Statistisk sentralbyrå (2017)

⁴⁴ Rt-2007-1056 avsnitt 110

Det er klart at idømmelse av forvaring understreker at det er begått et eller flere alvorlige lovbrudd, men først og fremst er forvaringsstraffen ment som en sikring mot at «andres liv, helse eller frihet» blir krenket eller står i fare.⁴⁵ Det må derfor foreligge en fare som må elimineres, dersom dette ikke foreligger vil ikke hensynet bak bestemmelsen kunne begrunne en forvaringsstraff. Ettersom det aldri er mulig å si helt sikkert hvorvidt det foreligger en fare må det tas en helhetlig vurdering av både de generelle vilkårene for forvaring, og når det er tale om personer «under 18 år» også det spesielle vilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» som følger av straffeloven § 40.

3.3 Forvaring ved alvorlige lovbrudd

3.3.1 Straffeloven § 40

For at man skal kunne anvende forvaring må straffevilkårene,⁴⁶ som ved alle andre tilfeller av straff, være oppfylte. Det er i prinsippet opp til retten om forvaring skal idømmes eller ikke, retten plikter ikke å dømme folk til forvaring til tross for at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.⁴⁷ Bestemmelsen om forvaring i straffeloven av 2005 medfører ikke noen realitetsendringer sammenlignet med straffeloven av 1902 § 39 bokstav c.⁴⁸ Av bestemmelsen i § 40 første ledd første punktum fremgår det at:

«Når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet, kan forvaring i anstalt under kriminalomsorgen idømmes når lovbrøtteren finnes skyldig i å ha 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.»

Også når man skal se på de generelle vilkårene i første punktum vil det være særlige vurderinger som bare gjør seg gjeldende når det kommer til barn. Det vil derfor i det videre

⁴⁵ Straffeloven § 40

⁴⁶ Straffeloven Kapittel 3. Grunnvilkår for straffansvar (§§14-26)

⁴⁷ Storvik (2013) s. 28

⁴⁸ HR-2017-290-A avsnitt 34, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 275

være naturlig å se på de tre vilkårene, og bruke momenter slik de har blitt vurdert særlig i Vollen-saken, samt underrettsdommer hvor forvaring for barn er vurdert idømt.⁴⁹

3.3.2 Alvorlig lovbrudd

Til tross for at det i straffeloven § 40 første ledd ikke står uttrykkelig at det må være tale om et «alvorlig lovbrudd» slik det sto i straffeloven av 1902 § 39c er det klart at bestemmelsens første ledd er ment å omfatte de tilfellene hvor man har å gjøre med alvorlige lovbrudd. Dette kan begrunnes med Høyesteretts uttalelse om at det ikke skulle være noen realitetsendringer mellom den gamle og den nye bestemmelsen,⁵⁰ samt at bestemmelsens indre sammenheng underbygger dette ved at det i tredje ledd snakkes om «lovbrudd av mindre alvorlig art». Dette må forstås som lovbrudd som var «mindre alvorlig» enn hva som fremgikk av første ledd.

Av forarbeidene går det frem at det ikke kan gis en presis og uttømmende liste over hva som faktisk er alvorlige lovbrudd, dette må følge av «rettsmyndighetenes skjønn og utvikling i rettspraksis».⁵¹ For at lovbruddene skal være omfattet av bestemmelsen om forvaring må også menneskers «liv, helse eller frihet» være truet. Selv om et vinningslovbrudd kan være alvorlig i den forstand at det er tatt store verdier, er det klart at bestemmelsen avgrenser mot slike lovbrudd.

Typiske alvorlige lovbrudd hvor gjerningspersonen har vært over 18 år er drap, drapsforsøk og seksuelle overgrep.⁵² Det kan videre stilles spørsmål rundt hvilke lovbrudd personer under 18 år må ha begått for at vilkåret skal være oppfylt. Fra Vollen-saken kan det se ut til at det klart må sies at et barn som begår et drap har begått et alvorlig lovbrudd. Det kan vanskelig sies at et drap eller et drapsforsøk er mindre alvorlig på grunnlag av at det er et barn som har gjennomført det. Problemet kan derimot oppstå når man har å gjøre med andre lovbrudd som blir sett på som mindre alvorlige enn drap. På den andre siden finnes det ikke noen holdepunkter fra rettspraksis hvor det er uttalt at det er forskjell på terskelen når det kommer til hva som er alvorlige lovbrudd. Dersom det skulle være slik at hvem som har gjennomført lovbruddet ikke kan endre alvorligheten av dette vil barns handlinger fortsatt være

⁴⁹ Rt-2002-1677, LA-2017-112563, TKISA-2017-90977

⁵⁰ HR-2017-290-A avsnitt 34, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 275

⁵¹ NOU 1990: 5 s. 84

⁵² Eks. Rt-2007-183, Rt-2012-114, HR-2018-675-A

tilstrekkelig beskyttet ut fra sammenhengen i loven og den sikkerhetsventilen som foreligger når barn begår lovbrudd. Det vil derfor være mindre problematisk dersom vurderingen av hva som er et alvorlig lovbrudd er uavhengig av hvem som har begått dette.

3.3.3 Gjentakelsesfare

For å kunne idømme forvaring må det være «nærliggende fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd», jf. straffeloven § 40 andre ledd. Dette understreker forvaringsstraffens formål som er å beskytte samfunnet fra trusler om nye alvorlige lovbrudd. Vilkåret om gjentakelsesfare skal vurderes ut fra «situasjonen på domstidspunktet».⁵³ Dette gir særlig mening når man skal vurdere om det er fare for gjentakelse hos barn. Barn kan endre seg mye over kort tid, også i løpet av den perioden de er varetektsfengslet og venter på endelig dom. Endringer i begge retninger kan bli en viktig del av vurderingen. Vurderingen av gjentakelsesfaren er det mest omdiskuterte punktet ved idømmelse av forvaring.⁵⁴ Særlig på grunnlag av at det ikke finnes noen «vitenskapelig metode for en pålitelig identifikasjon av særlig farlige lovbrøytere».⁵⁵ Det er dermed vanskelig å si helt sikkert om det foreligger gjentakelsesfare.

I forarbeidene til bestemmelsen om forvaring ble det uttalt at «på grunn av vilkårene ... om gjentatt alvorlig kriminalitet» som er tatt inn i straffeloven § 40 fjerde ledd, vil forvaring «bare kunne brukes mot unge lovovertrødere i svært sjeldne tilfeller».⁵⁶ Til tross for at det i forarbeidene erkjennes at det er en mulighet for at barn kan dømmes til forvaring, og at det i få tilfeller er aktuelt på grunnlag av gjentakelsesfaren blir det ikke presisert hvordan forvaringsspørsmålet skal vurderes når det er spørsmål om barn kan dømmes til forvaring.

Høyesterett har både i saker hvor gjerningspersonen har vært under 18 år⁵⁷ og rett over 18 år lagt avgjørende vekt på at «bedømmelsen av tilbakefallsfaren [er] mer usikker jo yngre lovbrøytere det er tale om».⁵⁸ Det er ikke tilstrekkelig at det er en mulighet for at barnet som idømmes forvaring kan gjøre flere alvorlige lovbrudd. Faren for at barnet «på nytt vil begå et

⁵³ Rt-2014-495 avsnitt 27

⁵⁴ Johnsen og Storvik (2006) s. 56

⁵⁵ Rt-2002-1677 s. 1681

⁵⁶ NOU 2002: 4 s. 253

⁵⁷ LA-2017-112563, HR-2017-290-A

⁵⁸ Rt-2006-641 avsnitt 12, Rt-2007-791

alvorlig lovbrudd»⁵⁹ må være «reell og kvalifisert».⁶⁰ Oppfyllelse av gjentakelsesfaren har en høy terskel og det skal ikke være vilkårlig hvem som idømmes forvaring.

Farevurderingen skal ta utgangspunkt i den begåtte forbrytelsen.⁶¹ Kravet til faregraden varierer videre etter hvor alvorlig denne forbrytelsen var, og hvor alvorlige handlinger det er fare for i fremtiden.⁶²

Videre skal det «legges vekt på om lovbryteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd».⁶³ «Det beste grunnlag for å forutsi ny alvorlig kriminalitet hos tilregnelige lovbytere har man naturlig nok i de tilfeller hvor lovbyteren har begått en rekke alvorlige forbrytelser.» uttalte Særreaksjonsutvalget i bestemmelsens forarbeider.⁶⁴

Til tross for at man aldri med sikkerhet kan si at det foreligger en gjentakelsesfare er det klart at tidligere begåtte lovbrudd til en viss grad kan peke på at det foreligger en gjentakelsesfare. I mange tilfeller foreligger det ikke tidligere lovbrudd, men dersom det foreligger kan det stilles spørsmål om disse skal være av mindre betydning for barn. Det er også et viktig poeng at det i mange tilfeller ikke vil foreligge noen tidligere lovbrudd hos barn, særlig ikke alvorlige lovbrudd som de tidligere er straffedømte for.

I Vollen-saken hadde gjerningspersonen gjentatte ganger før hun hadde nådd den strafferettslige lavalderen handlet i strid med straffeloven. Det mest alvorlige av disse tilfellene var et drapsforsøk på faren og stemoren hvor hensikten var å drepe de. I forarbeidene til forvaringsbestemmelsen er det uttalt at «Det ikke [er] noe vilkår at lovbyteren er ilagt en *strafferettslig reaksjon* for det tidligere forholdet.»⁶⁵ Høyesterett i Vollen-saken viste til avgjørelsen i Rt-2004-209 hvor det var uttalt at det ikke er noen krav om at «domfelte er ilagt strafferettslig reaksjon for tidligere begått alvorlig forbrytelse» som baserer seg på forarbeidene.⁶⁶ Her fremgikk det at det eneste som kunne kreves i tilfeller hvor personer ikke tidligere var straffedømt for alvorlige lovbrudd var at det forelå tilstrekkelige

⁵⁹ Strl. § 40(2)

⁶⁰ Rt-2002-1677 s. 1681

⁶¹ Storvik (2013) s. 45, Rt.2002-1677 s. 1681

⁶² Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111

⁶³ Straffeloven § 40 fjerde ledd

⁶⁴ NOU 1990: 5 s. 110

⁶⁵ Ot. Prp.nr. 87 (1993-1994) s. 111

⁶⁶ Rt-2004-209 avsnitt 14

bevis for at handlingene faktisk hadde skjedd. Beviskravet er antatt å være tilsvarende strengt som ved en strafferettslig avgjørelse.⁶⁷

Dommen fra 2004 er på den andre siden ikke spesifikt knyttet til vurderingen om handlinger begått når gjerningspersonen ikke var strafferettslig tilregnelig. Her var det spørsmål om handlinger vedkommende tidligere ikke var tiltalt for kunne si noe om gjentakelsesfaren. At Høyesterett ikke går nærmere inn på at faktum i de to sakene er såpass ulikt kan kritiseres. Det er stor forskjell mellom handlinger man har gjort tidligere, som man i utgangspunktet var strafferettslig ansvarlig for, og handlinger foretatt før man anses som strafferettslig tilregnelig.

Dersom man ser tilbake på Vollen-saken ser man at Høyesterett ikke virket å ha noen betenkeligheter med å vektlegge hva den tiltalte gjorde før hun fylte 15 år. Ved første blick kan dette gå imot bestemmelsen om strafferettslig lavalder og at man ikke kan straffes for handlinger begått før fylte 15 år. På den andre siden er det ikke tale om en direkte straff for hva som skjedde før hun fylte 15 år. Slik det kan se ut til med tanke på utformingen av straffeloven og dens strenge krav for å straffe barn vil det fortsatt måtte kunne stilles spørsmål rundt vekten av handlinger begått før man har nådd den strafferettslige lavalderen. Det er noe problematisk at handlinger som ikke kan straffes på grunnlag av alder, i senere tid kan være såpass tungtveiende for en straffeutmåling.

Ved idømmelse av en inngripende straffereaksjon som forvaring stilles det krav om at avgjørelsen «i det minste [må] være forankret i noen objektive konstaterbare kriterier».⁶⁸ I denne saken, og gjerne flere saker hvor man har å gjøre med barn, er det ofte få slike konstaterbare kriterier og handlinger begått før fylte 15 år er et av dem. Dette peker på at man ikke kan utelate disse momentene fra vurderingen om gjentakelsesfare. Men det må kunne stilles spørsmål rundt vekten av dette momentet.

Det er derimot klart at hva man gjorde før man fylte 15 år ikke alltid vil være relevant. Man må, som Høyesterett også spesifiserer,⁶⁹ klart skille mellom det en 40 åring gjorde da han var under 15 år og det en femtenåring gjorde. Et argument som klart peker i motsatt retning er at for en som er 15 år vil ha hatt store endringer personlighetsmessig på 3-4 år. Ser man på den andre siden på en 40-åring vil det vanskelig kunne sies at tilsvarende store endringer har

⁶⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111

⁶⁸ NOU 2002:4 s. 153

⁶⁹ HR-2017-290-A avsnitt 49

skjedd på samme tid. Til tross for at Høyesterett legger stor vekt på modning er det av betydning at drapsforsøket gjerningspersonen hadde begått da hun var 12 år var en del av en rekke ulike lovbrudd som ble begått både før hun fylte 15 år, men også etter drapet. Det fortsettende handlingsmønsteret kan derfor være med på å begrunne at man vektlegger alvorlige handlinger foretatt i lenge før fylte 15 år.

I doktorgradsavhandlingen til Fornes blir det presentert at domfeltes forsvarer, Halvard Helle, prosederte på at man ikke skulle kunne legge vekt på «ellers straffbare handlinger begått før tiltalte passerte den strafferettslige lavalder». ⁷⁰ Til tross for å ha blitt oppmerksom på dette nyanserte ikke Høyesterett sin forståelse av at man kan inkludere handlinger man ikke er straffedømt for i vurderingen. Dette peker på at Høyesterett ikke har noen store betenkeligheter knyttet til at handlinger begått før fylte 15 år skal være en såpass stor del av vurderingen av gjentakelsesfaren.

At man åpner for at forvaringsstraff kan basere seg på hva gjerningspersonen har gjort før vedkommende kan straffes strider mot den strafferettstanken vi har i Norge om når handlinger er skal reageres på med straff. På den andre siden er det viktig å eliminere fare fra samfunnet uansett alderen på vedkommende som kan være til fare.

I tillegg til at tidligere begåtte lovbrudd er en del av vurderingen om gjentakelsesfare, må man også vurdere «lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne», jf. straffeloven § 40 fjerde ledd. Dette momentet er kanskje det som på best mulig måte kan kaste lys over hvilken straff som er passende for personen, med tanke på behov for behandling og muligheten for endring.

Ved vurderingen av lovbryterens «atferd og sosiale og personlige funksjonsevne» skal det foretas en personundersøkelse av den siktede, dette kan skje ved at det blir tatt en rettspsykiatrisk undersøkelse. ⁷¹ Et viktig moment er om det foreligger en diagnose som tilsier at det vil være usikkerheter rundt barnets person og handlinger fremover i tid. Dette kan være vanskelig å vurdere. Det må antas at de fleste barn som velger å gjennomføre alvorlige lovbrudd, slik som forsettlig drap, kan sies å ha en form for diagnose eller personlighetsforstyrrelse. Videre er det ikke diagnosen i seg selv som tilsier at det foreligger en gjentakelsesfare, men muligheten for endring. I Vollen-saken var det usikkerhet rundt

⁷⁰ Fornes (2018) s. 428

⁷¹ NOU 2002:4 s. 482

lovbryterens motivasjon for endring, og dette ble en viktig del av argumentasjonen for gjentakelsesfaren.

Til tross for at man tidligere har vært noe forsiktig med å diagnostisere barn ble det i Høyesterett presisert at det i de siste 10-15 årene har kommet ny forskning som gir belegg for å kunne ta i bruk diagnostisering av barn i en større grad.⁷² I Vollen-saken kom man derfor til at dette, sett i sammenheng med de tidligere handlingene vedkommende hadde begått klart oppfylte kravet til «nærliggende fare» for gjentakelse av alvorlige lovbrudd.

I LA-2017-112563 (heretter Dobbeldrapssaken) hvor en gutt på 15,5 år hadde begått et dobbeltdrap ved knivstikking var det ikke noen holdepunkter for gjentakelsesfare på grunnlag av hans «atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Dette, sammen med at vedkommende aldri hadde gjort slike handlinger tidligere, ble avgjørende for at flertallet konkluderte med at det ikke forelå en gjentakelsesfare. Med dette i bakhodet kan det se ut til at mer dyptgående diagnoser som tilsier at vedkommende kan være farlige i fremtiden er både viktig og i mange tilfeller avgjørende for vurderingen om gjentakelsesfaren og for at man i det hele tatt kan dømmes til forvaring.

Selv om det er et viktig moment at gjentakelsesfaren best kan ses ut fra både atferd og tidligere handlinger er det i forarbeidene presisert at det ikke kan «utelukkes at enkelte tilregnelige lovbrytere allerede etter å ha begått en alvorlig forbrytelse [...] har vist en så farlig atferd» at det bør kunne idømmes forvaring dersom straff ikke kan anses som tilstrekkelig.⁷³ Her må hensynet til samfunnets beskyttelse ses på som så tungtveiende at det går fremst. Ved vurderingen i Dobbeldrapssaken var det ikke noe annet enn de to drapene som hadde tilsagt at gutten var farlig for samfunnet,⁷⁴ domstolen vurderte likevel å se på muligheten for å dømme han til forvaring. Mindretallet i lagmannsretten pekte, som tingretten, på at det heller ikke før det brutale dobbeltdrapet hadde vært noe som tilsa at han ville begå lovbrudd.⁷⁵ De mente at det at han på kort tid var i stand til å begå lovens mest alvorlige lovbrudd to ganger var tilstrekkelig for forvaringsstraff.

Ettersom det går direkte frem av lovtekstens ordlyd hva som skal vurderes for å kunne si at det foreligger en gjentakelsesfare må det antas at terskelen er meget høy for å kunne si at én

⁷² HR-2017-290-A avsnitt 78

⁷³ Ot.prp.nr. 46 (2000-2001) s. 31

⁷⁴ LA-2017-112563

⁷⁵ LA-2017-112563

handling skal være tilstrekkelig for å kunne dømme til forvaring. Slik det kan se ut, fra hvordan domstolen har vurdert gjentakelsesfaren i spørsmålet om barn kan dømmes til forvaring skal det noe mer håndfast til for faktisk å kunne dømme barn til forvaring.

3.3.4 Ikke tilstrekkelig med tidsbestemt straff

Grunnvilkåret for å kunne idømme forvaringsstraff er at «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet».⁷⁶ Ved avgjørelsen av dette må man først og fremst se hvor lang en alternativ fengselsstraff vil være. Terskelen for å kunne dømme barn til fengsel i det hele tatt er relativt høy som vist til i punkt 2.2.

Har det skjedd et alvorlig lovbrudd vil dette i seg selv være med på å begrunne at vilkåret for idømmelse av fengsel er oppfylt. De to andre vilkårene (3.3.2 og 3.3.3) blir essensielle momenter for å se om det er tilstrekkelig beskyttende for samfunnet at vedkommende blir idømt en tidsbestemt straff.

Ved vurderingen av om forvaring er nødvendig er det særlig to omstendigheter som er relevante; for det første lengden på den alternative fengselsstraffen og for det andre om vedkommende tidligere har fått den «korreksjonen som ligger i bruken av fengselsstraff»⁷⁷. Ingen av disse omstendighetene treffer vurderingen av barn på samme måten som de treffer for voksne. For det første er straffenivået for barn i utgangspunktet lavere, og for det andre vil bare et mindretall av barn ha vært fengslet tidligere.

Når man skal vurdere lengden av den alternative fengselsstraffen skal det legges til grunn at det ikke blir aktuelt med prøveløslatelse. Dette hever terskelen for at det ikke skal være tilstrekkelig med fengselsstraff.⁷⁸ Jo høyere alternativ fengselsstraff, jo høyere må det antas at terskelen for å kunne idømme forvaring er. I noen tilfeller har gjerningspersoner blitt idømt en så lav fengselsstraff at løslatelse blir såpass nært i tid at det er et klart behov for forvaringsstraff for å verne samfunnet. I slike tilfeller kan det tenkes at en person har ventet lenge på at straffen skal bli utmålt, og når den først blir det ser man at vedkommende fortsatt er til fare for samfunnet.⁷⁹

⁷⁶ Straffeloven § 40

⁷⁷ Rt-2007-791 avsnitt 32-33

⁷⁸ Rieber-Mohn (2003) s. 36

⁷⁹ Eks. RG-2007-544

Med tanke på momentet om at høyere fengselsstraff øker terskelen for forvaring kan det stilles spørsmål rundt det at barn generelt blir idømt lavere straffer enn voksne. Dersom et barn lettere skal kunne dømmes til forvaring på grunnlag av den alternative fengselsstraffen blir lavere enn den ville ha blitt dersom det var en voksen som hadde begått den straffbare handlingen, vil det stride mot hele bakgrunnen for å ha særlige straffebestemmelser for barn.

På den andre siden er det et viktig moment i denne vurderingen at barn har større mulighet for å endre handlingsmønster enn voksne. Man kan ikke bare se på lengden på straffen uten å se på omstendighetene rundt den. En kortere straff vil antakeligvis ha større effekt på et barn enn den vil ha på en voksen. På denne måten vil vurderingen av fengselsstraffens lengde bli noe annen enn for voksne som ikke kan sies å ha samme forutsetningene for modning.

Den andre omstendigheten som blir en viktig del av vurderingen er om vedkommende tidligere har vært straffedømt, og kan sies å ha fått den «korreksjonen som ligger i bruk av fengselsstraff» tidligere.⁸⁰ Dette kan vise om det eventuelt må mer til enn en vanlig fengselsstraff for at samfunnet skal være tilstrekkelig beskyttet. At de fleste barn ikke tidligere er idømt noen form for straffereaksjon gjør det vanskelig å vurdere om en fengselsstraff er tilstrekkelig. I tilfeller hvor man eksempelvis har en 17 åring som tidligere er idømt en kort straff for en handling vil mangel på endring etter korreksjon underbygge at det kanskje ikke vil være tilstrekkelig å idømme vedkommende en fengselsstraff for lovbruddet. I tilfeller hvor vedkommende ikke er straffet fra før kan det være mulig å se på hvordan vedkommende har oppført seg i varetekt, har man ikke sett tegn til endring kan dette trekkes inn i vurderingen. Ettersom personer i varetekt er i en mer usikker stilling enn en som soner fengselsstraff er det tenkelig at et slikt argument ikke vil ha tilsvarende vekt som en tidligere fengselsstraff

I Vollen-saken tok Høyesterett hensyn til at forvaringsdommen ville være mer belastende, men til tross for dette kunne de ikke konkludere med at fengselsstraff var tilstrekkelig. Oppgaven kommer noe nærmere inn på dette når det skal vurderes hvordan forvaring samsvarer med barnekonvensjonen.

3.4 Forvaring ved mindre alvorlige lovbrudd

⁸⁰ Rt-2007-791 avsnitt 32-33

Forvaring kan også idømmes dersom det foreligger lovbrudd av «mindre alvorlig art», jf. § 40 tredje ledd. Forutsetningen for dette er at vedkommende tidligere har begått eller forsøkt å begå ett eller flere alvorlige lovbrudd. Videre må det være en nær tilknytning mellom de alvorlige lovbruddene og det nye «mindre alvorlig[e]» lovbruddet.

For at det skal kunne idømmes forvaring for slike lovbrudd må det foreligge en fare for tilbakefall, jf. § 40 tredje ledd. Terskelen for forvaring av barn som har begått alvorlige lovbrudd er allerede høy. Når det kommer til gjentakelsesfaren som er en stor del av vurderingen om personer skal idømmes forvaring kreves det «nærliggende fare» for gjentakelse. I bestemmelsen om lovbrudd av «mindre alvorlig art» fremgår det at gjentakelsesfaren må være «særlig nærliggende», jf. § 40 tredje ledd bokstav c. Ordlyden av «særlig nærliggende» peker på at den allerede høye terskelen er ytterligere hevet. Når det allerede skal mye til for å si at gjentakelsesfaren er «nærliggende» vil det være vanskelig å bevise at et barns gjentakelsesfare er «særlig nærliggende».

I tillegg til at terskelen for idømmelse av forvaring er ytterligere hevet i disse tilfellene må straffeloven § 40 tredje ledd antas å være mindre relevant enn tilfeller hvor det foreligger «alvorlig[e] lovbrudd». Særlig med tanke på at svært få barn begår «lovbrudd av alvorlig art» for så å i det hele tatt ha muligheten og tid til å begå et lovbrudd av «mindre alvorlig art» før fylte 18 år. Når det kommer til anvendelse av bestemmelsen for voksne har forholdsvis få blitt idømt forvaring på grunnlag av «mindre alvorlig[e]» lovbrudd, noe som tilsier at dette nødvendigvis ikke ville ha vært et særlig aktuelt problem når det kommer til idømmelse av forvaring for barn.⁸¹

Ettersom det er betenkeligheter rundt det å vektlegge handlinger foretatt før den strafferettslige lavalderen er nådd når man skal se på gjentakelsesfaren for «alvorlige lovbrudd», er det klart at det vil være enda mer betenkelig å legge såpass stor vekt på slike handlinger ved vurderingen av «mindre alvorlige lovbrudd». På den andre siden fremgår det også her klart av forarbeidene at det ikke stilles krav til at «lovbryteren er dømt for det tidligere forholdet».⁸²

Uten at det er vurdert i en domstol vil den høye terskelen for at barn skal kunne dømmes til forvaring når de har begått «alvorlige lovbrudd», slik den ble fremsatt i Vollen-saken, peke i

⁸¹ Johnsen og Storvik (2006) s. 56

⁸² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 443

retning av at man ikke kan anvende bestemmelsens tredje ledd på barn. Det er klart at rettstilstanden ikke er fastsatt. Ettersom bestemmelsen er lite praktisk når det kommer til barn er det vanskelig å si om det noen gang vil bli vurdert.

4 Prinsipielle avveininger ved idømmelse av forvaring for barn

4.1 Generelt om åpningen

Det var lenge diskutert om forvaringsinstituttet også skulle omfatte lovbrøyttere mellom 15 og 18 år. Den første forvaringsbestemmelsen stilte ikke opp et forbud mot forvaring for barn, men lot det være opp til domstolene å vurdere om dette skulle idømmes under «kan»-skjønnet. Senere kom tilleggsvilkåret som lyder slik: «Er siktede under 18 år, kan forvaring ikke idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter».⁸³ Med dette kan det se ut til at den allerede snevre adgangen til å idømme barn forvaring ble enda snevrere.

4.2 Uenigheter rundt forvaringsbestemmelsens rekkevidde

Ved tilblivelsen av den nye straffeloven av 2005 foreslo flertallet i kommisjonen at man skulle ta inn et forbud mot forvaringsstraff for barn. Flertallet i Straffelovkommisjonen argumenterte for at «forutsigelser om framtidig farlighet vil være særlig usikre for de unge på grunn av deres potensial for modning og endring».⁸⁴ Dette forslaget ble ikke fulgt opp.

I 2008 så et utvalg på hvordan straffebestemmelsene sto i samsvar med barnets rettigheter. Det ble her påpekt at ved bruk av forvaring vil belastningen for barnet være så stor at man ikke bør kunne idømme dette. Utvalget mente og at det ikke ville være «hensiktsmessig [å idømme en forvaringsstraff] med tanke på å føre barnet tilbake til samfunnet».⁸⁵ Det ble også vist til Rt-2002-1677, hvor det var vurdert om en dom på sikring skulle omgjøres til en forvaringsdom. Her var gjerningspersonen under 18 år på gjerningstidspunktet og dommen

⁸³ Straffeloven § 40 første ledd andre setning

⁸⁴ NOU 2002: 4 s. 253

⁸⁵ NOU 2008: 15 s. 147

ble forstått slik at lav alder i seg selv ikke var tilstrekkelig for at forvaring ikke skulle idømmes.⁸⁶

Videre, i 2010-2011, pekte departementet på at til tross for at det i sjeldne tilfeller måtte kunne åpnes opp for at det også når man hadde å gjøre med barn kan foreligge «helt ekstraordinære tilfeller hvor forvaring vil være riktig reaksjon».⁸⁷ Til tross for at det å stemple barn i en modningsprosess som farlige kunne virke mot barnets motivasjon for endring, mente departementet at forvaring måtte kunne anvendes der det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».⁸⁸

Det har som vist vært ulike meninger opp gjennom tiden, men det ble konkludert med at man skulle ha en åpning for idømmelse av forvaring. Det er fortsatt usikkerheter rundt hvordan en slik straff kan virke på barn som ikke er tilstrekkelig modnet. Terskelen for forvaring er derfor satt høyt av lovgiver. Det antas å være noe av begrundelsen for at lovgiver har satt en høy terskel.

4.3 Forvaring sett i sammenheng med annen frihetsberøvelse av barn

Selv om fengsel og forvaring er to ulike former for straff,⁸⁹ blir man i begge tilfellene berøvet friheten. En vanlig fengselsstraff kan ikke idømmes for lengre enn 15 år i tilfeller hvor gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet.⁹⁰ Avgjørelsen om at barn ikke skal idømmes fengselsstraff lengre enn 15 år blir begrunnet med at «unge ikke har den samme vurderingsevnen som voksne og at straff vil virke mer belastende på dem».⁹¹ Om frihetsberøvelse på bestemt tid, mer enn 15 år, er belastende må det være klart at en frihetsberøvelse på ubestemt tid vil være enda mer belastende. På den andre siden er det ikke bare hensynet til barnet som er viktig for vurderingen av forvaring.

⁸⁶ NOU 2008: 15 s. 84

⁸⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104

⁸⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104

⁸⁹ Straffeloven § 29 bokstav a og b

⁹⁰ Straffeloven § 33

⁹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 101

Som for fengselsstraffens lengde finnes det også særlige bestemmelser for forvaringsstraffen når siktede er «under 18 år».⁹² Til tross for de fastsatte tidsrammene som er lovbestemt for forvaring er det tidsubestemtheten som gjør forvaringen til en mye hardere straff enn en tidsbestemt frihetsstraff. Særlig det at det er presisert at et barn ikke skal fengsles for mer enn 15 år gjør at denne åpningen strider noe mot sammenhengen i straffeloven.

Da det rundt år 2002 ble foreslått å endre maksimumsstraffen for barn fra 15 til 8 år pekte straffelovkommisjonen på at «[d]e samme hensynene som begrunner begrensningen i fengselsstraffen, tilsier innskrenkninger i adgangen til å anvende en tidsubestemt reaksjon mot unge lovovertridere».⁹³ Flertallet i straffelovkommisjonen mente at man skulle innskrenke både lengden på fengselsstraffen og muligheten for å kunne dømme barn til forvaring. Ingen av disse forslagene ble videreført i loven og sammenhengen mellom de to bestemmelsene slik loven er i dag ble ikke nærmere diskutert.

Det som på den andre siden kan være med på å forklare åpningen for forvaring kan være formålet bak de ulike straffereaksjonene. Formålet med fengsel er at det skal være en straff for lovbruddet som er begått. Alvorligheten av lovbruddet er avgjørende når man skal vurdere hvor klanderverdig dette er, og hvor streng straffen skal være. Forvaring derimot avhenger vel så mye av andre faktorer enn det faktiske lovbruddet.

Det er med dette en forskjell mellom de to typene frihetsstraff som peker på at ulike hensyn må tas. Til tross for at barn kan risikere å være frihetsberøvet i lengre enn 15 år når de dømmes til forvaring er det noen viktige forskjeller som kan være med på å begrunne dette.

4.4 Overordnet mål: reintegrering

Selv om barn har begått alvorlige lovbrudd og skal straffes er det viktig at de behandles med respekt og på en måte som er i samsvar med øvrige menneskeretter. En viktig del av vurderingen av straff for barn er dets «reintegrering».⁹⁴ Dette må anses å være særlig viktig å opprettholde når det er snakk om forvaring ettersom det avgjørende for løslatelse er om barnet

⁹² Straffeloven § 43(1) andre punktum

⁹³ NOU 2002: 4 s. 253

⁹⁴ Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 1

er i stand til å slippe ut igjen i samfunnet, og kan påta seg en «konstruktiv rolle» der, jf. barnekonvensjonen artikkel 40.

Det kan videre stilles spørsmål rundt forvaring, og om den faktisk vil være med på å fremme dette hensynet. Bli man dømt til forvaring betyr dette at man er for farlig for å kunne ferdes fritt i samfunnet, og det er usikkerheter rundt hvor lenge faren vil foreligge. Et slikt farlighetsstempel vil kunne være til hinder for at en lovbrøyer skal kunne innfinne seg med at han eller hun ikke er farlig for resten av livet. Dette gjelder særlig når man allerede som barn blir stemplet som farlig. I det videre løp kan dette føre til at vilkårene for løslatelse blir vanskeligere å oppfylle.

Til tross for at man gjentatte ganger blir minnet på at man er for farlig for samfunnet skal en forvaringsstraff oppfordret til endring. At man sitter inne på ubestemt tid kan være ødeleggende med tanke på motivasjon for å løslates. Den jevnlig vurderingen av løslatelse kan på den andre siden være egnet som motivasjon for endring.

4.5 Når må man være «under 18 år»?

Siktede må være «under 18 år» for at det skal vurderes om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» som tilsier at vedkommende skal idømmes forvaring. Det kan stilles spørsmål rundt hva som menes med dette. I noen tilfeller kan det være slik at den siktede har fylt 18 år på domstidspunktet, mens vedkommende på tidspunktet for gjerningen var under 18 år.

Lovteksten presiserer ikke hvilket av disse tidspunktene vurderingen skal tas ut fra. I den tidligere straffeloven av 1902 var det «på handlingstidspunktet» at vedkommende måtte være «under 18 år» for at man skulle kunne ta i bruk vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter». ⁹⁵ Det kan dermed se ut til at en endring fra «handlingstidspunktet» til «siktede» peker på at det nå skal tas et annet utgangspunkt.

Som tidligere presisert har Høyesterett uttalt at det ikke forelå noen realitetsendringer ved innføringen av den nye straffeloven og dens § 40. Bestemmelsen må derfor fortsatt forstås slik at det er tidspunktet for handlingen som er avgjørende. Det ville ha vært kritikkverdige

⁹⁵ Straffeloven av 1902 § 39c andre ledd

dersom det skulle vært avgjørende hvor gammel personen var når saken ble tatt opp i domstolen.

4.6 Forvaring som behandlende og rehabiliterende

I gjentatte dommer er det uttalt at behandling og rehabilitering er viktige begrunnelser bak forvaringsstraffen.⁹⁶ Samfunnet beskyttes ikke bare ved at samfunnet i en ubestemt tid blir skjermet fra lovbrysteren, men også ved at lovbrysteren gjennomgår behandling slik at han eller hun kan komme tilbake i samfunnet. Et av målene med forvaringsstraffen i seg selv er at personer skal endre seg slik at de ikke lengre er til fare for samfunnet.⁹⁷

For barn som har begått lovbrudd vil rehabilitering og reintegrering være helt sentralt.⁹⁸ I Vollen-saken ble det lagt stor vekt på at vedkommende trengte behandling og kunne få det gjennom en forvaringsdom. At forvaring vanligvis har et større innslag av behandling enn fengsel betyr ikke at alle som trenger behandling skal dømmes til forvaring. Tingretten i Vollen-saken pekte på at «dersom vilkårene i [§40] ikke er oppfylt, kan ikke en forvaringsstraff begrunnes med at slik straff likevel er best for tiltalte».⁹⁹ Forvaring er ikke et gode for de som trenger hjelp, forvaring er den strengeste straffen vi har og skal derfor bare anvendes som en siste utvei for å beskytte samfunnet tilstrekkelig.

Høyesterett uttalte i dommen fra 2017 at det ikke ville være særlig forskjell mellom soningsforholdene mellom forvaring og vanlig ubetinget fengsel. De presiserte at dette både ville gjelde når vedkommende var under 18 år, og når vedkommende er over 18 år og mest sannsynlig må flyttes fra ungdomsenheten hvor vedkommende skal sone.¹⁰⁰ Dette peker på at både ved ubetinget fengsel og forvaring er behandling viktig når man har å gjøre med barn.

⁹⁶ HR-2017-290-A avsnitt 74

⁹⁷ Johnsen og Storvik (2006) s. 60

⁹⁸ Martnes (2015) punkt 2.1

⁹⁹ TAHER-2015-13241, jf. Rt-2002-1677

¹⁰⁰ HR-2017-290-A avsnitt 73

5 Det særlige vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter»

5.1 Ordlyd

Utgangspunktet er at forvaring ikke kan idømmes hvor «siktete [er] under 18 år», jf. § 40.

Det er videre unntaket om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» som må vurderes for at man skal kunne dømme et barn til forvaring.

Ordlyden av «ekstraordinære» peker på at det bare er i svært spesielle tilfeller man skal kunne dømme til forvaring. Det fremgår ikke direkte fra ordlyden hvilke «omstendigheter» som må være «helt ekstraordinære». Det må derfor klargjøres hva som er ment med «omstendigheter» i bestemmelsen, ordlyden i seg selv peker på at det er ikke tilstrekkelig at bare selve lovbruddet var «helt ekstraordinær». Det vil være nærliggende å tolke «omstendigheter» dithen at det må foretas en helhetlig vurdering av de ulike momentene som kan være relevante ved en vurdering av forvaring. Det være seg lovbruddet, tidligere lovbrudd, personlige forhold, handlingsmønster både i fortid og etterkant av lovbruddet, samt behandlingsforhold og rehabiliteringsforhold som er viktige hensyn bak bestemmelsen.

5.2 Forarbeider

Uenigheten som fremgår av forarbeidene peker på at adgangen for idømmelse er snever. Det fremgår også at «[b]egrepet [...] er ment å understreke at adgangen er meget snever» og at grunnen til at forvaring «tilnærmet aldri [bør] benyttes» er at et barn kan bli påført en uforholdsmessig belastning av en straff som er tidsubestemt.¹⁰¹ Til tross for at det i forarbeidene blir presisert at det er en snever unntaksbestemmelse blir det ikke presisert hva som skal tas med i vurderingen om «helt ekstraordinære omstendigheter».

Når verken ordlyden eller forarbeidene gjør det klart hva som skal vurderes blir det viktig å se på hvordan domstolene har anvendt bestemmelsen.

¹⁰¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 167

5.3 Relevante momenter for vurderingen av «helt ekstraordinære omstendigheter»

5.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

Både Høyesterett og underrettene starter med å presisere utgangspunktet om at barn ikke skal dømmes til forvaring også i tilfeller hvor de tre grunnvilkårene for forvaring er oppfylte.¹⁰²

Dette betyr at for å dømme et barn til forvaring er det ikke krav om bevis for at vedkommende *ikke* skal dømmes til forvaring. Det kreves bevis for hvorfor barnet *skal* dømmes til forvaring til tross for lovens klare utgangspunkt. Både i Høyesterett og underrettene blir det pekt på en rekke momenter som er tatt med i denne vurderingen. Til tross for at man hadde å gjøre med et spesielt tilfelle i Vollen-saken, er det klart at de momentene som var aktuelle her vil kunne være aktuelle også i andre tilfeller.

5.3.2 Barnets beste

Det er viktig at domstolene er oppmerksomme på at også når det skal vurderes idømmelse av forvaring er barnets beste et viktig hensyn. Dette kommer oppgaven nærmere innpå i kapittel 6 nedenfor. I Vollen-saken presiserte Høyesterett at det ikke var noen tvil om at forvaring ville være en større belastning for den tiltalte jenten enn en vanlig tidsbestemt fengselsstraff ville ha vært.¹⁰³ Det er enighet om at det ikke nødvendigvis vil være bra for et barn å være berøvet friheten på ubestemt tid, dette gjør videre at terskelen for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» fortsatt er høy.

5.3.3 Barnets alder

Aldersmomentet er viktig både når det er tale om personer som er under 18 år, men også når man er rett over 18 år.¹⁰⁴ I Vollen-saken pekte Høyesterett særlig på at gjerningspersonen, som på handlingstidspunktet bare var 15 år og en måned, så vidt var over den strafferettslige lavalderen. Hadde drapet skjedd en måned tidligere hadde ikke jenten kunnet bli idømt noen som helst form for straff. I Dobbeltdrapssaken var gjerningspersonen 15 år og fem måneder

¹⁰² HR-2017-290-A avsnitt 40

¹⁰³ HR-2017-290-A avsnitt 75

¹⁰⁴ Rt-2006-641 avsnitt 12, Rt-2007-791

på gjerningstidspunktet, også her ble det gjort et poeng av at han så vidt var over den strafferettslige lavalderen.

Ettersom domstolen er opptatt av å få frem at gjerningspersonene så vidt er over den strafferettslige lavalderen kan det stilles spørsmål rundt om det vil være forskjell på vurderingen for idømmelse av forvaring når gjerningspersonen er nærmere 18 enn 15 år. Det er vanskelig å komme med et konkret svar på dette. Den strafferettslige lavalderen er satt med tanke på at man kan ha dårligere forståelse av konsekvensene av sine handlinger, samt en dårligere impuls kontroll. Det vil være naturlig å tenke seg at disse evnene endrer seg også i tiden mellom man er 15 og 18 år. Det kan derfor, slik jeg ser det, ikke være unaturlig dersom alderen innenfor spennet kan virke inn på forvaringsvurderingen.

Likevel er det slik at både personer som er rett over 15 år og de som er rett under 18 år forventes å ha en «mulighet for modning og endring».¹⁰⁵ Man må derfor også vurdere om det vil være forskjell på endringsforventningene innenfor aldersspennet. I så fall vil lavere alder tilsi at det vil være større mulighet for at vedkommende endrer seg i løpet av en tidsbestemt fengselsstraff.

5.3.4 Lovbruddet

Til tross for at det ikke er lovbruddet i seg selv som skal være avgjørende er dette en del av vurderingen, og da særlig under hvilke omstendigheter det er begått. I Vollen-saken var det snakk om et forsettlig drap på det man må kunne si at var en tilfeldig person. Drapet i seg selv ble gjennomført ved flere bevisste handlinger. Også i Dobbeltdrapssaken i lagmannsretten var det snakk om drap, men i dette tilfellet var det snakk om to knivdrap i løpet av relativt kort tid og på grunnlag av bagateller. At man er i stand til å drepe ett eller flere mennesker på lignende grunnlag kan si noe om hvor farlig en person er, og hva det kan være i stand til å gjøre som videre er av stor betydning for vurderingen av omstendighetene.

5.3.5 Handlingsmønster før og etter lovbruddet

Dette momentet vil ha nær sammenknytning til vilkåret om gjentakelsesfare.

Gjerningspersonen i Vollen-saken hadde både i forkant, men også i ettertid av drapet hatt et uvanlig voldelig handlingsmønster. Hun hadde, som tidligere nevnt, blant annet gjennomført

¹⁰⁵ NOU 2002: 4 s. 253

et drapsforsøk, samt vært voldelig både mot helsepersonell og politiet. Dette gjentok seg også i ettertid av drapet. Både hennes uendrede væremåte i seg selv og motivasjonen bak drapet hun begikk, at hun hadde satt seg mål om å drepe seg selv eller en annen i løpet av livet, pekte i retning av at hun fortsatt kunne være farlig for samfunnet og at det dermed forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».

Gjerningspersonen i Dobbeldrapssaken hadde, som lagmannsretten presiserte, ikke hatt noe tidligere historie med å være til fare for andre. Heller ikke etter at han ble fengslet viste han slik oppførsel, noe som tydelig viste forskjell mellom de to. Selv om man aldri, som mindretallet prøver å få frem, med sikkerhet kan si at dette ikke var starten på et nytt handlingsmønster kan ikke denne usikkerheten være tilstrekkelig for å si at han oppnådde den høye terskelen for «helt ekstraordinære omstendigheter».

I en opphevet dom fra tingretten, hvor det var spørsmål om forvaring, hadde gjerningspersonen kommet med drapstrusler i forkant av drapsforsøket.¹⁰⁶ Dette mente tingretten pekte på at det var fare for gjentakelse for lignende handlinger. På den andre siden har dette vært tilfelle i mange drapssaker uten at det nødvendigvis i seg selv er et sterkt nok argument for at man i det hele tatt vurderer forvaringsstraff.¹⁰⁷

5.3.6 Diagnostisering og behandlingsmuligheter

I Høyesterettsdommen ble det pekt på at «hennes meget alvorlige psykiske tilstand» var med på å oppfylle vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter».¹⁰⁸ I Dobbeldrapssaken derimot ble ikke gjerningspersonen diagnostisert på en slik måte som tilsa at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Når det i Høyesterett ble sett på diagnosen til gjerningspersonen ble det særlig sett på muligheten for behandling, noe man kom til at det var usikkert å forutse. Dette bygget også opp under at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».

5.3.7 Paralleller mellom Vollen-saken og Dobbeldrapssaken

¹⁰⁶ Lagmannsretten i LA-2017-154297 opphevet den delen av TKISA-2017-90977 som omhandlet forsøk på drap. Dommen har med andre ord ingen rettskildemessig vekt.

¹⁰⁷ Eks. LA-2017-186607(planlagt drapsforsøk)

¹⁰⁸ HR-2017-290-A avsnitt 80

Ut fra dommen i Høyesterett ser det ut til at terskelen for idømmelse av forvaring på grunnlag av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» fortsatt er meget høy. Særlig handlingsmønsteret til gjerningspersonen i Vollen-saken og hennes diagnose ble avgjørende. Lagmannsrettens mindretall i dobbeltdrapssaken mente at terskelen for forvaring var satt for høyt i Høyesterettsdommen, og at det nå er vanskeligere å idømme barn forvaring enn lovtæksten ga uttrykk for.

Både flertallet og mindretallet i lagmannsretten i Dobbeldrapssaken presiserer at de to sakstilfellene ikke på noen måte kunne sammenlignes. Flertallet konkluderte med at det var manglende holdepunkter for å si at vilkåret til gjentakelsesfare etter straffeloven § 40 første ledd første punktum ikke var oppfylt. På grunnlag av dette gikk de ikke noe særlig inn på vurderingen om «helt ekstraordinære omstendigheter». Mindretallet på den andre siden pekte på at man ikke kunne «utlede at det skulle så mye til for å idømme forvaring» som i Vollen-saken. Med dette må det antas at de vurderte Høyesterettsdommen i Vollen-saken, som omhandlet et spesielt tilfelle, å ligge langt innenfor det som var ment med vilkårene om «helt ekstraordinære omstendigheter». Mindretallet mente at drapshandlingen til gjerningspersonen i seg selv var tilstrekkelig for å dømme han til forvaring.¹⁰⁹ Dette strider noe mot hvordan bestemmelsen skal oppfattes.

Mindretallet i Dobbeldrapssaken la videre tung vekt på hans handlingsmønster, som pekte på at det ikke kunne idømmes forvaring, ikke skulle være avgjørende og at man ikke med sikkerhet kunne si at dette var starten på et handlingsmønster. Det må videre presiseres at forvaringsspørsmålet ikke ble anket videre, og dermed ikke er vurdert i Høyesterett.

5.4 «[K]an»-skjønnets betydning etter lovendringen

Tidligere var det under vurderingen av «kan»-skjønnets første punktum sikkerhetsventilen for barn fremgikk. Utgangspunktet var da at det skulle «foreligge spesielle omstendigheter» for at vedkommende ikke skulle dømmes til forvaring til tross for at de tre generelle vilkårene var oppfylte. En typisk spesiell omstendighet var nettopp at personen som ble vurdert idømt forvaring var under 18 år.¹¹⁰

¹⁰⁹ LA-2017-112563

¹¹⁰Gröning m.fl. (2016) s. 621, Rt-2002-1667 s. 1671

Etter vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble lagt til i loven må det stilles spørsmål om «kan»-skjønnen fortsatt vil ha betydning i tilfeller hvor både de generelle vilkårene om forvaring og omstendighetene tilsier at det skal idømmes forvaring.

«[K]an»-skjønnen var ment som en sikkerhetsventil i de tilfellene hvor det *ikke* burde idømmes forvaring til tross for at de generelle vilkårene isolert sett var oppfylte. Da bestemmelsen om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble lagt til var dette ment som en sikkerhetsventil for at visse barn *må* kunne dømmes til forvaring selv om utgangspunktet er at de ikke skal idømmes forvaring. Ettersom både «kan»-skjønnen og «helt ekstraordinære omstendigheter» er skjønnsmessige vurderinger vil det være naturlig at de samme momentene gjør seg gjeldende i begge vurderingene. Det må antas at dersom man har kommet til at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» på grunnlag av visse momenter, vil man i vurderingen av «kan»-skjønnen komme inn på akkurat de samme momentene. Dette peker på at dersom man har foretatt en vurdering av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» vil det være uten betydning å inkludere en vurdering av «kan»-skjønnen. Det er vanskelig å tenke seg et eksempel på en situasjon hvor forvaring ikke skal idømmes til tross for at man har vurdert at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter», derfor antas det at «kan»-skjønnen har fått mindre betydning.

I Vollen-saken går Høyesterett noe inn på spørsmålet om «kan»-skjønnen fortsatt kunne tilsi at det ikke skulle dømmes til forvaring når det var klart at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Høyesterett pekte på at det ikke fantes noen «andre momenter som kommer inn under kan-vurderingen [...] som kan lede til et annet resultat». ¹¹¹ Høyesterett benyttet ikke muligheten til å si noe helt konkret om «kan»-skjønnen hvor det skal vurderes om barn skal dømmes til forvaring. Det kan på den andre siden se ut til at de uten å presisere det avfeier «kan»-skjønnen i tilfeller hvor det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Det kan med dette se ut til at Høyesterett avfeier «kan»-skjønnen, uten at de direkte presiserer dette. Høyesterett benyttet ikke muligheten til å avfeie «kan»-skjønnen, men slik det kan se ut har de vurderingene som tidligere var relevante under denne vurderingen flyttet seg til vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

¹¹¹ HR-2017-290-A avsnitt 81

6 Barnekonvensjonens skranker for forvaringsbestemmelsen

6.1 Generelt om barnekonvensjonen

Etter inkorporasjonen av barnekonvensjonen stilles det krav til at norsk lovgivning skal være i samsvar med denne.¹¹² I likhet med straffeloven fremgår det ikke et absolutt forbud mot frihetsberøvelse av barn. Man må kunne ta i bruk frihetsberøvelse i bestemte. Det må videre klargjøres om forvaringsstraff er i samsvar med konvensjonsforpliktelsene.

Den grunnleggende bestemmelsen som fremgår av barnekonvensjonen er at alle avgjørelser som berører barn, slik som idømmelse av straff, skal være i samsvar med «barnets beste».¹¹³ Ved grunnlovsrevisjonen ble denne bestemmelsen også tatt direkte inn i Grunnlovens § 104. I tillegg til å ta hensyn til barnets beste stiller barnekonvensjonen også andre begrensninger, slik som at barn ikke skal sitte i fengsel lengre enn hva som er «nødvendig», og særlig ikke på livstid uten at det er «mulighet for løslatelse», jf. artikkel 37 bokstav a og b.

6.2 «[B]arnets beste» etter barnekonvensjonen art. 3 og Grunnloven § 104

6.2.1 Vilkåret om «barnets beste»

Det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 3 at «the best interests of the child» skal være med i vurderingen av både handlinger og avgjørelser som angår barn. Den tilsvarende bestemmelsen i Grunnloven må antas å være i samsvar med barnekonvensjonen. Det kan derfor foretas en felles vurdering av om det er tatt hensyn til barnets beste etter barnekonvensjonen og Grunnloven.¹¹⁴

¹¹² Menneskerettsloven §§ 2 og 3

¹¹³ Barnekonvensjonen artikkel 3

¹¹⁴ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

Slik det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 skal «the best interests of the child» være «a primary consideration» når det tas avgjørelser som berører barn. Ordlyden av «primary consideration» peker på at man først og fremst skal ta stilling til hva som er barnets beste, men legger ikke begrensninger med tanke på andre interesser. Da barnekonvensjonen ble utarbeidet ble det «framholdt at det kan finnes konkurrerende interesser som kan være like viktig eller viktigere enn hensynet til det enkelte barn interesse».¹¹⁵ Det må videre presiseres at dersom andre hensyn skal kunne gå foran hva som er til barnets beste så må disse være «saklige og tilstrekkelig tungtveiende».¹¹⁶ Det er også slik Høyesterett har vurdert bestemmelsen i Grunnloven § 104.¹¹⁷ Som det også blir presisert i forarbeidene til straffeloven blir motstriden mellom hensynet til samfunnet og hensynet til barnets beste særlig satt på spissen i strafferettspleien. Dette stiller skjærpede krav til vurderingen av barnets beste.¹¹⁸

Hva som faktisk ligger i vilkåret om «barnets beste» fremgår verken av Grunnloven eller barnekonvensjonen. Ved fastleggelsen av vilkåret kan man ta utgangspunkt i det som fremgår av konvensjonen, ettersom den i seg selv skal gjenspeile hva som er til barnets beste.¹¹⁹ Hver artikkel i konvensjonen skal gi uttrykk for hva som er det beste for barnet, og hva som er viktig å ta hensyn til. Et eksempel på dette er bestemmelsen i barnekonvensjonen artikkel 37, som oppgaven kommer nærmere innpå.

Vilkåret «barnets beste» er dynamisk og gjelder for alle barn, uansett alder og hvor i verden de befinner seg, såfremt staten er part av konvensjonen.¹²⁰ Ettersom man ikke har noen formell definisjon av «barnets beste» og hvilke momenter som vil gjøre seg gjeldende ved en slik vurdering må det ses til andre kilder for å komme nærmere hva som ligger i vilkåret.

FNs barnekomite har kommet med en generell kommentar til bestemmelsen i BK art. 3 nr. 1.¹²¹ Her presiseres det at hva som er «barnets beste» må vurderes i den enkelte saken,¹²² og at vilkåret har tre dimensjoner.¹²³ For det første er det en ‘substantive right’ som betyr at hva

¹¹⁵ NOU 2008: 15 s. 103

¹¹⁶ Martnes (2015) punkt 2.1

¹¹⁷ Rt-2015-93 avsnitt 65

¹¹⁸ NOU 2008: 15 s. 103

¹¹⁹ Haugli (2016) s. 52

¹²⁰ Haugli (2016) s. 52

¹²¹ General Comment No. 14(2013) On the right of the child to have his or her best interests taken as primary consideration(CRC/GC/14)

¹²² CRC/GC/14, punkt 32

¹²³ CRC/GC/14, punkt 6

som er i barnets interesse skal være et grunnleggende hensyn ved avveiningen mot andre aktuelle hensyn.¹²⁴ I alle avgjørelser hvor man har å gjøre med et eller flere barn må man få frem at barnets beste har vært en del av vurderingen og veid opp mot andre hensyn.

For det andre er det et 'individual, interpretative legal principle', dette peker på at dersom en lovbestemmelse åpner for flere tolkninger så er det tolkningen som «mest effektivt ivaretar barnets beste» som må velges. Her må man særlig se på innholdet i barnekonvensjonen generelt.¹²⁵

Den tredje og siste dimensjonen er at det er en 'rule of procedure' som betyr at det ved avgjørelser om barn alltid må vurderes om utfallet bringer med seg positive eller negative konsekvenser for barnet.¹²⁶ Man skal hele tiden gjøre seg bevisst på hva som er det beste for barnet i situasjonen man vurderer, og veie dette opp mot andre hensyn.¹²⁷ Det er et prosessuelt krav at skal vise til at hva som er til det enkelte barns beste er vurdert.

Som eksempler på hva som må vurderes med tanke på «barnets beste» har man barnets mening og identitet, barnets mulighet til å opprettholde kontakt med familien og mulighet for omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet.¹²⁸ Disse momentene gjøre seg gjeldende i ulik grad alt etter hva som er til det enkelte barns beste.

Når det først ilegges en reaksjon for et lovbrudd må det skje en bred forholdsmessighetsvurdering. Man må se på «lovbruddets grovhet og omstendighetene rundt dette», samtidig som man har i minnet «at barn har en mildere evne til straffeskyld enn voksne og at det på grunnlag av dette må legges vekt på «barnets behov». Til tross for dette kan man ikke unngå å se på «hensynet til samfunnet for øvrig».¹²⁹

Det er viktig å hele tiden gjøre seg bevisst på barnets interesse og hvordan de på best mulig måte kan fremmes. Hvert enkelt barn har rett til å få vurdert hva som er best for seg. På grunnlag av dette vil det ikke være tilstrekkelig med en lovgivning hvor det bare generelt presiseres hva som er best for barn. Det kan tenkes at det som er bra for de fleste barn nødvendigvis ikke er til det beste for alle, det må derfor gjøres en konkret vurdering av den

¹²⁴ CRC/GC/14, punkt 6 (a)

¹²⁵ CRC/GC/14, punkt 6 (b), Haugli (2016) s. 53

¹²⁶ CRC/GC/14, punkt 6 (c)

¹²⁷ Haugli (2016) s. 54

¹²⁸ Martnes (2015) punkt 2.1, CRC/GC/14, punkt 53-74

¹²⁹ NOU 2008: 15 s. 108

enkeltes situasjon og forutsetninger.¹³⁰ Dette betyr at det vil være avgjørende å se på hver enkelt avgjørelse ved vurderingen av om forvaring er i samsvar med «barnets beste».

6.2.2 Er straffeloven § 40 i samsvar med «barnets beste»?

Av forarbeidene til bestemmelsen i § 40 går det ikke direkte frem hvorvidt lovgiver har tatt hensyn til barnets beste da det ble konkludert med at barn også skulle kunne idømmes forvaringsstraff i tilfeller hvor det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Selv om lovgiver ikke har presisert at bestemmelsen ble utformet i samsvar med barnekonvensjonens krav til «barnets beste» må det antas at det nødvendigvis ikke stilles et slikt krav for at lovbestemmelser skal være i samsvar med konvensjoner. Ved inkorporeringen av barnekonvensjonen kreves det generelt at «lovgivningen oppfyller de minstekrav en kan utlede av konvensjonen».¹³¹ Til tross for at forarbeidene ikke eksplisitt viser til om lovgiver har vært oppmerksom på «barnets beste» ved utformingen av bestemmelsen antas det at det er bevisst at forvaring for barn fikk en høyere terskel enn forvaring for voksne.

Høyesterett har ved sin vurdering av straffeloven § 40 kort slått fast at «[b]estemmelsen gjenspeiler de hensyn som er knesatt i Grunnloven § 104 og i barnekonvensjonen.»¹³² Dette peker på at det ikke er noen betenkeligheter rundt forvaringsbestemmelsen. Tidligere, da man ikke hadde vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter», var det større grunn til å stille spørsmål rundt om bestemmelsen var i samsvar med «barnets beste».

Til tross for at selve bestemmelsen i § 40 er i samsvar med barnekonvensjonen vil det være anvendelsen av bestemmelsen som er avgjørende for om Norge overholder sine konvensjonsforpliktelser. Også domstolenes tolkning og anvendelse av en lov vil få betydning når det kommer til en eventuell vurdering av om det foreligger brudd på barnekonvensjonen. Prinsippet om «barnets beste» er som påpekt tidligere et dynamisk prinsipp som også er prosessuelt, hver enkelt sak må derfor vurderes for å se på om barnets interesser er ivarettatt.

6.2.3 Er anvendes straffeloven § 40 i samsvar med «barnets beste»?

¹³⁰ Haugli (2016) s. 57

¹³¹ NOU 2008: 15 s. 100

¹³² HR-2017-290-A avsnitt 71

Det er altså avgjørende hvordan domstolene i praksis anvender bestemmelsen i § 40 ved vurderingen av om den norske forvaringsstraffen er i samsvar med barnekonvensjonen og Grunnloven. Det er derfor viktig å se på hvordan domstolene har vektlagt dette ved spørsmål om forvaring. Med den praksisen vi har i dag vil det særlig være aktuelt å se på Vollen-saken og hvordan Høyesterett har tatt hensyn til barnets beste.

Ved vurderingen av «helt ekstraordinære omstendigheter» presiserer Høyesterett at § 40 er i samsvar med «barnets beste» og viser at de er oppmerksomme på at dette et viktig moment.¹³³ Høyesterett pekte videre på at det i utgangspunktet ikke er til barnets beste å være fengslet på ubestemt tid ettersom dette følger med seg både usikkerheter og et farlighetsstempel som kan være til stor belastning. Det presiseres at forvaring «tilnærmet aldri» skal benyttes overfor barn, men stiller fortsatt spørsmål om «vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».¹³⁴

Det kan tenkes at forvaring vil være til barnets beste i noen tilfeller. Uten at man nødvendigvis kan si dette med sikkerhet på tidspunktet idømmelse kan rehabiliteringen og behandlingen i en forvaringsstraff være det som er avgjørende for at barnet får det bedre. I Vollen-saken pekte de sakkyndige på at gjerningspersonen hadde behov for meget langvarig behandling.¹³⁵ Dette kan peke i retning av at forvaring kanskje kunne være til hennes beste. På den andre siden presiserer Høyesterett at dersom hun ville blitt idømt fengsel ville det ikke vært særlig forskjell i straffens innhold, det er da det faktum at domstolen må ta vurderinger om hun er klar for å komme ut i samfunnet som er avgjørende for hvilken straff som er passende. Det må kunne tenkes at det kan være til barnets beste å bli holdt unna nye lovbrudd selv om det vil være på ubestemt tid.

Ettersom det bare er i overkant av et år siden det første barnet ble idømt forvaring, og man på grunnlag av dette ikke har tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag vil det være vanskelig å si hvordan en forvaringsstraff virker på et barn sammenlignet med virkningen av en fengselsstraff.

Også hvor forvaring ikke kan sies å være til barnets beste åpner loven opp for at barn fortsatt kan idømmes det. Domstolene må i disse tilfellene få frem hvor tungt samfunnsmessige

¹³³ HR-2017-290-A avsnitt 72 og 35-36

¹³⁴ HR-2017-290-A avsnitt 73

¹³⁵ HR-2017-290-A avsnitt 60

hensyn veier. Uten at Høyesterett viser noe særlig til hvordan barnekonvensjonen er tolket i samsvar med barn og frihetsberøvelse, da særlig med tanke på mulighet for livstidsstraff, konkluderer de med at «[h]ensynet til samfunnsvernet er så tungtveiende at det oppfyller vilkårene i loven for å dømme [gjerningspersonen] til forvaring».¹³⁶

Som Fornes skriver i sin doktorgradsavhandling bruker ikke Høyesterett andre rettskilder enn ordlyden i seg selv når de tolker barnekonvensjonen.¹³⁷ Når man er inne på et område hvor internasjonal rett er avgjørende, samt man ikke har sett lignende saker oppe i norsk rett, er det betenkelig at Høyesterett ikke bruker tid på å se hvordan andre lands praksis har vektlagt barnets beste opp mot samfunnsvernet. Det har på den andre siden vist seg å være vanskelig å finne lignende sakstilfeller i utenlandsk rett under arbeidet med denne oppgaven, noe som kan tilsi at det ikke nødvendigvis er like tilgjengelig som antatt. Av forarbeidene til straffeloven går det frem at det i en strafferettslig kontekst er noe usikkert hvordan barnets beste skal vurderes, men at dette er noe domstolene må være med på å videreutvikle.¹³⁸ Etter min mening burde Høyesterett ha brukt denne anledningen til å si noe om barnets beste i den strafferettslige konteksten.

6.2.3.1 Utsyn: dansk forvaringsstraff

Med tanke på at barnekonvensjonen setter skranker for all lovgivning som omhandler barn vil det være hensiktsmessig å se på hvordan lignende lovgivning er i andre land som også har ratifisert barnekonvensjonen. Danmark er et eksempel på dette.

I utarbeidelsen av både den norske og danske forvaringsordningen har det være en gjensidig påvirkning.¹³⁹ Dette er grunnen til at den norske forvaringsbestemmelsen endte opp med å være såpass lik den danske. Den danske bestemmelsen om forvaring stiller de samme tre generelle vilkårene for når forvaring kan idømmes etter § 40.¹⁴⁰ Bestemmelsen skiller seg derimot på et punkt, ettersom det ikke foreligger et ekstra vilkår for når barn kan dømmes til forvaring. Det må derimot antas at terskelen for forvaring av barn er høy. I 2017 ble det vurdert om en jente på 15 som var siktet for forsøk på terrorhandling og et «legemsangreb»

¹³⁶ HR-2017-290-A avsnitt 81

¹³⁷ Fornes (2018) s. 24

¹³⁸ NOU 2008: 15 s. 104

¹³⁹ Johnsen og Engbo (2015) s. 175

¹⁴⁰ Straffeloven (Dk) kap 9, § 70

kunne dømmes til forvaring. Både Holbæk byret (første instans) og Østre landsret (andre instans) kom til at hun måtte dømmes til tidsbestemt straff, og hun ble dermed ikke dømt til forvaring.¹⁴¹ Dommen fra Østre landsret er dessverre ikke offentlig tilgjengelig, men det kan virke som at de også i Danmark har en meget høy terskel for idømmelse av forvaring.¹⁴²

6.3 Forbud mot «livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse» etter barnekonvensjonen art. 37 bokstav a

Hovedregelen når det kommer til frihetsberøvelsens lengde for barn er at det skal skje på «kortest mulig tidsrom» etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b. Dersom man har kommet til at vilkårene for forvaring er oppfylt, må man ha vurdert at det ikke var tilstrekkelig med en tidsbestemt fengselsstraff.¹⁴³

Videre begrenses det mulige tidsrommet for frihetsberøvelse ytterligere av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a. Her fremgår det at barn ikke kan dømmes til «livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse». En antitetisk tolkning av ordlyden isolert sett peker på at dersom det foreligger en «mulighet for løslatelse» vil det ikke være i strid med konvensjonen at man åpner for at frihetsberøvelse blir «livsvarig».

I vestlige land er det allmenn enighet om at det burde være mulighet for løslatelse i tilfeller hvor barn kan risikere frihetsberøvelse for resten av livet. Dette har blitt mer utstrakt, også USA som har hatt tradisjon med at barn skal kunne idømmes livstidsstraff, har blitt mer åpen for at man må ha mulighet for prøveløslatelse dersom man som barn blir idømt livstidsstraff. USA er ikke en part av barnekonvensjonen, noe som nettopp ble begrunnet med at de ville fortsette å ha en åpning for å dømme barn til livstidsstraff.¹⁴⁴ I senere tid har man også her erkjent at «[c]hildren are constitutionally different from adults for sentencing purposes».¹⁴⁵ I *Miller v. Alabama*, hvor en 14 år gammel gutt hadde begått et drap, ble det stilt spørsmål om 14-åringen kunne dømmes til fengsel på livstid uten mulighet for prøve. Her uttalte Supreme

¹⁴¹ Lundbye (2017)

¹⁴² Østre landsret (2017)

¹⁴³ Se punkt 3.3.4

¹⁴⁴ Mehta (2015)

¹⁴⁵ *Miller v. Alabama*

Court at det var i strid med konstitusjonens forbud mot «cruel and unusual punishment» å ikke ha en åpning for prøveløslatelse.¹⁴⁶

Det er klart at den norske forvaringsstraffen i verste fall kan føre til at man må tilbringe resten av livet i fengsel dersom den blir forlenget. Det er likevel ikke snakk om en livstidsstraff ettersom man har rett til å prøve om vilkårene for forvaring fortsatt er til stede.¹⁴⁷ Dersom vilkårene for forvaring ikke lengre er oppfylt finnes det ikke lengre en lovhjemmel for at forvaringsstraffen skal utvides. Dersom det var vilkår for løslatelse som måtte prøves jevnlig kan det tenkes at det ville ha vært mer betenkelig med en slik bestemmelse ettersom utgangspunktet da ville ha vært at man ble idømt forvaring på livstid.

Sett i sammenheng med konvensjonens artikkel 37 bokstav a må det antas at den regelmessige prøvingsretten personer som er idømt forvaring har vil være tilstrekkelig for at man skal kunne si at det foreligger en «mulighet for løslatelse». Også det at det er domstolene som vurderer dette peker på at muligheten for løslatelse er reell. Selv om forvaring i seg selv må anses å være i samsvar med barnekonvensjonen er det klart at denne bestemmelsen sier noe om terskelen for idømmelse.

Det må på den andre siden stilles spørsmål rundt den reelle muligheten for prøveløslatelse fra en forvaringsdom når gjerningspersonen var «under 18 år» på gjerningstidspunktet. Det er klart at dersom vilkårene etter § 40 ikke lengre er til stede må det skje en prøveløslatelse.¹⁴⁸ At det er lettere å dømme en person over 18 år til forvaring, enn en person som er under 18 år kan skape problemer særlig ved vurderingen av forlengelse. Gitt at personen er over 18 år når det skal vurderes om forvaringsdommen skal forlenges blir det et spørsmål om man skal ta utgangspunkt i den terskelen som lå til grunn for at vedkommende i det hele tatt kunne dømmes til forvaring, altså «helt ekstra ordinære omstendigheter», eller om det nå skal tas utgangspunkt i vurderingen slik den vil være for en person over 18 år. Skal man ved denne vurderingen se på bestemmelsen for personer over 18 år vil man i realiteten innskrenke muligheten for løslatelse. Det kan muligens tenkes at «kan»-skjønnnet vil spille en rolle her. Hvordan forlengelse vurderes med tanke på de to ulike tersklene er et vanskelig spørsmål som

¹⁴⁶ The United States Constitution, Eighth and Fourteenth Amendments

¹⁴⁷ Straffeloven § 43

¹⁴⁸ Rt-2010-469 avsnitt 15

oppgaven må avgrense mot. Det er derimot viktig å se at det kan oppstå problemer etter at minstetiden er ferdig sonet.

Det kan stilles spørsmål om en slik regel om «mulighet for løslatelse» egentlig er en god regel. Bestemmelsen åpner opp for at det kan skje systematiske feil i rettssystem som kan gjøre muligheten for løslatelse mindre reel enn lovteksten tilsier. Regelen har derfor vært gjenstand for kritikk, og da særlig av Schabas/Sax som mener at ved å ha et vilkår om «mulighet for løslatelse» er det ikke noe som stenger for at myndighetene kan bruke vilkårlig skjønn ved vurderingen av om et barn kan løslates.¹⁴⁹ Denne kritikken ble påpekt i forarbeidene til straffeloven og det ble uttalt at løslatelsesadgangen ved forvaring ikke er av en slik skjønnsmessig karakter etter norsk lov. Det ble også uttalt at en grunntanke bak selve konvensjonen «synes å være at en i størst mulig grad, om ikke helt, bør unngå at lovbrudd begått av barn gir mulighet for livsvarig frihetsberøvelse».¹⁵⁰

At man ved forvaring åpner opp for at et barn potensielt kan risikere å tilbringe resten av livet i forvaringsanstalt går, til tross for å være i samsvar med bestemmelsen i artikkel 37 bokstav a, noe mot det barnekonvensjonen søker å unngå ved denne bestemmelsen.

¹⁴⁹ Scabas og Sax (2006) s. 30-32

¹⁵⁰ NOU 2008:15 punkt s. 105

7 Vil Vollen-saken være en døråpner for å kunne dømme barn til forvaring?

I forkant av Vollen-saken hadde spørsmålet om et barn kunne idømmes forvaring vært vurdert en gang i Høyesterett, men ikke idømt.¹⁵¹ Denne dommen kom før vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» og gir derfor ikke særlig mye til vurderingen av forvaring av barn slik bestemmelsen har utviklet seg til å bli i dag. I ettertid av Høyesterettsdommen fra 2017 har man sett at forvaringsstraff for barn har blitt vurdert i to tilfeller, som begge er nevnt i oppgaven.¹⁵² I Dobbeldrapssaken kom tingretten til at vilkårene for idømmelse av forvaring var oppfylt,¹⁵³ mens lagmannsretten var uenig og dømte gjerningspersonen til ubetinget fengsel. I den opphevede tingrettsdommen hvor det forelå et drapsforsøk ble det konkludert med at vedkommende ikke kunne dømmes til forvaring, men måtte dømmes til betinget fengsel.¹⁵⁴

Det kan virke som at både dommere og forsvarere har blitt mer oppmerksomme på bestemmelsen om forvaring. Dette så man særlig i TKISA-2017-78612 hvor aktor la ned påstand om 10 års fengsel, men tingretten likevel vurderte om det skulle idømmes forvaring. Det ble særlig vist til den da nye Vollen-saken og forvaring ble en stor del av straffevurderingen både i tingretten og lagmannsretten.

Slik det kan se ut til etter Høyesteretts dom i Vollen-saken har ikke terskelen for anvendelse av straffeloven § 40 første ledd blitt lavere. Både ordlyden av bestemmelsen, forarbeidene, rettspraksis og de skrankene som barnekonvensjonen setter viser at det fortsatt er en svært høy terskel for å kunne dømme et barn til forvaring. Lagmannsrettens mindretall i Dobbeldrapssaken hevdet at Høyesterett i Vollen-saken hadde satt terskelen for høyt. Dersom dette er tilfelle kan det føre til at barn som er en fare for samfunnet ikke blir dømt til forvaring på grunnlag av de ikke når den høye terskelen for «helt ekstraordinære omstendigheter». Den aktuelle jenten hadde en meget spesiell historikk. Høyesterett uttaler i dommen at det er en spesiell sak. Det kan, etter min vurdering, nok antas at det ikke nødvendigvis må foreligge så

¹⁵¹ Rt-2002-1677

¹⁵² TKISA-2017-90977 og LA-2017-112563

¹⁵³ TKISA-2017-78612

¹⁵⁴ TKISA-2017-90977

ekstremt spesielle omstendigheter for at barn skal kunne idømmes forvaring i et senere tilfelle.

Det er likevel ikke er noen grunn til å tro at Høyesterett regelmessig vil anvende forvaring når barn har begått alvorlige lovbrudd. Det er på den andre siden vanskelig å si noe helt nøyaktig om hvor terskelen for forvaring av barn vil ligge i fremtiden ettersom vi bare har dette ene spesielle tilfellet per nå.

På grunnlag av det spesielle tilfellet er det vanskelig å mene noe presist om hvor terskelen for idømmelse av forvaringsstraff overfor barn skal legges med utgangspunkt i Høyesterettsdommen i Vollen-saken. Det kan kritiseres noe at Høyesterett ikke brukte sin anledning til å komme med mer generelle retningslinjer om bruk av forvaringsstraff mot barn når de først hadde spørsmålet foran seg. Dette hadde utvilsomt vært en god anledning for Høyesterett til å legge flere føringer for forvaringsspørsmålet. På den andre siden, slik oppgaven har vært inne på, må vurderingen av hvorvidt forvaring skal brukes være basert på det konkrete tilfellet retten vurderer. Det er tale om en meget konkret vurdering som må foretas i det enkelte tilfellet hvor det må tas hensyn til den enkelte saken og det enkelte barnet. Det kan derfor være vanskelig å legge helt generelle føringer.

I forkant av Vollen-saken ble det fremsatt i samfunnsdebatten at «[s]kal et barn dømmes til forvaring, bør dommen ha Høyesteretts stempel.».¹⁵⁵ Dette ble begrunnet ut fra at det må være opp til Høyesterett å tolke hva som lå i kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter». Til tross for at man har sett at bestemmelsen er blitt tatt i bruk er det fortsatt usikkerheter rundt terskelen for idømmelse og om Høyesterettsdommen var klart innenfor terskelen. Slik rettstilstanden er nå er forvaring av barn fortsatt et prinsipielt spørsmål som Høyesterett bør vurdere, og si noe mer konkret om dersom problemstillingen dukker opp i senere saker.

Avslutningsvis vil jeg påpeke at det, til tross for at terskelen fortsatt er noe uklar, er både riktig og viktig at også barn skal kunne dømmes til forvaring. Det finnes flere grunner til dette, blant annet vil rettssystemet tjene på at samfunnet føler seg tilstrekkelig beskyttet ved at også barn som er farlige blir holdt borte. På den andre siden er det også viktig at man ved hele forvaringsvurderingen skal ta bevisste valg med hensyn til barnets interesser, og gjøre det klart at det ikke er ideelt å dømme et barn til forvaring men i visse tilfeller er det nødvendig.

¹⁵⁵ Hanssen (2016)

8 Litteraturliste

8.1 Lover

Almindelig borgerlig straffelov	Lov 22. Mai 1902 nr. 10 (opphevet)
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Grunnloven	Lov av 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Menneskerettsloven	Lov av 21. mai 1999

8.2 Rettspraksis

Rt-2002-1677	Rt-2015-93
Rt-2004-209	HR-2017-290-A (Vollen-saken)
Rt-2004-804	HR-2018-675-A
Rt-2006-641	RG-2007-544
Rt-2007-183	LA-2017-112563 (Dobbeltdrapssaken)
Rt-2007-791	LA-2017-186607
Rt-2007-1056	LA-2017-154297
Rt-2010-469	TAHER-2015-13241
Rt-2010-1313	TKISA-2017-78612
Rt-2012-34	TKISA-2017-90977
Rt-2012-114	
Rt-2014-495	

8.3 Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Straffelovkommisjonens delutredning IV

NOU 2002: 4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII

NOU 2008: 15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll

Ot.prp. nr. 26 (1986-1987) Om lov om endringer i straffeloven m.m (heving av den kriminelle lavalder)

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven)

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

Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

8.4 Utenlandske og internasjonale kilder

UNs Convention on the Rights of the Child (20. November 1989)

Vienna Convention on the Law of Treaties (23. May 1969)

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.)

Miller v. Alabama 2012

The Constitution of the United States

Dansk borgerlig straffelov, 15. april 1930 nr. 126

8.5 Juridisk litteratur

Andenæs, Johs., *Straff, allmennprevensjon og kriminalpolitikk*, 1990

- Fornes, Ingun, *Straff av barn – frihetsstraffene og alternativene*(Doktorgradsavhandling) 2018
- Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes, Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff- En systematisk fremstilling av norsk strafferett* 2016
- Haugli, Trude «Hensynet til barnets beste», av Høstmælingen mfl.(ed), *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge* Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge, kapittel 3, 3. utgave 2016
- Jacobsen, Jørn. *Menneskevern eller menneskeverd? Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonens sin rettslege legitimitet* 2003
- Johnsen, Berit og Storvik, Birgitte L., «Forvaring og utviklingen for perioden 2002-2006», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2006, s. 51-67
- Johnsen, Berit og Engbo, Hans Jørgen, «Forvaring i Norge, Danmark og Grønland – noen likheter og ulikheter». *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, Årgang 102, 2015 s. 175-194
- Larsen, Mette Yvonne, «Rettigheter for barn i konflikt med loven», av Høstmælingen mfl.(ed), *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge* Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge, kap. 7 3. utgave 2016
- Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff: alminnelige bestemmelser: kommenterutgave* 2015
- Martnes, Mona, «Fengsling av barn i spenningen mellom allmennprevensjon og barnets beste», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål Vol. 13*, 2015 s. 239-261
- Rieber-Mohn, Georg, «Forvaring – en strafferettslig særreaksjon», *Juristkontakt 4*, 2003 s. 36-39
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utg, 2011
- Schabas, William og Sax, Helmut, *Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2006
- Stang, Elisabeth G. og Hydle, Ida, «Barn i fengsel – også barneverntjenestens ansvar», *Tidsskriftet Norges Barnevern Vol 92*, 2015 s. 47-62
- Storvik, Birgitte L., *Forvaringsstraff*, 2013
- Wegner, Rolf B., *Strafferett:alminnelig del*, 2. utg., 2015

8.6 Internett

Arntzen, Kari Jeppestøl, «Jente (16) tiltalt for drapet på Sørlandssenteret» *NRK* 8. mai 2018, <https://www.nrk.no/sorlandet/jente-16-tiltalt-for-drapet-pa-sorlandssenteret-1.14040796> (sjekket 8. mai 2018)

Fossheim, Kenneth, «Jente(16) tiltalt for drap på Marie(17): -Ramponerte nabolag to måneder før drapet» *TV2* 10. mai 2018, <https://www.tv2.no/nyheter/9847454/> (sjekket 12. mai 2018)

Hanssen, Inge D., «Skal et barn dømmes til forvaring, bør dommen ha Høyesteretts stempel», *AFTENPOSTEN* 7. oktober 2016, <https://www.aftenposten.no/meninger/kommentar/i/mwy6E/Skal-et-barn-dommes-til-forvaring-bor-dommen-ha-Hoyesteretts-stempel> (sjekket 2. april 2018)

Lundbye, Anne B., «Dommen på otte års fængsel til en 17-årig pige for planer om at ville bombe to skoler står fast.», *TVEAST.DK* 11. desember 2017, <https://www.tveast.dk/artikel/kundby-dom-staar-fast-bliver-ikke-forsogt-ved-hoejesteret> (sjekket 16. mai 2018)

Mehta, Sarah, «There's Only One Country That Hasn't Ratified the Convention on Children's Rights: US», *ACLU.ORG*, 20. november 2015 <https://www.aclu.org/blog/human-rights/treaty-ratification/theres-only-one-country-hasnt-ratified-convention-childrens> (sjekket 19. mai 2018)

Statistisk sentralbyrå, «Tabell 1, Straffereaksjoner, etter type reaksjon og hovedlovbruddsgruppe. Absolutte tall», *SSB.NO* 26. september 2017 <https://www.ssb.no/straff/> (sjekket 25. mai 2018)

Østre Landsret, «17-årig pige straffes med fængsel i 8 år for forsøg på terrorisme», *DOMSTOL.DK*, 27 november 2017, <http://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/17-%C3%A5rigpigestraffesmedf%C3%A6ngseli8%C3%A5rforfors%C3%B8gp%C3%A5terrorismen.aspx> (sjekket 16. mai 2018)