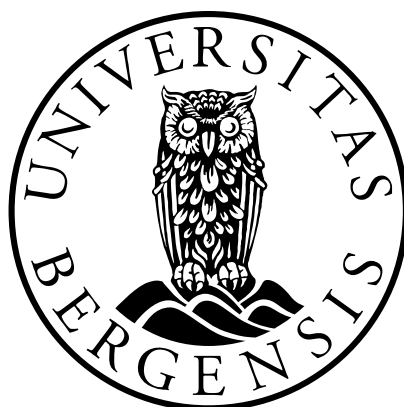


Idømmelse av forvaring når siktede er under 18 år

En klarlegging av vilkårene i straffeloven § 40

Kandidatnummer: 223

Antall ord: 13521



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Veien til valg av tema og problemsstillinger	3
2 Avklaringer, aktualitet og disposisjonen videre	4
2.1 Bakgrunn og aktualitet	4
2.2 Metodiske avklaringer.....	5
2.3 Disposisjonen videre	6
3 Straff og barn.....	8
3.1 Generelt om straff og barn.....	8
3.2 Forvaring og samfunnsvernet som styrende hensyn.....	9
3.3 Barn, straff og forvaring	11
3.4 FNs barnekonvensjon	13
3.4.1 Barnets beste som styrende hensyn ved spørsmål om forvaring.....	13
3.4.2 Artikkel 37 og 40.....	15
4 Generelle vilkår for idømmelse av forvaring.....	18
4.1 Generelt om vilkårene for idømmelse av forvaring.....	18
4.2 Lovbruddets art	19
4.3 Gjentakelsesvilkåret	20
4.4 Grunnvilkåret.....	24
5 Særregel for barn	27
5.1 Generelt om særregelen for barn	27
5.2 Aldersvilkåret	28
5.3 «Helt ekstraordinære omstendigheter»	29
6 «Helt ekstraordinære omstendigheter» i rettspraksis	31

6.1	Generelt om dommene	31
6.2	Domstolenes vurdering: Vilkårene for forvaring	32
6.3	Tolkning av dommene: «Helt ekstraordinære omstendigheter»	37
7	Avslutning.....	42
7.1	Konklusjon og veien videre	42
	Litteraturliste.....	44

1 Innledning

1.1 Veien til valg av tema og problemstillinger

Temaet for denne oppgaven er idømmelse av forvaring overfor barn, med fokus på hvordan vilkårene for forvaring skal forstås. Valg av tema er begrunnet i min interesse for forvaringsinstituttet. Idømmelse av forvaring overfor *barn* har i senere tid fått oppmerksomhet både i rettspraksis og media. På denne bakgrunn er problemstillingen for oppgaven som følger: Hvordan skal adgangen til å idømme forvaring etter strl. § 40 forstås når siktede er under 18 år?

Det er helt klart at adgangen til å dømme barn til forvaring er reservert til de helt spesielle tilfellene.¹ Ettersom det likevel er knyttet en rekke uklarheter til hvordan denne snevre adgangen skal forstås, er det behov for å studere denne snevre adgangen nærmere.

Følgende underproblemstillinger vil bli drøftet i oppgaven:

- Hvilke omstendigheter må være «helt ekstraordinære» for at forvaring skal kunne idømmes når siktede er et barn, og hva gjør omstendighetene «helt ekstraordinære»?
- Er det tilstrekkelig at siktede er under 18 år på handlingstidspunktet eller må siktede være under 18 år også på domstidspunktet for at kravet om «helt ekstraordinære omstendigheter» skal komme til anvendelse?
- Hvordan skal FNs barnekonvensjon og hensynet til «barnets beste» forstås og anvendes, når det er spørsmål om å idømme forvaring?
- Kan barn dømmes til forvaring for de samme lovbruddene som voksne?

¹ Jf. Prop.135 L (2010-2011) Endringer I Straffeloven, Straffeprosessloven, Straffegjennomføringsloven, Konfliktrådsloven M.Fl. (Barn Og Straff) (2011). s. 105

2 Avklaringer, aktualitet og disposisjonen videre

2.1 Bakgrunn og aktualitet

Forvaring ble innført som straffereaksjon i Norge i 2002 og er en tidsubestemt frihetsberøvelse som kan idømmes «farlige» tilregnelige lovbrøyttere.² Da regelen ble innført fantes det ingen begrensninger i lovteksten om hvorvidt også barn kunne idømmes forvaring.³ Det har, på bakgrunn av belastningene frihetsberøvelse medfører for barn og i tillegg barns potensial for modning og endring, vært omdiskutert om forvaring i det hele tatt burde kunne idømmes barn.⁴ Ved to anledninger er det fremmet forslag om å innføre forbud mot at forvaring benyttes overfor personer under 18 år.⁵ Disse forslagene har blant annet bakgrunn i Norges forpliktelse til FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen).⁶ Etter at konvensjonen ble ratifisert i Norge, har hensynet til barnets beste fått økt fokus i norsk strafferettspleie. Forslagene er imidlertid ikke blitt tatt til følge av justisdepartementet, men i 2012 ble det innført en særregel i lov 20.mai 2005 nr.28 om straff (straffeloven eller strl.) §40 for å understreke at adgangen til å dømme barn til forvaring skal være meget snever.⁷ Regelen i strl. § 40 første ledd annen setning lyder som følger: «Er siktede under 18 år kan forvaring ikke idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter».

Frem til 2017 var forvaring kun benyttet overfor personer over 18 år. Dette året markerer imidlertid et vendepunkt fordi ei jente, som var 15 år på handlingstidspunktet, ble dømt til

² Forvaring ble tilføyd som straffereaksjon i straffeloven 1902 ved lov 17. januar 1997 nr. 11, som trådte i kraft ved lov 15 juni 2001 nr. 64, jf. Prop.135 L (2010-2011) s. 103

³ Se punkt 2.2 for definisjon av «barn» i oppgaven

⁴ Se f.eks. Prop.135 L (2010-2011) s. 105

⁵ Se NOU 2008:15 Barn Og Straff - Utviklingsstøtte Og Kontroll (2008) s. 147-148 og i NOU 2002:4 Ny Straffelov Straffelovkommisjonens Delutredning Vii (2002).s. 252-253

⁶ Barnekonvensjonen ble i 1999 ratifisert i Norge og ved lov 1.august 2003 nr. 86 ble konvensjonen inkorporert i norsk rett. Konvensjonen er gitt forrang foran annen norsk lovgivning, jf. LOV-1999-05-21-30 § 3.

⁷ Jf. Prop.135 L (2010-2011) s. 105 og 168

forvaring av Høyesterett.⁸ Samme år ble en gutt, som også var 15 år på handlingstidspunktet, dømt til forvaring av Kristiansand tingrett.⁹ Denne dommen ble imidlertid opphevet av Agder lagmannsrett og gutten ble istedenfor dømt til fengselsstraff.¹⁰ Det foreligger per dags dato en tredje sak der ei 16 år gammel jente er siktet for drap og drapsforsøk.¹¹ I den andre uken i mai 2018 ble det blitt klart at riksadvokaten mener at det *ikke* er grunnlag for forvaring i denne saken. Dette til tross for blant annet de rettsakkyndiges konklusjon om at det foreligger høy risiko for fremtidig vold og også at jenta har begått kriminalitet forut for siktelsen.¹² Det er etter min mening fortsatt knyttet spenning til om forvaring likevel kan bli vurdert av retten også i denne tredje saken.

2.2 Metodiske avklaringer

I oppgaven forutsettes det at det er adgang til å dømme barn til forvaring. Oppgaven innebærer således en rettsdogmatisk klargjøring av gjeldende rett og er ikke en vurdering av om det burde være adgang til å dømme barn til forvaring.¹³

I oppgaven benyttes straffeloven 2005 som primære rettskilde. Det vil bli foretatt en analyse av norsk rett, og dermed avgrenses det mot internasjonal rett. Ettersom straffeloven 2005 kun innebar en videreføring av reglene om forvaring i straffeloven 1902, er forarbeider og rettspraksis til straffeloven 1902 også relevante rettskilder i oppgaven.¹⁴ Når det gjelder tolkning av særregelen, som ble innført i 2012, er det lite veiledning både i forarbeider og rettspraksis for hvordan regelens innhold skal forstås. I oppgavens kapittel 6 analyseres to saker som omhandler idømmelse av forvaring overfor barn. Disse to sakene gjelder alvorlige drap og i dommene er særregelen, herunder kravet til «helt ekstraordinære

⁸ Jf. HR-2017-290-A

⁹ Jf. TKISA-2017-78612 (Kristiansand tingrett). Dommen er ikke rettskraftig

¹⁰ Jf. LA-2017-112563 (Agder lagmannsrett)

¹¹ Jf. Erlend Olsbu og Connie Bentzrud, «16åring tiltalt for drap og drapsforsøk», sist oppdatert 08.05.2018. Sist besøkt 19.05.2018. https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/9mQv5d/16-aring-tiltalt-for-drap-og-drapsforsok?spid_rel=2

¹² Jf. Eivind Kristensen. «Psykiater om drapssiktet (16): Høy fare for fremtidig vold, sist oppdatert 25.01.2018. Sist besøkt 19.05.2018. <https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/rLWQdR/Psykiatere-om-drapssiktet-16-Hoy-fare-for-framtidig-vold>

¹³ Se Erik Boe, *Innføring I Juss : Juridisk Tenkning Og Rettskildelære*, 3. utg. ed. (Oslo: Universitetsforl., 2010), s.66

¹⁴ Se for eksempel HR-2017-290-A (34) Jf. Ot.Prp. Nr. 90 (2003-2004) Om Lov Om Straff (Straffeloven) (2004) s.274-275

omstendigheter», blitt behandlet. Det er kun den ene av disse to sakene som er blitt behandlet av Høyesterett og derfor kan tillegges vekt.¹⁵ Fordi begge sakene gjelder domfellelse for drap begått av barn og fordi kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» blir behandlet, er begge dommene relevante for problemsstillingen i denne oppgaven.¹⁶

Temaet for oppgaven er som nevnt idømmelse av forvaring overfor *barn*. I oppgaven benyttes definisjonen av barn som er lagt til grunn i FNs barnekonvensjon. I artikkel 1 i konvensjonen defineres barn som «... ethvert menneske under 18 år, ...». Den kriminelle lavalderen i Norge er 15 år, jf. strl. § 20 første ledd bokstav a. Når temaet i denne oppgaven er idømmelse av forvaring overfor barn, menes det altså personer mellom 15 og 18 år.

2.3 Disposisjonen videre

Denne oppgaven består av totalt syv kapitler. Kapitlene tre, fire, fem og seks er innledet med et generelt punkt. Formålet med dette er å introdusere det som er relevant videre i kapitlet og også å redegjøre for generell informasjon som danner utgangspunkt for resterende punkter i kapitlet.

Kapittel tre har fått tittel «Straff og barn». I dette kapitlet presenteres generelle utgangspunkt vedrørende barn og straff. Formålet er å klargjøre hvorfor det er behov for å idømme forvaring overfor barn, herunder om samfunnsvernet som styrende hensyn. I tillegg er formålet i dette kapitlet å redegjøre for FNs barnekonvensjon om barnets rettigheter og spesielt hvordan hensynet til «barnets beste» må forstås. I kapittel fire presenteres de generelle vilkårene for å dømme barn til forvaring. Disse vilkårene er like, uavhengig av den siktedes alder. De tre vilkårene som må være oppfylt for at forvaring skal kunne idømmes har fått følgende overskrift i oppgaven: «Lovbruddets art», «Gjentakelsesvilkåret» og «Grunnvilkåret». I kapittel fem presenteres særregelen som kun gjelder for barn. Særregelen består av to ytterligere krav som det vil bli redegjort for i hvert av punktene i dette

¹⁵ Jf. Boe. s. 304

¹⁶ Det finnes også en sak behandlet i TKISA-302790977 av Kristiansand tingrett hvor det ble lagt ned påstand om forvaring der den siktede var et barn, og hvor retten uttalte seg om særregelen. Dommen omhandler drapsforsøk og ble opphevet i LA-2017-15429 (Agder lagmannsrett). Dommen vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

kapittelet: Siktete må være «under 18 år», og det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter». I kapittel seks redegjøres det for og analyseres rettspraksis. Formålet med dette kapittelet er både å studere hvordan kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» og også de øvrige vilkårene er blitt anvendt i praksis. I dette kapittelet vil jeg også tolke dommene og på den måten søke å klargjøre hva som gjør at omstendighetene er «helt ekstraordinære». I kapittel syv konkluderes det på hoved- og underproblemsstillinger.

3 Straff og barn

3.1 Generelt om straff og barn

Et grunnleggende prinsipp i norsk rett er at alle mennesker er like mye verdt og derfor må respektere hverandre. Med andre ord kan en si at «... ethvert menneske har rett til så mye frihet som er forenelig med andre menneskers frihet».¹⁷ For å sørge for at borgerne har denne friheten, har staten plikt til å reagere mot uønsket atferd i samfunnet ved å idømme straff. Den tradisjonelle definisjonen av straff er at straff er «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde».¹⁸ Definisjonen er ikke omstridt, men lovgiver fremhever at formålet med straff er å styre atferd i samfunnet og derigjennom å hindre fremtidige lovbrudd.¹⁹ Strafferetten kriminaliserer altså de handlinger som oppfattes som så moralsk klanderverdige og derfor ikke er ønskelig i samfunnet.²⁰ Straff er forbeholdt den som kunne og burde handlet annerledes, slik at straffen er i tråd med den skyld som er utvist.²¹ Idømmelse av straff er begrunnet i både det at gjerningspersonen skal straffes i tråd med den skyld som er utvist, og i behovet for å verne andre borgerne fra å utsettes mot alvorlige krenkelser i fremtiden.²² Behovet for å beskytte samfunnet kan imidlertid vare lenger enn lengden på den straffereaksjon som gjerningspersonens skyld skulle tilsi. For da fortsatt å kunne beskytte samfunnet mot fremtidige lovbrudd, kan domstolene *idømme forvaring*.²³ Forvaring er en tidsbestemt straffereaksjon som idømmes når en tidsbestemt fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å beskytte samfunnet mot fremtidig kriminalitet.²⁴

¹⁷Jf. Erling Johannes Husabø Linda Grønning, Jørn Jacobsen *Frihet, Forbrytelse Og Straff: En Systematisk Framstilling Av Norsk Strafferett* (Bergen: Fagbokforl., 2016). s. 44

¹⁸ Jf. Johs Andenæs, *Statsforfatningen I Norge*, 4. rev. utg. ed. (Oslo: Tanum-Norli, 1976). s. 352. Definisjonen er senere lagt til grunn av Høyesterett i Rt-1977-1207 s. 1210

¹⁹Jf. Ot.Prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78

²⁰ Jf. Tor-Aksel Busch, "Bruk Av Straff for Å Styre Atferd," *Tidsskrift for strafferett* 2, no. 4 (2002). Se særlig punkt 3

²¹ I Grønning, Jacobsen og Husabø. s. 50.

²² Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78

²³ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79 - 80

²⁴ Se strl. § 40 for vilkårene for å idømme forvaring

Når barn kan begå kriminalitet er det også behov for å straffe barn. I norsk strafferett er den kriminelle lavalderen 15 år.²⁵ Det vil si at ethvert barn som er fylt 15 år må stå ansvarlig for sine handlinger og risikerer også å bli fratatt friheten. Barn er imidlertid annerledes enn voksne: Barn har stort potensial for modning og utvikling, barn er mindre skyldige i sine handlinger og barn er mer sårbare for straff enn voksne.²⁶ På denne bakgrunn er det regjeringens overordnede mål at ingen barn skal sone i fengsel.²⁷ Når det likevel er adgang til å dømme barn til forvaring er det fordi også barn kan utgjøre en *fare* for samfunnet slik at en tidsbestemt reaksjon ikke er tilstrekkelig.²⁸ I neste punkt skal forvaringens begrunnelse studeres nærmere i den hensikt å klargjøre hvorfor det er behov for en tidsubestemt straffereaksjon.

3.2 Forvaring og samfunnsvernet som styrende hensyn

En kan definere forvaring som en reaksjon på et lovbrudd som er begått, men i tillegg som et middel for å hindre nye lovbrudd i fremtiden.²⁹ Når forvaring idømmes er det et spenningsforhold mellom det at forvaring er *tilbakeskuende* og det at forvaring er *fremtidsrettet*. På den ene siden er forvaring lik som øvrige straffereaksjoner i strl. § 29 – straff er en reaksjon på et lovbrudd som er begått. I dette aspektet er forvaring tilbakeskuende og rettet mot den klanderverdige handlingen som er begått. Når forvaring som straffereaksjon blir idømt, er det slik selve anstaltoppholdet som er straffen.³⁰ Forvaring kan derfor kun idømmes når og fordi en gjerningsperson er ansvarlig for lovbruddet som er begått. På den andre siden er forvaring ulik øvrige straffereaksjoner i strl. § 29 – straffen er tidsubestemt. Forvaring kan derfor kun idømmes når en tidsbestemt frihetsberøvelse ikke sikrer tilstrekkelig beskyttelse av samfunnet. Hovedbegrunnelsen for forvaring er behovet for å beskytte samfunnet mot fremtidig kriminalitet.³¹ Når en lovbrøyer blir dømt til forvaring

²⁵ Jf. Strl. § 20 første ledd bokstav a)

²⁶ Jf. Mareike Persson, *Caught in the Middle? : Young Offenders in the Swedish and German Criminal Justice Systems* (2017). s. 67

²⁷ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 144. Dette er et utslag av Norges forpliktelser gjennom Barnekonvensjonen art 37b) andre setning.

²⁸ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

²⁹ Jf. Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring*, 3. utg. ed. (Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2017). s. 434

³⁰ Jf. Ot.prp. nr. 87 (2003-2004) s. 110

³¹ Se Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79 - 80

og dermed holdes innesperret på ubestemt tid, er straffen altså ikke bare begrunnet i at lovbyteren skal idømmes straff på bakgrunn av den skyld som er utvist.³² Hensynet til potensielle ofre og derigjennom behovet for å beskytte samfunnet veier tyngre enn at lovbyteren kun skal straffes i tråd med skylden.³³ Tidsubestemtheten forvaringsstraffen innebærer er med andre ord legitim fordi lovbyteren har svekket utgangspunktet om at vedkommende er et fritt og ansvarlig individ.³⁴

En tidsubestemt straffereaksjon er vurdert av departementet som den beste løsningen for å beskytte samfunnet mot fremtidig kriminalitet.³⁵ Fordi idømmelse av forvaring innebærer at gjerningspersonen må sone på ubestemt tid, er imidlertid forvaring ansett å være et ekstraordinært inngrep for den som blir dømt.³⁶ Alternativet til forvaring er å kun idømme tidsbestemte reaksjoner. Domstolene må da gardere seg, mot risiko for fremtidig lovbrudd, ved å idømme svært lange fengselsstraffer.³⁷ Straffen har da en uskadeliggjørende virkning så lenge lovbyteren er frihetsberøvet, men ikke nødvendigvis en rehabiliterende virkning etter endt soning.³⁸ Forvaring gir derimot domstolene mulighet til å idømme relativt korte fengselsstraffer, men samtidig sikre at gjerningspersonen forbedrer seg i løpet av soningstiden. Forutsetningen for å slippe ut fra anstaltoppholdet er nettopp at den dømte endrer atferd slik at vedkommende ikke lenger utgjør en fare.³⁹ For å bedre gjerningspersonens mulighet til å endre seg, legges det alltid til rette for rehabilitering og forbedring under soningen av en forvaringsdom.⁴⁰ Fordi kriminalitet begått i ung alder er en risikofaktor for ny kriminalitet, er rehabilitering ekstra viktig når barn begår kriminalitet.⁴¹

³² I Gröning, Jacobsen og Husabø s. 618

³³ I Gröning, Jacobsen og Husabø s. 618

³⁴ I Gröning, Jacobsen og Husabø s. 618

³⁵ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)s. 79-80

³⁶ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)s. 84

³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)s. 75-76

³⁸ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78-79

³⁹ Se HR-2014-2013-A (49) hvor Høyesterett presiserer at vurderingstemaet ved begjæring om prøveløslatelse fra forvaringsdom er om det må «antas å være en nærliggende fare for at lovbyteren på nytt vil begå en slik forbrytelse».

⁴⁰ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79

⁴¹ Jf. Prop. 135 L (2010-2011)f.eks s. 10 og s.144-147

3.3 Barn, straff og forvaring

Det er flere problematiske sider ved å idømme frihetsberøvelse og særlig forvaring overfor barn: Frihetsberøvelse generelt har ikke særlig positiv effekt på unge lovbrøyttere, verken allmennpreventivt eller individualpreventivt.⁴² Biologiske og kognitive faktorer påvirker barns opplevelse og nytteverdi av straff.⁴³ Frihetsberøvelse innebærer at barn må sone borte fra sine «vanlige» lærings- og sosialiseringarenaer. Dette kan føre til at den modnings- og utviklingsprosessen barnet står overfor bli alvorlig skadet.⁴⁴ Et fengselsopphold vil videre oppleves lenger for barn enn for voksne fordi barn har en annen opplevelse av tid.⁴⁵ Soning sammen med andre innsatte kan også føre til at barn utvikler antisosiale overlevelsesteknikker.⁴⁶ Frihetsberøvelse kan dessuten innebære isolasjon, høy grad av kontroll svekket autonomi. Forvaring innebærer også at lovbrøytteren blir stigmatisert som «farlig».⁴⁷ Et slikt farlighetsstempel er spesielt belastende og skadelig for barn og kan følge barnet også etter endt soning.⁴⁸ Alle disse overnevnte omstendigheter og faktorer kan føre til økt fysisk og psykisk stress hos barn, noe som igjen kan føre til en svekket mulighet til å håndtere livet i samfunnet etter endt soning.⁴⁹ Tilbakefallsraten for unge lovbrøyttere som har sonet en frihetsberøvelse er eksempelvis høyere enn for de som har sonet en annen sanksjon.⁵⁰

Fordi barn har stort potensiale for modning og er spesielt sårbare for straff, har barn lovfestet krav på omsorg.⁵¹ I straffeloven har lovgiver eksplisitt tatt hensyn til gjerningspersonens alder i flere bestemmelser: Ved utmåling av straff skal alder være en formildende omstendighet.⁵² Frihetsberøvelse av barn er forbeholdt de tilfellene hvor det

⁴² Jf. Persson. s. 74

⁴³ jf. Persson. s. 55 - 56

⁴⁴ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 255

⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 255

⁴⁶ Jf. Persson. s. 74

⁴⁷ Et «farlighetsstempel» er konsekvensen av at gjentakelsesvilkåret er oppfylt. At forvaring innebærer et slikt stempel synes anerkjent av Høyesterett i for eksempel Jf. Rt.2007.1056 (110) - hvor det ble uttalt at forvaring skal beskytte samfunnet mot «spesielt farlige lovbrøyttere».

⁴⁸ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

⁴⁹ Jf. Persson s. 71, se også Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

⁵⁰ Jf. Persson s. 74, se også Prop. 135 L (2010-2011) s. 13

⁵¹ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 11

⁵² Jf. strl. §§ 78 bokstav i, § 80 bokstav i

er «særlig påkrevd» og kan aldri idømmes lenger enn 15 år.⁵³ Idømmelse av forvaring er betinget av at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» og det finnes begrensninger i hvor lang forvaringsstraffen i første omgang kan settes.⁵⁴ Ungdomsenheten, det vil si i fengselet der barn soner, har ansatt tverrfaglige team som jobber for særskilt behandling og rehabilitering av hvert enkelt barn.⁵⁵ I tillegg skal barn som hovedregel sone atskilt fra voksne lovbrøyttere.⁵⁶

De overnevnte reglene gjelder særskilt for barn, og er blant annet utslag av Norges forpliktelse til Barnekonvensjonen. I rettspraksis er det avslørt at anvendelsen av konvensjonen og særlig hensynet til «barnets beste» har vist seg å være vanskelig når det er spørsmål om å dømme barn til forvaring. På den ene siden er det anført at barnekonvensjonens forbud mot livsvarig fengsel må medføre at bruk av forvaring overfor barn ikke er tillatt.⁵⁷ På den andre siden er det uttalt at forvaring faktisk kan være den beste løsningen for barnet.⁵⁸ Høyesterett har eksplisitt avklart at forvaring *ikke* er i strid med barnekonvensjonen, men poengtert at når forvaring idømmes er det *ikke* til barnets beste.⁵⁹ I oppgavens neste del, punkt 3.4, er formålet å klargjøre hvordan FNs barnekonvensjon, herunder artikkel 37 og artikkel 40 (1) og hensynet til «barnets beste» må forstås når det er spørsmål om å idømme forvaring overfor barn.

⁵³ Jf. strl. § 33 første ledd første setning

⁵⁴ Jf. strl. §§ 40 første ledd og 43 første ledd annet punktum

⁵⁵ Se Prop. 135 L (2010-2011) s. 144-145

⁵⁶ Jf. Barnekonvensjonen art. 37 c) andre setning

⁵⁷ Jf. HR-2017-290-A (72) jf. LB-2015-119615 (Borgarting Lagmannsrett)

⁵⁸ Se TAHER-2015-13241 pkt. 8.4 (Asker og Bærum Tingrett) og TKISA-2017-90977 s. 17 (Kristiansand Tingrett)

⁵⁹ Jf. HR-2017-290-A (72) og (75)

3.4 FNs barnekonvensjon

3.4.1 Barnets beste som styrende hensyn ved spørsmål om forvaring

FNs barnekonvensjon om rettigheter til barn (Barnekonvensjonen) er inkorporert i norsk rett og gitt forrang foran annen norsk lovgivning ved motstrid.⁶⁰ Konvensjonen innebærer visse forpliktelser for norske myndigheter ved handlinger som berører barn. Hensynet til «barnets beste», som har opphav i konvensjonen, har blitt et anerkjent hensyn i norsk rett. I 2014 ble hensynet inkorporert i Grunnloven og har derfor grunnlovsrang.⁶¹

Artikkel 3 nr. 1 i Barnekonvensjonen har følgende ordlyd: «Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». En språklig forståelse av ordlyden tilsier at barnets interesse er et tungtveiende hensyn, som blant annet domstolene plikter å ta i betraktning. Høyesterett presiserer vekten av hensynet i Rt.2015.93 (65): «Hensynet skal ha stor vekt, og ved avveining mellom andre interesser skal hensynet til barnets beste ikke bare danne utgangspunkt, men løftes spesielt frem og stå i forgrunnen». I avgjørelser som berører barn må det derfor fremgå og synliggjøres at barnets interesser er identifisert, vurdert og veid opp mot eventuelle andre hensyn. Dersom andre hensyn skal gå foran «barnets beste», må de være saklige og tilstrekkelig tungtveiende.⁶² Hensynet til «barnets beste» handler altså om å ivareta barnet og barnets interesser, slik at barnet skal få mulighet til å bli et fullverdig og suksessfullt menneske.⁶³

Ved spørsmål om straff er det imidlertid utfordrende å fastsette hva innholdet i hensynet konkret dreier seg om.⁶⁴ I rettspraksis er det eksempelvis uttalt at forvaring ville være den

⁶⁰ Barnekonvensjonen ble i 1999 ratifisert i Norge og ved lov 1.august 2003 nr. 86 ble konvensjonen inkorporert i norsk rett. Konvensjonen er gitt forrang foran annen norsk lovgivning, jf. LOV-1999-05-21-30 § 3.

⁶¹ Jf. Grunnloven § 104 andre ledd

⁶² Se Mona Martnes, "Fengsling Av Barn I Spenningen Mellom Allmennprevensjon Og Barnets Beste," *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 13, no. 3 (2015). s. 244

⁶³ Jf. Michael D. A. Freeman, *Article 3 : The Best Interests of the Child, Best Interests of the Child* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007). s. 40 og Ingunn Fornes, "Straff Av Barn - Frihetsstraffene Og Alternativene" (Avhandling av graden philosophiae doctor (ph.d), Universitetet i Bergen 2018). s. 195

⁶⁴ Jf. Fornes. s. 196

beste løsningen for den tiltalte, fordi «... bare den løsningen vil gi tiltalte [ei 15 år gammel jente] en sikkerhet mot å bli løslatt i en situasjon hvor hun kan komme til å begå nye, alvorlige voldsforbrytelser».⁶⁵ Det er også uttalt i en annen sak at «Retten vil særlig bemerke at i et tilfelle som herværende hvor det er sannsynlig årsakssammenheng mellom tiltaltes organiske personlighetsforstyrrelse i hjerneskade ved fødselen og de aktuelle handlinger, kan vanskelig *en tidsubestemt straff som forvaring sies å være til barnets beste*» (min uth.).⁶⁶

Høyesterett har i følgende dom avklart at hensynet til «barnets beste» er et argument mot forvaring. I HR-2017-290-A konkluderte Høyesterett først med at vilkårene for forvaring i utgangspunktet var oppfylt, for så å stille spørsmål ved hvilken vekt hensynet hadde i den konkrete saken. Høyesterett stilte opp følgende vurderingstema: «Spørsmålet er om vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».⁶⁷ Det har vært lang tradisjon i Norge for at ung alder er et helt sentralt moment i straffeutmålingen.⁶⁸ Det at Høyesterett anvender hensynet til barnets beste som et selvstendig vurderingstema, er imidlertid relativt nytt.⁶⁹ Det fremgår av den siterte dommen at hensynet til barnets beste representerer fire momenter: Først og fremst var det særlig *jentas alder* som begrunnet at det ikke burde idømmes forvaring. Dernest la Høyesterett vekt på at jenta ikke tidligere hadde fått den *korreksjonen* som ligger i en frihetsberøvelse og at *forvaring aldri tidligere hadde blitt idømt et barn*. Til sist vektla Høyesterett det at *farlighetsbedømmelsen generelt er mer usikker jo yngre barnet er*.⁷⁰ Når Høyesterett likevel kom til at det måtte idømmes forvaring i denne saken, var det fordi behovet for å beskytte samfunnet veide tyngre enn disse forholdene.⁷¹ I den samme dommen har Høyesterett i avsnitt 75 avklart hvordan hensynet konkret skal forstås: «Selv om det nok også kan være negativt for A å bli løslatt dersom hun utgjør en kvalifisert fare for omgivelsene, mener jeg samlet sett at det må anses mer belastende for henne å bli dømt til forvaring enn til fengselsstraff». På bakgrunn av de skadevirkningene og belastningene frihetsberøvelse og særlig forvaring innebærer, er det også lagt til grunn i forarbeider at det er relativ stor

⁶⁵ Jf. TAHER-2015-13241 s. 23 (Asker og Bærum tingrett)

⁶⁶ Jf. TKISA-2017-90977 s.17 (Kristiansand tingrett)

⁶⁷ Jf. HR-2017-290-A (73), se kapittel 5 for nærmere beskrivelse av dommen.

⁶⁸ Jf. Rt.2004.804 (19)

⁶⁹ Jf. Fornes. s. 193

⁷⁰ Jf. HR-2017-290-A (76 – 80)

⁷¹ Jf. HR-2017-290-A (80)

enighet om at frihetsberøvelse generelt ikke er ansett å være til barnets beste.⁷² Når forvaring likevel idømmes er det altså fordi det er andre hensyn enn hensynet til «barnets beste», som tilsier bruk av forvaring - altså tungtveiende samfunnsmessige hensyn.⁷³

Når Høyesterett anvender vurderingstemaet skissert i avsnittet overfor, åpnes det opp for at hensynet til «barnets beste» kan endre en konklusjon om forvaring. Dette til tross for at vilkårene i utgangspunktet er oppfylt. Om og så fall i hvilke situasjoner dette hensynet faktisk vil kunne medføre at vilkårene for forvaring *likevel* ikke er oppfylt, når retten allerede har konstatert at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter», gjenstår for rettspraksis å avklare.

3.4.2 Artikkel 37 og 40

I konvensjonen er det spesielt to andre artikler som er relevante når det er spørsmål om å straffe barn; artikkel 37 og artikkel 40(1). Begge artiklene er utslag av at hensynet til «barnets beste» skal være et tungtveiende hensyn som taler mot bruk av straff. Artiklene må leses på bakgrunn av at det er både i barnets og samfunnets interesse at straffereaksjonen som benyttes, gjør barnet i stand til å leve et liv uten kriminalitet.⁷⁴

Artikkel 37 regulerer hvordan idømmelse av straff kan skje på en måte som er i tråd med hensynet til «barnets beste». Denne artikkelen er derfor ment som et utslag av at det kan være behov for å straffe barn, men at det i så tilfelle må skje under visse forutsetninger.

Relevant i for temaet i oppgaven er blant annet at artikkelen medfører at barn ikke kan dømmes til livstid i fengsel.⁷⁵ Som tidligere nevnt er det anført at en konsekvens av forbudet mot livsvarig fengsel, er at det ikke er tillatt å dømme barn til forvaring.⁷⁶

Høyesterett har derimot avkreftet denne påstanden: Forvaring innebærer *mulighet for prøveløslatelse* og det er også en forutsetning at forvaringsdømte skal slippe ut i samfunnet

⁷² Jf. NOU 2008: 15 s. 104

⁷³ Jf. Fornes. s. 211

⁷⁴ Se Martnes. s. 239

⁷⁵ Art 37a): «Partene skal sikre at intet barn utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Verken dødsstraff eller livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse skal idømmes for lovovertridelser begått av personer under 18 år»

⁷⁶ Se siste avsnitt under punkt 3.3

igjen.⁷⁷ En annen begrensning som følger av artikkel 37 er at frihetsberøvelse av barn bare skal «... benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom».⁷⁸ I Norsk lovgivning er denne artikkelen, herunder at frihetsberøvelse skal være «en siste utvei» når siktede er et barn, bakgrunnen for at det etter strl. § 33 første ledd første setning, må være «særlig påkrevd for at barn skal kunne dømmes til fengsel».⁷⁹ Formålet med denne regelen er i størst mulig grad å redusere bruken av frihetsberøvelse slik at frihetsberøvelse bare benyttes når det er begått alvorlig kriminalitet og det ikke finnes noen andre passende alternativer.⁸⁰ At forvaring overfor barn bare kan benyttes når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» må også sees på som utslag av blant annet denne artikkelen.⁸¹

Artikkel 40 (1) i konvensjonen sikrer at barn i strafferettspleien blir *behandlet* på en måte som er i tråd med hensynet til «barnets beste».⁸² Ikke bare har barn rett til å bli behandlet på en måte som blant annet «... fremmer barnets følelse av verdighet og egenverdi ...», men også på en måte som «... fremmer reintegrering, slik at de påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet ...». Etter ordlyden gir artikkel 40 (1) gir anvisning på at det bør velges en reaksjon som tar sikte på å reintegrere barnet i samfunnet.⁸³ Det følger av forarbeidene at artikkelen legger føringer for lovgiver og også gir retningslinjer for andre aktører i strafferettspleien i forbindelse med behandling av barn som har begått lovbrudd, men den er altså ikke en konkret rettighet for barnet. Imidlertid vil artikkelen kunne tjene som tolkningsmoment der innholdet i øvrige konvensjonsbestemmelser skal fastlegges.⁸⁴ Når det

⁷⁷ Se HR-2017-290-A (72)

⁷⁸ Art. 37 b: «Partene skal sikre at: intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av barn skal skje på lovlig måte og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom,»

⁷⁹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)s. 436

⁸⁰ Jf. William Schabas, Helmut Sax, and André Alen, *Article 37 : Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment, and Deprivation of Liberty : A Commentary of the the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden ;, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006). s. 82

⁸¹ Se punkt 5.3 for nærmere beskrivelse forholdet mellom strl. §§ 40 og § 33

⁸² Art 40 nr.1: «Partene anerkjenner at ethvert barn som beskyldes for, anklages for eller finnes å ha begått et straffbart forhold, har rett til å bli behandlet på en måte som fremmer barnets følelse av verdighet og egenverd, som styrker barnets respekt for andres menneskerettigheter og grunnleggende friheter og som tar hensyn til barnets alder og ønskeligheten av å fremme barnets reintegrering, slik at det påtar seg en konstruktiv rolle i samfunnet.

⁸³ Fornes. s. 205

⁸⁴ Jf. NOU 2008: 15 s. 115

i ungdomsenhetene jobber et tverrfaglig team som arbeider nettopp for særskilt behandling og individuell tilpasset oppfølging er det blant annet med bakgrunn i denne artikkelen.⁸⁵

Å dømme barn til forvaring er altså etter gjeldende rett ikke i strid med barnekonvensjonens forpliktelser etter artikkel 37 a eller artikkel 37 b. Når det også i norske fengsler legges til rette for og aktivt jobbes i retning av rehabilitering og reintegrering tilbake til samfunnet, synes også institusjonelle forhold å være i tråd med forpliktelse etter barnekonvensjonen artikkel 40 (1). Når idømmelse av forvaring overfor barn *likevel* blir kritisert med bakgrunn i Barnekonvensjonen, er dette knyttet til at forvaring innebærer et farlighetsstempel og en tidsubestemthet. Det er anerkjent at farlighetsstempelet kan følge barnet livet ut.⁸⁶ Et slikt stempel kan i seg selv vanskeliggjøre barnets mulighet til faktisk å påta seg en konstruktiv rolle i samfunnet i fremtiden.⁸⁷ Når frihetsberøvelse av barn skal være for «et kortest mulig tidsrom», blir også en tidsubestemt straff problematisk.⁸⁸ Forvaring av barn vil imidlertid i praksis kun være aktuelt som «siste mulige alternativ»: Vilklårene for forvaring vil svært sjeldent være oppfylt når siktede er et barn.⁸⁹ I de to neste kapittelene er det vilklårene for å dømme barn til forvaring som er i temaet.

⁸⁵ Jf. Prop. 135 L (2010-2011)s 10-11

⁸⁶ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

⁸⁷ Jf. Gröning & Sætre s. 23

⁸⁸ Jf. Gröning & Sætre s. 23

⁸⁹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 282

4 Generelle vilkår for idømmelse av forvaring

4.1 Generelt om vilkårene for idømmelse av forvaring

Temaet i kapittel 4 er de generelle vilkårene for forvaring. Disse vilkårene gjelder uavhengig av den siktedes alder. I kapittel 5 vil særregelen som kun gjelder for barn bli behandlet.

Vilkårene finner en i strl. § 40. Hovedregelen er at barn ikke skal dømmes til forvaring.⁹⁰

Som vist under kapittel 3, har barn stort potensial for modning og endring, og de er i tillegg spesielt sårbare for straff. Idømmelse av forvaring er derfor begrenset helt spesielle tilfeller, når siktede er et barn.⁹¹ Mer presist vil forvaring derfor kun anvendes når barn har begått svært alvorlig kriminalitet.⁹² Vilkårene for forvaring vil i tillegg svært sjeldent være oppfylt.⁹³

For at forvaring skal kunne idømmes må først og fremst grunnvilkåret være oppfylt:

*fengselsstraff må ikke kunne sikre tilstrekkelig vern av samfunnet.*⁹⁴ I tillegg må en *privat integritetskrenkelse* være begått og det må være en *viss grad av gjentakelsesfare*.⁹⁵ Selv om grunnvilkåret kommer først i lovteksten, er det vanlig og mest hensiktsmessig at vilkåret behandles etter at gjentakelsesfare eventuelt er konstatert. Først når gjentakelsesfare er slått fast har retten grunnlag for å vurdere om en tidsbestemt reaksjon sikrer tilstrekkelig beskyttelse mot fremtidig kriminalitet.⁹⁶

⁹⁰ Jf. strl. § 40 første ledd andre setning

⁹¹ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

⁹² Se Fornes s.414

⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 282

⁹⁴ Jf. Gröning, Jacobsen og Husabø s. 620. Se Rt.2014.495 (36) hvor uttrykket «grunnvilkåret» ble benyttet. Se strl. § 40 første ledd første setning.

⁹⁵ I Gröning, Jacobsen og Husabø s. 618, se strl. § 40 første og andre ledd.

⁹⁶ I Gröning, Jacobsen og Husabø s. 620, se f.eks Rt.2002.1673 s 1674

4.2 Lovbruddets art

Lovteksten lister opp lovbrudd som i utgangspunktet kan kvalifisere til forvaringsstraff: «Voldslovbrudd, seksuallovbrudd, frihetsberøvelse, ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare ...», jf. strl. § 40 første ledd første setning. Allerede i ordlyden her blir det synlig at forvaring er ment å beskytte mot «alvorlige, personlige integritetskrenkelser».⁹⁷ Lovteksten åpner likevel opp for at også lovbrudd av «mindre alvorlig art» kan danne grunnlag for forvaring, når lovbrøyteren *tidligere* har begått et lovbrudd av alvorlig art.⁹⁸ Formålet med strl. § 40 annet ledd, altså når lovbrudd av «mindre alvorlig art» er begått, er å fange opp de tilfeller hvor en lovbrøyter tidligere har manifestert farlighet.⁹⁹ I de tilfeller hvor «mindre alvorlig kriminalitet» danner grunnlag for en forvaringsstraff må det i tillegg være «nær sammenheng» mellom det lovbruddet siktelsen nå gjelder og det tidligere alvorlige lovbruddet, jf. strl. § 40 annet ledd bokstav b. I tillegg kreves det i disse tilfellene at gjentakelsesfaren er «særlig nærliggende», jf. strl. § 40 annet ledd bokstav a. Vurderingstemaet, enten det er begått lovbrudd av «alvorlig art» eller av «mindre alvorlig art», er om den begåtte forbrytelsen krenket «andres liv, helse eller frihet eller utsatte disse rettsgodene for fare».¹⁰⁰ Hvor stor grad av fare det kreves for at de nevnte rettsgodene er utsatt for «fare», varierer avhengig av om lovbruddet er alvorlig eller mindre alvorlig. Ved alvorlige lovbrudd kreves det *konkret fare*. Det betyr at det lovbruddet som er begått direkte må ha truet andres liv, helse eller frihet.¹⁰¹ Ved mindre alvorlig lovbrudd er det tilstrekkelig med *abstrakt fare*. Det betyr at det foreligger fare når rettsgodene liv, helse eller frihet, er utsatt for en viss risiko.¹⁰² Adgangen til å idømme forvaring er generelt sett altså nokså vid, og slik at både forsøk på og medvirkning til lovbrudd kan danne grunnlag for forvaring.¹⁰³

⁹⁷ Jf. Johs Andenæs, Rieber-Mohn, Georg Fr, Sæther, Knut Erik, *Alminnelig Strafferett*, 6. utg. ed. (Oslo: Universitetsforl., 2016). s. 529

⁹⁸ Jf. strl. § 40 annet ledd.

⁹⁹ Jf. Andenæs. m.fl. (2016) s. 531

¹⁰⁰ Jf. Strl. § 40 første ledd første setning

¹⁰¹ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 112

¹⁰² Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 112

¹⁰³ Jf. Grønning, Jacobsen og Husabø s. 622 se også Rt.2006.309 (15-20)

Når lovbrysteren er et barn, kan imidlertid ikke adgangen forstås likt som for voksne, nettopp fordi forvaring da, som flere ganger nevnt, bare skal benyttes i helt spesielle tilfeller.¹⁰⁴

Grensen mellom kriminalitet av «alvorlig» og «mindre alvorlig art» er altså ikke særlig relevant når lovbrysteren er et barn.¹⁰⁵ Som tidligere nevnt vil forvaring kun være aktuelt overfor barn når de mest alvorlige lovbrudd er begått, og når det heller ikke er tvil om at lovbruddet er av alvorlig art.¹⁰⁶ Foreløpig har forvaring overfor barn kun blitt idømt ved et overlagt drap, og spørsmål om forvaring har kun vært aktuelt når svært alvorlige lovbrudd er begått.¹⁰⁷ Fornes presiserer at det trolig kun er drap eller terror som vil kunne nå opp til den høye terskelen for idømmelse av forvaring overfor barn.¹⁰⁸ Ved andre lovbrudd vil barnets potensial for modning og endring føre til at andre straffereaksjoner både er tilstrekkelige og mer hensiktsmessige.¹⁰⁹

4.3 Gjentakelsesvilkåret

Videre er det neste vilkåret at det foreligger en viss grad av gjentakelsesfare. Hvor stor grad av fare som kreves vil avhenge av hvor alvorlig den begåtte forbrytelsen er, og hvor alvorlig kriminalitet faren refererer seg til.¹¹⁰ Når lovbrysteren har begått et lovbrudd av alvorlig art, stilles det krav om at det må være en «nærliggende fare» for gjentakelse av alvorlig kriminalitet.¹¹¹ En språklig forståelse av begrepet «nærliggende fare» trekker i retning av at det er relativ stor sannsynlighet for at gjerningspersonen vil begå nye alvorlige lovbrudd. I rettspraksis er innholdet i dette vilkåret presisert: Faren for tilbakefall må være konkret og vurderes som reell.¹¹² Høyesterett har presisert at: «Vurderingen av tilbakefallsfaren vil generelt være mer usikker jo yngre barnet er».¹¹³ Derfor må det mer til for at gjentakelsesvilkåret er oppfylt når siktede er et barn, enn når siktede er voksen. Vurderingen

¹⁰⁴ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

¹⁰⁵ Jf. Fornes. s. 413

¹⁰⁶ Jf. Fornes. s. 413

¹⁰⁷ Jf. HR-2017-290-A, se også Rt-2007.791, Jf. Fornes s. 423 og Rt.2002.1677

¹⁰⁸ Jf. Fornes. s. 414

¹⁰⁹ Jf. Fornes. s. 414; se også Prop. 135 L (2010-2011) s. 99 - 100

¹¹⁰ Jf. Georg Fr Rieber-Mohn, "Forvaring - En Strafferettslig Reaksjon," *Juristkontakt nr 4 2003 s 36 - (JK-2003-4-36) og Juristkontakt nr 5 2003 s 35 - (JK-2003-5-35)* (2003), <https://lovdata.no/pro/JUS/rieber-mohn-gf-2003-01>. For saker av «mindre alvorlig art» må gjentakelsesfare, som nevnt, være «særlig nærliggende».

¹¹¹ Jf. strl. § 40 andre ledd

¹¹² Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 112, se også Rt.2014.495 (27)

¹¹³ Jf. Rt.2006.641 (12), se også Rt.2002.1677 s. 1682

av om gjerningspersonen utgjør en fare for samfunnet knytter seg først og fremst til domstidspunktet.¹¹⁴ Vurderingsmomentene følger eksplisitt av strl. § 40 fjerde ledd: «Ved vurderingen av faren for tilbakefall ... skal det legges vekt på det begåtte lovbruddet sammenholdt særlig med lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevner». I tillegg skal det «særlig legges vekt på om lovbrysteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et lovbrudd som nevnt i første ledd.»¹¹⁵

Kunnskap om vurderingsmomentene får retten blant annet fra rettssakkyndiges vurdering eller fra personundersøkelsen, jf. strl. § 40 femte ledd. Selv om det etter lovteksten er opp til retten å beslutte om det skal oppnevnes rettssakkyndig, er det vanlig praksis at det foretas rettssakkyndig vurdering i tillegg til personundersøkelse i alle saker som gjelder forvaring.¹¹⁶ Det å innhente opplysninger omkring barnets personlige og sosiale forhold er imidlertid ikke alltid til barnets beste.¹¹⁷ Vidtgående og omfattende risikovurderinger omkring barnet kan påvirke barnets selvbylde i en negativ retning og bidra til å stigmatisere det som farlig. Når siktede er et barn, benyttes det derfor spørreskjema basert på dialog med barnet, fremfor standardiserte skjema med ja/nei spørsmål som ellers er vanlig.¹¹⁸ I det følgende vil det redegjøres for innholdet i disse vurderingsmomentene.

Det begåtte lovbruddet står sentralt i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare.¹¹⁹ Motivet for det begåtte lovbruddet, hvem som er rammet og i hvilken hensikt gjerningspersonen handlet, er relevante undermomenter. I tillegg til at dette momentet danner utgangspunkt for vurderingen, så indikerer også lovbruddets art og omfang hvor strenge krav det stilles til de øvrige momentene i vurderingen. Dersom det foreligger flere alvorlige forbrytelser, stilles det altså ikke like strenge krav til de andre momentene.¹²⁰ Det

¹¹⁴ Se for eksempel Rt.2006.1033 (14)

¹¹⁵ For saker av mindre alvorlig art er det som nevnt et det et vilkår at siktede tidligere har begått kriminalitet.

¹¹⁶ Jf. Andenæs. m.fl (2016) s. 532

¹¹⁷ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 79

¹¹⁸ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 79

¹¹⁹ Jf. Rt.2002-1667 s. 1669

¹²⁰ Jf. Rt.2007.187 (27)

sentrale er at forhold allerede ved det det begåtte lovbruddet kan indikere at det foreligger en viss grad av gjentakelsesfare.¹²¹

Det lovbruddet gjerningspersonen har begått må videre sees i sammenheng med særlig eventuell *tidligere kriminalitet*.¹²² Tidligere kriminalitet er et spesielt viktig moment, uavhengig av om den siktede tidligere er domfelt.¹²³ Særlig relevant og tungtveiende er det dersom den tidligere kriminaliteten danner et *mønster*.¹²⁴ Som Fornes peker på er kriminell atferd i ung alder en viktig risikofaktor for nye kriminelle lovbrudd og fravær av tidligere voldshandlinger er et viktig argument *mot* at det er nærliggende fare for gjentakelse.¹²⁵ I Ot.prp. nr. 87 er det eksempelvis uttalt at «Det beste grunnlaget for å forutsi ny alvorlig kriminalitet hos tilregnelige lovbrøyttere har man ... i de tilfeller hvor lovbrøytteren tidligere har begått en rekke alvorlige forbrytelser». ¹²⁶ Tidligere var det et vilkår at også tidligere kriminalitet var begått, også ved lovbrudd av alvorlig art. I dag er det uenighet om det *bør* være et vilkår for å idømme forvaring.¹²⁷

Rettspraksis trekker i retning *tidligere kriminalitet* er et spesielt viktig moment når siktede er et barn. I de to følgende sakene har Høyesterett uttalt seg om idømmelse av forvaring overfor *unge* mennesker. I Rt.2007.791 (34) uttalte Høyesterett at «Når ung alder [siktede var mellom 20 og 21 år på handlingstidspunktet] blir kombinert med at domfelte ikkje tidligere er straffa, meiner eg at det i det minste er slik tvil om det er tilstrekkelig grunn til forvaring, at dette bør slå gjennom». I HR-2014-970-A (44) ble dette utsagnet gjentatt i en annen sak hvor gjerningspersonen var 18 år på handlingstidspunktet.¹²⁸ I HR-2017-290-A hvor Høyesterett dømte ei 15 år gamle jente til forvaring hadde jenta blant annet hatt et handlingsmønster med repeterende voldelig atferd forut for lovbruddet tiltalen gjaldt.¹²⁹

¹²¹ Under punkt 6 vil det bli vist at det ikke er tilstrekkelig at det er begått ett alvorlig og veloverveid drap for å dømme barn til forvaring.

¹²² Jf. strl. § 40 fjerde ledd andre setning

¹²³ Se HR-2010-945-A (21). Det vil også ofte være tilfellet når barn begår lovbrudd

¹²⁴ Se eksempelvis HR-2010-945-A (20)

¹²⁵ Jf. Fornes.s. 428-429

¹²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 81

¹²⁷ Jf. Grønning, Jacobsen og Husabø s. 618, Jf. NOU 2002: 4 s. 253 jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 278 - 279 og Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 87-88

¹²⁸ Se for øvrig også Rt.2006.641 (12) for liknende uttalelse

¹²⁹ Se HR-2017-290-A (49) og (52)

Det var nettopp det begåtte lovbruddet, et overlagt drap og i tillegg at denne jenta hadde hatt et handlingsmønster med voldelig atferd forut fra drapet, som dannet grunnlag for at gjentakelsesfaren var nærliggende.¹³⁰ Om dette betyr at forvaring ikke *kan* idømmes når siktede er et barn som ikke tidligere har begått kriminalitet, fremstår etter dette som uklart og gjenstår for rettspraksis å avklare. Det som uansett er helt sikkert at tidligere kriminelt og spesielt om det foreligger et *handlingsmønster av kriminell atferd*, er et spesielt viktig moment i retning gjentakelsesfare.

Retten må som nevnt også vurdere *lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne*.¹³¹ Her er det særlig de rettssakkyndiges vurdering av grad av risiko for fremtidig vold, som danner grunnlaget. *Lovbryterens atferd*, både forut for og også etter lovbrudd, er relevant fordi atferden kan vise om lovbryteren har forstått alvoret i saken og derfor ikke ønsker å havne i en lignende situasjon i fremtiden. Dersom gjerningspersonen eksempelvis viser tegn til høyt aggresjonsnivå vil det kunne være et moment som trekker i retning av fare for gjentakelse.¹³² I Rt.2013.963 la Høyesterett for eksempel vekt på at den siktede *ikke* ønsket, eller hadde forståelse for at det var et behov for at han endret seg. Den siktedes anvende vold i situasjoner som krenket han, og blant annet derfor mente Høyesterett i denne saken at det forelå reell og kvalifisert fare for gjentakelse av alvorlig kriminalitet.¹³³ *Lovbryterens sosiale funksjonsevne* kan indikere om lovbryteren har tilhørighet til et belastet miljø og derfor om det er sannsynlighet for eksempelvis dårlig påvirkning. Gjerningspersonens miljø- og familietilhørighet, seksualitet, forhold til alkohol og narkotika er andre forhold som inngår i denne vurderingen.¹³⁴ Når det gjelder *personlig funksjonsevne* vil lovbryterens psykiske tilstand, som klarlagt i personundersøkelsen og eventuelt en rettspsykiatrisk undersøkelse, være av betydning.¹³⁵ Det vil på denne bakgrunn være viktig å avklare om lovbryteren oppfyller vilkårene for en psykisk lidelse.¹³⁶ Lovbryterens utvikling i de senere år og videre prognoser er altså også viktige

¹³⁰ Jf. HR-2017-290-A (52)

¹³¹ Jf. strl. § 40 fjerde ledd første setning

¹³² Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 107-109

¹³³ Jf. Rt.2013.963 (22)

¹³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)s. 112

¹³⁵ Jf. Rieber-Mohn. s. 7

¹³⁶ Se for eksempel HR-2013-1382-A (19-22)

undermomenter.¹³⁷ Ettersom barn som nevnt har stort potensial for modning og endring er det spesielt vanskelig å sette diagnose og å forutse deres handlingsvalg. I HR-2017-290-A fremgår det likevel av de rettsakkyndiges vurdering at det i dag er «... både klinisk og vitenskapelig godt belegg for å bruke ... diagnoser også på barn og ungdommer».¹³⁸

Når retten konkluderer med at det foreligger konkret og reell gjentakelsesfare, så er neste spørsmålet hvor lenge denne faren består. Dersom fengselsstraff sikrer samfunnet mot den konkrete faren, vil forvaring ikke kunne idømmes. Derfor må retten ta stilling til om det er behov for å holde gjerningspersonen frihetsberøvet *utover* den beskyttelse den tidsbestemte reaksjonen gir. Det siste vilkåret er altså grunnvilkåret.

4.4 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret gir uttrykk for at formålet med forvaring er å beskytte samfunnet mot at spesielt *farlige lovbrutere* begår ny alvorlig kriminalitet i fremtiden.¹³⁹ Grunnvilkåret følger av strl. § 40 første ledd første setning: «Når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet, kan forvaring i anstalt under kriminalomsorgen idømmes ...». Vurderingen av om fengselsstraff sikrer tilstrekkelig beskyttelse, er knyttet opp til lengden på den alternative tidsbestemte fengselsstraffen. Ved vurderingen av hvor lang tidsbestemt fengselsstraff som er aktuell i saken, skal det imidlertid ikke tas hensyn til prøveløslatelse.¹⁴⁰ Vurderingstemaet er om gjerningspersonen utgjør en fare for samfunnet *utover* den samfunnsbeskyttelse den tidsbestemte straffen gir.¹⁴¹ Grunnvilkåret vurderes på tidspunktet for domfellelse, men retten må likevel vurdere hvordan situasjonen på løslatelsestidspunktet vil være. Høyesterett har uttalt følgende om hvordan denne vurderingen skal foretas «Denne vurderingen står i nær forbindelse med gjentakelsesvilkåret, men blikket rettes nå inn i fremtiden, mot den faren som eventuelt foreligger når domfelte ved endt tid skal løslates.»¹⁴² Rettssakkyndiges vurdering, herunder behandlingsutsikter og prognoser for

¹³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 112

¹³⁸ Jf. HR-2017-290-A (78)

¹³⁹ Jf. Rt.2007.1056 (110)

¹⁴⁰ Jf. Rt.2004.209 (21)

¹⁴¹ Jf. Rt.2011.1717 (36)

¹⁴² Jf. Rt.2007.187 (23)

endring i sosiale situasjoner, herunder familie- og jobbmuligheter vil altså være særlig sentrale momenter.¹⁴³

Når gjerningspersonen er et barn kan den tidsbestemte straffen aldri vare lenger enn 15 år og den bør ikke vare lengre enn 10 år.¹⁴⁴ Det å vurdere om frihetsberøvelse er tilstrekkelig, når siktede er et barn, vil av denne grunn knyttes opp mot et *kortere tidsrom* enn når siktede er voksen. Eksempelvis vil en voksen som begår et drap risikere et vesentlig lenger fengselsopphold enn et barn. Det er presisert av Departementet i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) på side 87 at det primære anvendelsesområdet for forvaring er de lovbrudd som kvalifiserer til en fengselsstraff opp til 6 - 8 års fengsel. Forvaring er imidlertid ikke utelukket ved kriminalitet som kvalifiserer til en lengre frihetsberøvelse, men en tidsubestemt reaksjon vil, i de aller fleste tilfellene, da ikke være nødvendig.¹⁴⁵ Når barn begår for eksempel drap, vil altså den tidsbestemte reaksjonen være langt kortere og derfor kan en tidsubestemt reaksjon i større grad være nødvendig. Fordi barn har stort potensial for modning og endring er likevel utgangspunktet at en fengselsstraff er tilstrekkelig, til forskjell fra når det skal vurderes om grunnvilkåret er oppfylt for voksne.¹⁴⁶ Det må kreves mer for å fastslå at hensynet til samfunnsvernet krever forvaring når siktede er et barn enn når siktede er voksen.¹⁴⁷ I rettspraksis har siktedes potensiale for modning og utvikling vært et helt sentralt moment. I Rt.2002.1677 presiserte Høyesterett at det var *så* vanskelig å forutse unge personers fremtid, at vilkårene for forvaring ikke kunne være oppfylt i den konkrete saken.¹⁴⁸ I HR-2017-290-A tok Høyesterett utgangspunkt i at den 15 år gamle jenta også hadde potensial for modning og utvikling, til tross for de sakkyndiges vurdering om at forbedring ville være en svært krevende oppgave og ville uansett ta svært langt tid.¹⁴⁹

¹⁴³ Jf. Gröning, Jacobsen og Husabø s. 620 - 621

¹⁴⁴ Jf. strl. §§ 43 og § 33

¹⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 87

¹⁴⁶ Jf. Fornes s.430, se eksempelvis HR-2018-675-A (46-47) hvor Høyesterett sa seg enig i Bergen tingretten som hadde uttalt at retten tar utgangspunkt i at gjentakelsesvilkåret er oppfylt ved spørsmål om fengselsstraff er tilstrekkelig.

¹⁴⁷ Jf. Fornes. s.430

¹⁴⁸ Jf. Rt.2002.1677 s.1682

¹⁴⁹ Jf. HR-2017-290-A (69) og (77)

Dersom retten konkluderer med at fengselsstraff ikke vil være tilstrekkelig til å verne samfunnet «kan» forvaring idømmes. Kan-skjønnen strl. § 40 første ledd har imidlertid begrenset betydning når de øvrige vilkårene for forvaring er oppfylt. Det må for voksne lovbrøtere foreligge «spesielle omstendigheter» hvis forvaring likevel ikke skal idømmes.¹⁵⁰ I Rt.2002.1677 ga Høyesterett uttrykk for at kan-vurderingen kunne ha realitetsbetydning når gjerningspersonen er ung.¹⁵¹ Denne dommen gjaldt konvertering av dom på sikring til forvaring, altså før forvaring som straffereaksjon ble innført. Saken gjaldt spørsmål om en rekke kriminalitet, herunder ran begått av en gutt. Noen av ranene var begått mens gutten var i 17-18 års alderen. Selv om Høyesterett mente at det ikke forelå kvalifisert fare for fremtidig kriminalitet uttalte Høyesterett at når den konkrete rettsanvendelsen skaper tvil, og når lovbrøteren er ung så kan denne skjønnsmessige kan-vurderingen få betydning. I HR-2017-290-A (81) synes imidlertid Høyesterett å ha endret rettstilstanden. I dommen har kan-skjønnen ingen betydning, selv om den siktede er et barn. Høyesterett uttalte at «jeg kan ikke se at det er andre momenter som kommer inn under kan-vurderingen ..., enn de jeg allerede har vært inne på». At kan-skjønnen har begrenset betydning må kunne sees i sammenhengen med særregelen som ble innført i 2012. Den skjønnsmessige helhetsvurderingen retten tidligere foretok under kan-skjønnen, er nå gitt utslag i at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for at forvaring skal kunne idømmes overfor barn.

¹⁵⁰ Jf. Rt.2002.1667 s.1671

¹⁵¹ Jf. Rt.2002.1677 s.1682

5 Særregel for barn

5.1 Generelt om særregelen for barn

I 2012 ble følgende regel tilføyd vilkårene i strl. § 40: «Når siktede er under 18 år, kan forvaring ikke idømmes med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter».

Utgangspunktet og hovedregelen er at altså at barn ikke skal idømmes forvaring. Da særregelen ble innført i 2012 var formålet å understreke at adgangen som var skulle være snever.¹⁵² Særregelen må for øvrig sees i sammenheng med strl. § 33 første ledd første setning - ubetinget fengselsstraff kan bare idømmes når det er «særlig påkrevd». Da denne regelen, strl. § 33, ble tilføyd i straffeloven 1902, var det også blitt vurdert av Departementet å lovfeste en lignende regel for idømmelse av forvaring overfor barn.¹⁵³ Departementet mente imidlertid at det ikke var nødvendig å lovfeste at terskelen for å dømme barn til forvaring skulle være snever, fordi vilkårene for forvaring uansett ville føre til at forvaring tilnærmet aldri ville bli benyttet.¹⁵⁴ Lovfesting av at det skal være høy terskel for at barn fratras friheten, altså strl. § 33, er et utslag av Norges forpliktelser gjennom barnekonvensjon.¹⁵⁵ En vurdering av om dette vilkåret «særlig påkrevd» er oppfylt beror på en vurdering av lovbruddets art og omfang og om annen reaksjon bør velges.¹⁵⁶ I HR-2013-142-A konkluderte således Høyesterett med at ubetinget fengselsstraff var «særlig påkrevd» ut i fra både individualpreventive og allmennpreventive hensyn. Det siktede barnet i denne saken hadde begått alvorlig kriminalitet, hatt atskillig kontakt med barnevernet, vært tidligere bøtelagt og det var tegn som tydet på at han ikke ville ha nytte av en straff i frihet.

Den overnevnte særregelen innebærer to kumulative vilkår. For det første må siktede være «under 18 år», og for det andre må det foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter». I de to neste punktene vil det redegjøres for disse to kravene.

¹⁵² Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

¹⁵³ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 282

¹⁵⁴ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 282

¹⁵⁵ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 253-254

¹⁵⁶ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 436

5.2 Aldersvilkåret

Særregelen kommer, som nevnt, til anvendelse når siktede er «under 18 år», jf. strl. § 40 første ledd andre setning. Det fremgår imidlertid ikke av lovteksten på hvilket tidspunkt siktede må være under 18 år for at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter». Det kan derfor fremstå som uklart om det er siktedes alder på handlingstidspunktet, siktelsestidspunktet eller domstidspunktet som avgjør om særregelen kommer til anvendelse.¹⁵⁷ Det er imidlertid flest grunner til å tolke regelen slik at det er når siktede er under 18 år på *handlingstidspunktet* at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter». I straffeloven 1902 § 39 c annet ledd, fremgikk det eksempelvis eksplisitt at særregelen kom til anvendelse når siktede er under 18 år på handlingstidspunktet. Det at det er handlingstidspunktet som er avgjørende for om regelen kommer til anvendelse, er også i overensstemmelse med øvrige bestemmelser i straffeloven.¹⁵⁸ Eksempelvis må det etter strl. § 33 foreligge «særlige grunner for at frihetsberøvelse skal kunne benyttes når siktede er «under 18 år på handlingstidspunktet». I forarbeidene fremgår det også at regelens formål er å gjøre adgangen til å idømme forvaring meget snever når siktede er under 18 år på handlingstidspunktet.¹⁵⁹ Hensynet til barns begrensede skyldevne, det vil si at barn ikke er like skyldige i sine handlinger som voksne, tilsier også at det er tidspunktet for handlingen som avgjør om barn skal behandles mildere enn voksne.¹⁶⁰

Når det ikke fremgår klart av lovteksten at regelen kommer til anvendelse når siktede er under 18 år på handlingstidspunktet, er det en mulighet for at regelen kan bli tolket og anvendt feil. Når en lovbrøyer er et barn på handlingstidspunktet, men ikke lenger på domstidspunktet, kan det bli anført at begrunnelsen for å innføre særregelen ikke lenger gjelder.¹⁶¹ Bakgrunnen for å innføre særregelen var, som nevnt, belastningene forvaring kan innebære for *barn*. Lovteksten bør derfor endres, slik at det fremgår klart at det er siktedes alder på *handlingstidspunktet* som avgjør om aldersvilkåret kommer til anvendelse.¹⁶²

¹⁵⁷ Jf. Fornes. s. 416 - 418

¹⁵⁸ Se for eksempel strl. §§ 33, §78 bokstav i), § 80 i) og § 43.

¹⁵⁹ Jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 105

¹⁶⁰ Jf. Fornes. s. 418

¹⁶¹ Jf. Fornes. s. 417

¹⁶² Jf. Fornes. s. 418

5.3 «Helt ekstraordinære omstendigheter»

Når siktede er under 18 år må det foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for at forvaring skal kunne idømmes, jf. strl. § 40 første ledd andre setning. Det fremgår ikke av lovteksten eller av forarbeider hvilket innhold eller omstendigheter kravet sikter til. Det er, som det i oppgaven videre vil bli redegjort for og illustrert, de omstendigheter som tilsier at lovbrøyteren er en fare for samfunnet, kravet må knyttes opp mot. Den videre forståelse og konsekvens av kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» er uklart. I det følgende presenterer Ingunn Fornes sitt synspunkt og deretter mitt.

Fornes har en videre tolkning av kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» enn det som er naturlig etter mitt syn.¹⁶³ Hun knytter kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» både opp mot det lovbruddet som er begått, altså det vilkåret som i denne oppgaven er kalt «lovbruddets art», og vurderingsmomentene i «gjentakelsesvilkåret». Etter Fornes' synspunkt kan forvaring benyttes overfor barn dersom det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» enten ved det lovbruddet som er begått, ved de vurderingsmomenter som tilsier at gjentakelsesvilkåret er oppfylt eller ved begge disse. Det at kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» knytter seg enten til lovbruddet som er begått eller til farevurderingen, får videre konsekvenser: Når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» ved det *lovbruddet som er begått*, er det fortsatt tilstrekkelig at gjentakelsesfaren er nærliggende. I disse tilfellene vil barnets potensial for modning og endring kunne tillegges betydelig vekt, slik at et en ubetinget fengselsstraff ofte vil være tilstrekkelig. Når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» ved *farevurderingen* heves imidlertid kravet til fare. Gjentakelsesfaren må da, etter hennes synspunkt, være ytterligere høyere enn «særlig nærliggende». I slike saker vil ikke barnets potensiale for modning og utvikling kunne få like stor vekt som når det er ekstraordinære omstendigheter ved selve lovbruddet. Ubetinget fengselsstraff vil derfor i større grad ikke kunne anses tilstrekkelig for å beskytte samfunnet.

¹⁶³ Jf. Fornes. 418 - 432

Etter mitt syn relaterer kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» seg kun til vurderingsmomentene, altså til farevurderingen. Et ekstraordinært lovbrudd vil derfor ikke alene kunne kvalifisere til forvaring dersom ikke også øvrige vurderingsmomenter i farevurderingen er «helt ekstraordinære». Det at det kun er disse omstendighetene kravet knytter seg til er i samsvar med begrunnelsen for å ha forvaringsadgangen; forvaring skal kunne benyttes når en lovbrøyer har *manifestert farlighet*. Terskelen for å idømme forvaring og derigjennom å stigmatisere barn som farlig, er som tidligere nevnt, svært høy. At et barn har begått et spesielt, urovekkende og kanskje «helt ekstraordinært» lovbrudd kan etter min mening ikke da være tilstrekkelig. I disse tilfellene vil en tidsbestemt reaksjon være tilstrekkelig, nettopp fordi barn *har* stort potensial for modning og endring. Når vurderingsmomentene er av helt ekstraordinær karakter, er det disse som danner grunnlag for at barnet ikke lenger har et slikt potensial for modning og endring. Slik jeg ser det, påvirkes imidlertid ikke kravet til gjentakelsesvilkåret: gjentakelsesfaren må fortsatt være «nærliggende», men det må likevel mer til for at kravet er oppfylt enn det som gjelder for voksne. Eksempelvis, som det i oppgaven er blitt vist, trekker rettspraksis i retning av at eventuell tidligere kriminalitet er et helt avgjørende moment når siktede er et barn.¹⁶⁴ Når vurderingsmomentene må være «helt ekstraordinære» vil barn bli dømt til forvaring kun i de tilfeller hvor det er særlig tungtveiende behov for å beskytte samfunnet.

Uavhengig av Fornes' eller mitt synspunkt er det klart at farevurderingen, herunder vurderingsmomentene, må være «helt ekstraordinære» for at barn skal kunne dømmes til forvaring. Etter at særregelen ble innført har det kun vært spørsmål om forvaring når drap eller drapsforsøk er begått.¹⁶⁵ og som nevnt finnes det kun ett tilfelle hvor det er idømt forvaring overfor barn. I dette tilfellet hvor et barn er dømt til forvaring, var det en drapshandling som kvalifiserte til straffen og det var vurderingsmomentene i gjentakelsesvilkåret som var «helt ekstraordinære». I det neste kapittelet vil rettspraksis studeres i den hensikt å klargjøre kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» ytterligere. Det vil videre undersøkes hva det er som faktisk gjør at disse vurderingsmomentene kan betegnes som «helt ekstraordinære omstendigheter».

¹⁶⁴ Se punkt 4.3.

¹⁶⁵ Jf. HR-2017-290-A, TKISA-2017-90977 (Kristiansand tingrett), og LA-2017-112563 (Agder lagmannsrett) TKISA-2017-78612 (Kristiansand tingrett)

6 «Helt ekstraordinære omstendigheter» i rettspraksis

6.1 Generelt om dommene

I det følgende vil jeg behandle to saker som har vært oppe i rettspraksis i 2017. Den ene saken er HR-2017-290-A der ei 15 år gammel jente ble dømt til forvaring. Den andre saken gjelder en 15 år gammel gutt som i Agder lagmannsrett¹⁶⁶ ikke ble dømt til forvaring, etter først å ha bli dømt til forvaring i Kristiansand Tingrett.¹⁶⁷

Dommen HR-2017-290 A, heretter kalt «Askerdrapet», gjelder saken der ei 15 år gammel jente ble dømt til forvaring i 9 år med en minstetid på 6 år for ett tilfelle av drap. Den alternative fengselsstraffen ble fastsatt til 8 – 9 år. Jenta bodde på en barneverninstitusjon, og hun drepte en ansatt ved denne institusjonen. Den ansatte var på nattevakt da drapet skjedde. Mens jenta flettet håret til den ansatte, fant hun frem et morgenkåpebelte hun hadde gjemt i lommen. Jenta la dette rundt halsen på den ansatte og strammet til. Etterhvert mistet den ansatte bevisstheten. Jenta knyttet da beltet rundt halsen hennes og festet enden på beltet rundt et dørhåndtak slik at den ansatte ble hengende etter halsen. Deretter fant jenta frem en kniv og knivstakk den ansatte gjentatte ganger inntil hun tilslutt sluttet å puste og dermed døde.

Den andre saken er fra Kristiansand. Den gjelder som nevnt to drap begått av en 15 år gammel gutt. Denne saken vil heretter bli nevnt som «Dobbeldrapet i Kristiansand». Saken ble først behandlet i Kristiansand tingrett som konkluderte med at vilkårene for forvaring var oppfylt. Deretter ble saken behandlet i Agder lagmannsrett som kom til motsatt resultat. Den alternative fengselsstraffen i denne saken ble fastsatt til 11 års fengsel. Gutten hadde knivstukket to personer slik at de begge blødde ihjel. Det første offeret var en 14 år gammel

¹⁶⁶ Jf. LA-2017-112563 (Agder lagmannsrett)

¹⁶⁷ Jf. TKISA-2017-78612 (Kristiansand tingrett)

gutt som gjerningspersonen hadde et uoppgjort forhold til. Det andre offeret var en tilfeldig forbipasserende voksen kvinne som prøvde å hjelpe det første offeret.

6.2 Domstolenes vurdering: Vilkårene for forvaring

I det følgende vil jeg presentere domstolenes vurdering av de to sakene. Redegjørelsen følger den samme rekkefølgen som under punkt 4: lovbruddets art, gjentakelsesvilkåret, grunnvilkåret og så særregelen. For å skape best mulig sammenligningsgrunnlag behandles begge sakene under hvert av vilkårene slik at Høyesterettsvurdering i Askerdrapet kommer først, deretter tingrettens og til sist lagmannsrettens i Dobbeltdrapet i Kristiansand.

I begge sakene var lovbruddene klart ansett som kriminalitet av «alvorlig art». Det medførte at gjentakelsesfaren måtte være «nærliggende» for at vilkårene for forvaring skulle være oppfylt, jf. strl. § 40 andre ledd.

Høyesterett mente at *det begåtte lovbruddet* i seg selv dannet grunnlag for at det forelå en viss grad av gjentakelsesfare.¹⁶⁸ De følgende omstendighetene var viktige både i retning av gjentakelsesfare og at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».¹⁶⁹ Det at jenta hadde gjemte morgenkåpebeltet i lommen og ba om å få flette håret på den ansatte forutsatte at jenta hadde *tenkt gjennom handlingen på forhånd*. På grunn av fremgangsmåten – det at jenta satte seg bak den ansatte slik at hun ikke fikk noe forvarsel eller mulighet til å forsvare seg mot det som kom - mente retten at drapet var *iverksatt på en utspekulert måte*. Fordi jenta hadde mulighet til å avbryte handlingen, men likevel valgte å fortsette etter at den ansatte besvimte, mente retten at jenta hadde *sterk gjennomføringsevne og vilje*. Retten trakk også frem at den ansatte var et *tilfeldig offer* som jenta i utgangspunktet hadde et godt forhold til. Jenta hadde ikke annet motiv for drapet enn et *ønske om å drepe*.

¹⁶⁸ Jf. HR-2017-290-A (44-47)

¹⁶⁹ Se punkt 6.3 for «tolkning av helt ekstraordinære omstendigheter»

I Dobbeltdrapet i Kristiansand vurderte Kristiansand tingrett¹⁷⁰ gjentakelsesvilkåret for å være oppfylt, mens Agder lagmannsrett¹⁷¹ mente at det ikke forelå gjentakelsesfare og uansett at kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» ikke var oppfylt. Kristiansand tingrett vektla at *de begåtte lovbruddene* var begge utført på en *svært brutal måte*. Gjerningspersonen hadde målrettet knivstukket begge ofrene, henholdsvis 28 og 32 ganger. Stikk hadde blitt rettet mot vitale organer, og flere av disse kunne alene være potensielt dødelige. Det at gjerningspersonen hadde tatt med seg kniv på skolen denne dagen og at han i tillegg ved flere anledninger hadde gitt uttrykk for at han ville drepe den 14 år gamle gutten, viste at det første av de to drapene hadde klare *elementer av forutgående planlegging*. Guttens motiv for å drepe den jevnaldrende var *hevn* for en forutgående uoverensstemmelse dem i mellom. Gjerningspersonens motiv for det andre drapet var imidlertid annerledes. I dette tilfellet var offeret en *tilfeldig forbipasserende* kvinne. Hun ønsket å hjelpe den 14 år gamle gutten som nettopp var blitt knivstukket. Det kvinnelige offeret kom nærmere for å se til gutten som lå på bakken. Da fant gjerningspersonen at det var mest naturlig også å knivstikke henne. Tiltalte valgte altså å drepe den forbipasserende kvinnen til tross for at han hadde muligheten til å avstå fra ytterligere voldshandlinger, ved for eksempel å trekke seg unna. Retten mente at dette viste at tiltalte hadde en *lav terskel for å utøve massiv og dødelig vold*. Tiltaltes motiv, å hindre at han ble oppdaget, understreker at drapet var å anse som en *rå, brutal, følelsesløs og veloverveid handling*. Agder lagmannsrett var enige i at drapene var egnet til å underbygge at det forelå en viss fare for nye alvorlige voldshandlinger, og kanskje større risiko for fremtidig vold enn det de sakkyndige hadde funnet grunnlag for.¹⁷²

Høyesterett konkluderte i Askerdrapet med at det forelå «nærliggende fare» for gjentakelse, basert på drapet og jentas *tidligere kriminalitet*.¹⁷³ På grunn av jentas lave alder var hun ikke tidligere domfelt, men Høyesterett vektla likevel at jenta hadde hatt et «*handlingsmønster med repeterende voldelig atferd*» forut for drapshandlingen. Det var særlig det at jenta tidligere hadde forsøkt å tenne på sengen til faren, samt at hun hadde angrepet to

¹⁷⁰ Jf. TKISA-2017-78612 s.11-14 (Kristiansand tingrett)

¹⁷¹ Jf. LA-2017-112563 s.14-15 (Agder lagmannsrett)

¹⁷² De sakkyndige mente at det forelå lav risiko for fremtidig vold, se LA-2017-112563 s.14-15

¹⁷³ Jf. HR-2017-290-A (48 – 52)

barnevernsansatte og politifolk med machete, som var begrunnelsen for denne vurderingen. Disse handlingene hadde likhetstrekk med drapet på den barnevernansatte; de var *planlagt* og rammet *personer som hun ikke hadde noe utestående med*.

Ettersom tiltalte i Dobbeltdrapet i Kristiansand ikke hadde begått tidligere kriminalitet, trakk dette momentet ikke i retning av gjentakelsesfare.

Høyesterett mente i Askerdrapet at jentas *atferd og sosiale og personlige funksjonsevne* underbygde at det forelå «nærliggende gjentakelsesfare».¹⁷⁴ Både det at jenta hadde uttrykt et *ønske om å drepe generelt og også hennes interesse for vold*, ble vektlagt. På jentas datamaskin og mobiltelefon fant politiet for eksempel bilder og filmer av grove voldshandlinger. Høyesterett vektla i tillegg de rettsakkyndiges vurdering av at jenta oppfylte diagnosen «emosjonelt ustabil personlighetsforstyrrelse, Borderline type» i tillegg til andre bidiagnoser.¹⁷⁵ Det at jenta hadde et sammensatt symptombilde, det som ble kalte et «*skadet sinn*» og at hun ikke ønsket å endre seg, tilsa et behov for behandling i meget lang tid. Hennes sterkt avvikende personlighetsutforming gjorde dessuten at det å behandle henne ble ansett å være en svært krevende oppgave.

I Dobbeltdrapet i Kristiansand mente tingretten at tiltaltes *atferd og sosiale og personlige funksjonsevne* også trakk i retning av at gjentakelsesvilkåret var oppfylt, til tross for de rettsakkyndiges vurdering av at det forelå lav risiko for fremtidig vold.¹⁷⁶ Særlig den etterfølgende atferd - det at han ønsket å skjule drapene for å slippe ansvar – mente retten understreket *hans manglende forståelse for alvor*. Tiltalte hadde også i et avhør uttalt at drapene «ikke var noen big deal – han hadde jo bare drept to folk, han var ikke noen serial killer».¹⁷⁷ Tingretten pekte også på at *hans manglende uttrykk for anger og hans interesse for spesielt voldelige filmer* understreket gjentakelsesfaren ytterligere. Det fremgår av domsgrunnene til Kristiansand tingrett, på side 15, at tiltalte var «registrert med 1721 søk på internett på temaer som Anders Behring Breivik, massedrap, skolemassakere,

¹⁷⁴ Jf. HR-2017-290-A (52- 65)

¹⁷⁵ Jf. HR-2017-290-A (57)

¹⁷⁶ Jf. TKISA-2017-78612 s.14-15 (Kristiansand tingrett)

¹⁷⁷ Jf. TKISA-2017-78612 s. 15 (Kristiansand tingrett)

seriedrapsmenn mm». De rettsakkyndige i saken mente likevel, at fordi det forelå flere beskyttende faktorer, utgjorde tiltalte en lav risiko for fremtidig vold: Tiltalte hadde prososialt engasjement, sterk sosial støtte og sterk tilknytning til skole, positive holdninger til intervensjoner og autoriteter, og han hadde motstandsdyktige personlighetstrekk. For tingretten ble det imidlertid avgjørende at tiltalte til *tross for disse beskyttelsesfaktorene valgte å begå drapene*. Det heter i tingrettens avgjørelse at «når denne normaliteten ikke har vært tilstrekkelig til å hindre ham i ikke å bare forvolde ett men to drap, finner retten at det foreligger slik gjentakelsesfare som kreves». ¹⁷⁸ Lagmannsretten støttet seg til de rettsakkyndiges vurdering i denne saken og mente at tiltaltes *atferd og sosiale og personlige funksjonsevne* ikke trakk i retning av at det forelå fare for gjentakelse. ¹⁷⁹ Det at tiltalte hadde et selvmordsforsøk og at han var nedstemt i en lengre periode etter drapene tilsa at han ikke var uberørt av handlingene sine. Om disse forholdene skyldes mangel på anger eller depresjon generelt sett, ville lagmannsretten for øvrig ikke uttale seg nærmere om. Tiltaltes interesse for vold kunne for øvrig etter Lagmannsrettens syn bare tillegges helt begrenset vekt.

Høyesterett tok i Askerdrapet uttrykkelig stilling til grunnvilkåret: om ordinær fengselsstraff vil være tilstrekkelig til å verne samfunnet. ¹⁸⁰ Som redegjort for under punkt 4.4 tok Høyesterett utgangspunkt i jentas *potensial for modning og utvikling*. For øvrig støttet Høyesterett seg til lagmannsrettens vurdering av om fengselsstraff ville gi tilstrekkelig samfunnsvern. ¹⁸¹ På grunn av at *det ikke var noe i jentas situasjon som tilsa at hennes psykiske situasjon hadde blitt bedret* og det at *behandling vil være nødvendig i lang tid* og uansett ville være en *svært krevende oppgave*, konkluderer retten med at grunnvilkåret var oppfylt. Tvangsinnleggelse var ikke et alternativ fordi vilkårene ikke var oppfylt. Samlet sett var det altså behov for å holde jenta atskilt fra samfunnet utover den alternative fengselsstraffen på 9 år.

¹⁷⁸ Jf. TKISA-2017-78612 s.14 (Kristiansand tingrett)

¹⁷⁹ Jf. LA-2017-78612 s.14-16 (Agder lagmannsrett)

¹⁸⁰ Jf. HR-2017-290-A (66 – 71)

¹⁸¹ Jf. HR-2017-290-A (70), se LB-2015-119615 s. 8-12 (Borgarting lagmannsrett)

Verken Kristiansand tingretten eller Agder lagmannsrett tok uttrykkelig stilling til grunnvilkåret i Dobbeltdrapet i Kristiansand. På side 14 i tingrettens dom uttaler retten at «Ettersom tiltalte hadde de samme beskyttelsesfaktorene før og mens han begikk drapene – uten at dette på noen måte hindret eller begrenset ham i å utføre disse – er retten også av den oppfatning at tiltaltes potensiale for modning og endring vanskelig er til stede»

Tingretten legger således avgjørende vekt på *det begåtte lovbruddet*. Tiltaltes *manglende forståelse for alvorret og manglende uttrykk for anger* i saken, i tillegg til *tiltaltes interesse for vold*, illustrerte etter tingrettens syn at tiltalte ikke hadde potensial for modning og endring.¹⁸² Lagmannsretten uttaler at det er de samme omstendighetene som inngår i vurderingen av om den alternative fengselsstraffen er tilstrekkelig, som i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».¹⁸³ At tiltalte ikke tidligere hadde begått kriminalitet, de rettsakkyndiges vurdering om siktedes lave risiko for fremtidig vold, at han hadde potensiale for utvikling modning, at det ikke kunne trekkes slutninger fra siktedes synbare følelsesmessige reaksjoner etter drapene og at det ikke nevneverdig kunne legges vekt på gjerningspersonens interesse for vold, synes avgjørende for lagmannsrettens konklusjon. Lagmannsretten understreker også at «... retten ikke vil trekke slutninger fra drapshandlingen i seg selv når det gjelder om det er nødvendig av hensyn til samfunnsvernet å undergi siktede fortsatt frihetsberøvelse etter soning av fengselsstraffen på 11 år».¹⁸⁴

Etter at Høyesterett i Askerdrapet konkluderte med at vilkårene for forvaring i utgangspunktet var oppfylt, tok Høyesterett stilling til om det i saken forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Innledningsvis i dommen, i avsnitt 40 stilte Høyesterett opp følgende overordnet vurderingstema: «Spørsmålet er om 8 – 9 års fengselsstraff gir tilstrekkelig samfunnsvern, eller om det foreligger så ekstraordinære forhold at A må dømmes til forvaring på tross av sin unge alder». Høyesterett redegjorde for bakgrunnen og begrunnelsen for regelen om «helt ekstraordinære omstendigheter», etter at de generelle vilkårene var oppfylt.¹⁸⁵ I avsnitt 73 stiller Høyesterett videre opp spørsmålet «om vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også sees hen til hva som er barnets beste».¹⁸⁶ Jentas

¹⁸² Jf. TKISA-2017-78612 s.15 (Kristiansand tingrett)

¹⁸³ Jf. LA-2017-78612 s. 14 (Agder lagmannsrett)

¹⁸⁴ Jf. LA-2017-78612 s. 15 (Agder lagmannsrett)

¹⁸⁵ Jf. HR-2017-2 90-A (71 – 80)

¹⁸⁶ Se punkt 3.4.1 for nærmere redegjørelse av «barnets beste» i saken.

*alder og det at hun ikke tidligere hadde fått den korreksjon som ligger i en ubetinget fengselsstraff var viktige momenter i retning av at det ikke burde idømmes forvaring. I tillegg trakk Høyesterett frem i samme retning det faktum at aldri før hadde forvaring blitt benyttet overfor personer under 18 år og at det generelt sett er usikkerhet rundt unge personers framtidsutsikter. Til tross for disse momentene var det overlagte drapet, tidligere voldshandlinger, den alvorlige psykiske tilstanden og hennes motivasjon for voldelig atferd så spesielle at det i denne saken forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».*¹⁸⁷

Kristiansand tingrett konkluderte under tvil i Dobbeltdrapet i Kristiansand med at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Særlig *iherdigheten i og motivet for drapshandlingene, at tiltalte begikk en ny brutal og overveid drapshandling kort tid etter den første, at det før drapshandlingen ikke forelå noen faresignaler og at det forelå sterke beskyttelsesfaktorer*, var de avgjørende momentene.¹⁸⁸

6.3 Tolkning av dommene: «Helt ekstraordinære omstendigheter»

Innledningsvis i dette kapittelet vil det gjøres noen generelle bemerkninger til dommene. Selv om HR-2017-290-A foreløpig er den eneste dommen hvor et barn er dømt til forvaring, er det flere grunner til å tillegge denne dommen betydelig vekt også i fremtiden. Dommen er avsagt enstemmig av Høyesterett og Høyesterett ytrer heller ikke tvil. I tillegg gir dommen en klar og oppdatert redegjørelse for hvordan strl. § 40 skal forstås når siktede er et barn.¹⁸⁹ Selv om underrettspraksis ikke kan tillegges vekt, er det verdt å merke seg at både Kristiansand tingrett og Agder lagmannsrett uttrykker tvil. Kristiansand tingrett er enstemmig, mens det i Agder lagmannsrett foreligger dissens. Dette synliggjør at anvendelse av strl. § 40 når siktede er et barn, er vanskelig og at det er behov for ytterligere presiseringer.

¹⁸⁷ Jf. HR-2017-290-A (80). I punkt 6.3.3 vil det redegjøres nærmere for disse omstendighetene

¹⁸⁸ Jf. TKISA-2017-78612 s.16 (Kristiansand tingrett)

¹⁸⁹ Jf. Boe. s. 307 - 309

Problemsstillingen i det følgende er *hva* som gjør vurderingsmomentene til «helt ekstraordinære omstendigheter». Formålet med den kommende tolkningen av dommen er å belyse hvordan Høyesterett anvendte kravet om «helt ekstraordinære omstendigheter» og i tillegg peke på hva jeg mener gjør at disse omstendighetene kan danne grunnlag for en forvaringsstraff. Som redegjørelsen overfor har vist og det vil bli ytterligere redegjort for, var det i Askerdrapet en rekke omstendigheter som talte for at det var gjentakelsesfare over et langt tidsrom og utover den alternative fengselsstraffen på 9 år. I Dobbeltdrapet i Kristiansand derimot, var det etter min mening, kun begått et veloverveid, brutalt drap og øvrige omstendigheter kunne ikke underbygge at den 15 år gamle gutten var farlig. I dette sistnevnte tilfellet hadde derfor gutten et stort potensial for modning og endring, og derfor ville en ubetinget fengselsstraff på 11 år være tilstrekkelig.

Når det i disse sakene er blitt vurdert om forvaring kan være riktig reaksjon, indikerer det at når barn begår så alvorlig kriminalitet som drap, så *kan* forvaring være riktig reaksjon. Både Kristiansand tingrett som dømte gutten til forvaring og Høyesterett som dømte jenta til forvaring har ved vurdering av om kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» vektlagt omstendigheter i lovbruddet som er begått. Handlingene kaster altså lys over gjennomføringsevne- og vilje og således indikerer handlingene i seg selv en viss fare for gjentakelse. Drapshandlingen kan imidlertid ikke alene tjene som grunnlag for at gjentakelsesvilkåret eller kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» er oppfylt. I Askerdrapet forelå det flere omstendigheter som trakk i retning av gjentakelsesfare, enn det veloverveid, alvorlig og urovekkende drapet. Også når det i Agder lagmannsrett ble konkludert med at vilkårene for forvaring ikke var oppfylt, synes det å være nettopp det at to drap, selv om disse er helt uforståelige, ikke alene kan danne grunnlag for forvaring.

Foruten fellestrekket knyttet til det lovbruddet som er begått er altså disse to sakene vesentlig forskjellige. De omstendigheter som førte til Høyesteretts konklusjon var ikke bare det overlagte drapet. Jentas motiv, hennes handlingsmønster og hennes psykiske tilstand og behandlingsutsikter var av helt ekstraordinær karakter, og veide derfor tyngre enn det at jenta bare var 15 år. Det fremgår ikke av domsgrunnene hva som gjorde at Høyesterett mente at *jentas motivasjon* var spesiell. I følge Fornes var det det at jentas motivasjon

avviket fra tradisjonelle motiv for drap som førte til at motivasjonen var spesiell.¹⁹⁰ Etter mitt syn indikerer jentas motivasjon, et generelt ønske om å drepe, at hun var svært uforutsigbar i sine handlinger og dermed også at det var usikkert om hun vil kunne komme til å begå lignende handlinger i fremtiden. Det *handlingsmønsteret* som jenta hadde hatt, illustrerte også at hun var og kom til å være en fare for samfunnet videre. At barn begår voldshandlinger kan ikke i seg selv være en «helt ekstraordinær omstendighet».¹⁹¹ Det som imidlertid er ekstraordinært i denne saken, er at et barn allerede ved fylte 15 år har klart å manifestere seg selv som farlig på grunnlag *flere voldshandlinger*. Når det foreligger *et handlingsmønster bestående av repeterende voldelig atferd både før og etter drapshandlingen*, synliggjøres det at det foreligger en «nærliggende gjentakelsesfare». Fordi barn har potensial for modning og endring vil som utgangspunkt en ubetinget fengselsstraff være tilstrekkelig for å verne samfunnet i en slik situasjon. Jenta var imidlertid i en psykisk tilstand som førte til at *forbedringsutsiktene og potensiale for modning var vesentlig svekket*. Det var altså usikkert og også lite sannsynlig at hun ville kunne klare å endre seg innen utløpet av den alternative straffen på 9 år. En tidsubestemt frihetsberøvelse var derfor nødvendig og også siste alternativ for å verne samfunnet mot hennes fremtidige voldsutøvelse.

Tingretten vektla i vurderingen av «helt ekstraordinære omstendigheter», foruten iherdigheten i drapene, at tiltalte hadde *et uforståelig motiv* og at han *begikk et nytt drap kort tid etter det første*. Spesielt det at siktede også valgte å drepe det andre offeret, er en omstendighet som kan indikere fare for gjentakelse. Begge disse omstendighetene er imidlertid forhold som inngår i momentet *det begåtte lovbruddet*, og kan derfor, etter min mening, ikke alene danne grunnlag for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Når tingretten i Dobbeltdrapet i Kristiansand avslutningsvis trekker frem «*manglende faresignaler*» og «*sterke beskyttelsesfaktorer*» som de to siste momentene i vurderingen av om det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter», er det ikke helt klart hva tingretten egentlig mener. Avgjørende for tingretten synes likevel å være at når en 15 år gammel gutt som lever i en velfungerende sosialiseringarena uten noen risikofaktorer, begår så alvorlige handlinger, så må det bety at han er farlig. Jeg er enig med Fornes når hun

¹⁹⁰ Jf. Fornes. s. 425 - 426

¹⁹¹ Jf. Fornes. 420

peker på at det er problematisk med en slik tolkning av strl.§ 40, fordi det vil føre til en rekke uønskede konsekvenser: En slik tolkning vil åpne opp for at forvaring overfor barn får et videre anvendelsesområde enn det som i utgangspunktet var lovgivers intensjon. Eksempelvis vil det da kunne konstateres gjentakelsesfare i alle saker hvor alvorlig, urovekkende og uforklarlige lovbrudd er begått.¹⁹²

Lagmannsretten mente, som tidligere nevnt, at det ikke forelå gjentakelsesfare. De avgjørende omstendighetene, slik jeg tolker dommen, synes å være de rettsakkyndiges vurdering, at tiltalte ikke hadde begått kriminalitet tidligere og at det ikke var noe som endret utgangspunktet om tiltaltes potensial for modning og utvikling. Til tross for at tiltalte hadde begått en grufull handling, kunne altså ikke det i seg selv tilsa bruk av forvaring i dette tilfellet. Det er verdt å merke seg at lagmannsretten ikke tillot tiltaltes interesse for vold og tiltaltes manglende forståelse for alvoret i saken, i noe særlig vekt. Disse omstendighetene var omstendigheter som i HR-2017-290-A underbygget at det forelå gjentakelsesfare. Anvendelse av disse omstendighetene har imidlertid begrenset betydning for konklusjonen i saken. Etter min mening må det avgjørende i Dobbeldrapet i Kristiansand være at tiltalte ikke tidligere hadde begått kriminalitet og også at det ikke forelå holdepunkter som tilsa at tiltalte ikke hadde potensial for modning og endring.

En rekke omstendigheter er etter disse to dommene blitt klargjort. Rettspraksis bekrefter at hvorvidt kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» er oppfylt beror på en vurdering av vurderingsmomenter som tilsier at den siktede utgjør en fare for samfunnet. Drap er foreløpig eneste lovbrudd som kan kvalifisere til forvaring, når siktede er et barn. Likevel er det, som Dobbeldrapet i Kristiansand illustrerer, ikke tilstrekkelig at det er begått brutale veloverveide og alvorlige drap for å dømme barn til forvaring. En annen viktig omstendighet er at gutten i Dobbeldrapet i Kristiansand ikke tidligere hadde begått kriminalitet, mens jenta i Askerdrapet hadde det. Dommene bekrefter således at momentet *tidligere kriminalitet* er et spesielt viktig moment. HR-2017-290-A illustrerer også at, når siktede er et barn, må det tas utgangspunkt i barnets potensial for modning og endring. Det betyr at en ubetinget fengselsstraff i utgangspunktet vil være tilstrekkelig. Vurderingen må således knytte seg til om det er noe i barnets situasjon som trekker i retning av at barnet ikke lenger

¹⁹² Jf. Fornes. s. 427

har potensial for modning og endring. Et langvarig behandlingsbehov er et eksempel på en slik omstendighet som kan endre utgangspunktet.

7 Avslutning

7.1 Konklusjon og veien videre

Denne oppgaven har søkt å klargjøre hvordan vilkårene for forvaring skal forstås når siktede er under 18 år. Hovedregel og utgangspunkt er at barn ikke skal dømmes til forvaring.

Bakgrunnen for dette er at forvaring er ansett å være svært belastende for barn, samt det at barn har stort potensial for modning og endring.

I oppgaven er det blitt klargjort hvordan Norges forpliktelse til FNs barnekonvensjon må forstås. Konvensjonen innebærer ikke et forbud mot forvaring av barn, men hensynet til «barnets beste» må forstås som et tungtveiende argument *mot* forvaring. Forvaring, herunder tidsubestemtheten og farlighetsstempelet, er i «spenning» med grunnpremissen i konvensjonen; reintegreringshensynet og det at frihetsberøvelse av barn bare skal benyttes for et kortest mulig tidsrom.

Når det gjelder vilkårene for forvaring påvirkes disse av barnets potensial for modning og endring. Vilkaene vil sjeldent være oppfylt, og det må gjøres en rekke tilpasninger når siktede er et barn. Det er i oppgaven redegjort for hvorfor kun de mest alvorlige lovbruddene vil kunne kvalifisere til forvaring når siktede er et barn. Det er videre pekt på utfordringer både ved gjentakelses- og grunnvilkåret. Fordi det er spesielt vanskelig og usikkert å forutse barns fremtidige handlingsvalg, må det foreligge klare og sterke holdepunkter for at vilkårene skal kunne anses oppfylt. Utgangspunktet er altså at en ubetinget fengselsstraff vil kunne gi tilstrekkelig beskyttelse av samfunnet i de aller fleste tilfeller når siktede er et barn.

Særregelen innført i 2012, bekrefter rettstilstanden; forvaring skal bare benyttes når det er ytterst *nødvendig* for å beskytte samfunnet. Selv om det ikke fremgår av lovteksten at kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» tar sikte på lovbryterens alder på *handlingstidspunktet*, så må regelen forstås slik. Kravet til «helt ekstraordinære omstendigheter» knytter seg til vurderingsmomentene som tilsier at den siktede er en fare for samfunnet. Det er, som rettspraksis illustrerer, ikke tilstrekkelig at det kun er begått et

lovbrudd som kan kategoriseres som svært alvorlig og urovekkende. Det må i tillegg være omstendigheter som trekker i retning av at det konkrete barnet ikke vil kunne komme til å endre seg innen utløpet av den tidsbestemte reaksjonen. Forvaring skal altså kun benyttes når det ikke finnes andre passende alternativ.

Med bakgrunn i det jeg har funnet i arbeidet med denne oppgaven, mener jeg særregelen må forsås på følgende måte: «Når siktede er under 18 år på handlingstidspunktet, kan forvaring bare idømmes når helt ekstraordinære omstendigheter tilsier at gjentakelsesvilkåret er oppfylt».

Som nevnt innledningsvis i denne oppgaven, under punkt 2.1, har riksadvokaten i den nye saken fra Kristiansand ikke lagt ned påstand om forvaring.¹⁹³ Dette til tross for at ei 16 år gamle jente er *siktet for drap og drapsforsøk, tidligere har begått alvorlig kriminalitet og de rettsakkyndige mener at det foreligger høy fare for fremtidig vold*. Dette trekker i retning av at Riksadvokaten har lagt til grunn en ytterligere snevrere adgang for forvaring overfor barn, enn det er redegjort for i denne oppgaven. Behovet for rettsavklaring eller lovendring er altså stort.

¹⁹³ Se Erlend Olsbu og Connie Bentzrud, «16åring tiltalt for drap og drapsforsøk», sist oppdatert 08.05.2018. Sist besøkt 19.05.2018. https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/9mQv5d/16-aring-tiltalt-for-drap-og-drapsforsok?spid_rel=2

Litteraturliste

Rettspraksis

HR-2018-675-A (Norges Høyesterett)

HR-2017-290-A (Norges Høyesterett)

HR-2014-2013-A (Norges Høyesterett)

HR-2014-970-A (Norges Høyesterett)

HR-2013-1382-A (Norges Høyesterett)

HR-2013-142-A (Norges Høyesterett)

HR-2010-945-A (Norges Høyesterett)

Rt.2014.495 (Norges Høyesterett)

Rt.2011.1717 (Norges Høyesterett)

Rt.2007.1056 (Norges Høyesterett)

Rt.2007.791 (Norges Høyesterett)

Rt.2007.187 (Norges Høyesterett)

Rt.2006.1033 (Norges Høyesterett)

Rt.2006.641 (Norges Høyesterett)

Rt.2006.309 (Norges Høyesterett)

Rt.2004.804 (Norges Høyesterett)

Rt.2002.1677 (Norges Høyesterett)

Rt.2002.1667 (Norges Høyesterett)

Rt.2002.1673 (Norges Høyesterett)

Rt.1977.1207 (Norges Høyesterett)

LA.2017.112563 (Agder Lagmannsrett)

LB.2015.119615 (Borgarting Lagmannsrett)

TKISA.2017.90977 (Kristiansand Tingrett)

TKISA.2017.78612 (Kristiansand Tingrett)

TAHER.2015.13241 (Asker og Bærum Tingrett)

Forarbeider

Ot.Prp. Nr. 87 (1993-1994) Om Lov Om Endringer I Straffeloven M.V (Strafferettslige Utilregnelighetsregler Og Særreaksjoner), 1994.

Nou 2002:4 Ny Straffelov Straffelovkommisjonens Delutredning Vii, 2002.

Ot.Prp.Nr. 90 (2003-2004) Om Lov Om Straff (Straffeloven) 2004.

Nou 2008:15 Barn Og Straff - Utviklingsstøtte Og Kontroll, 2008.

Prop.135 L (2010-2011) Endringer I Straffeloven, Straffeprosessloven, Straffegjennomføringsloven, Konfliktrådsloven M.Fl. (Barn Og Straff), 2011.

Faglitteratur

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen I Norge*. 4. rev. utg. ed. Oslo: Tanum-Norli, 1976.

Andenæs, Johs, Rieber-Mohn, Georg Fr, Sæther, Knut Erik. *Alminnelig Strafferett*. 6. utg. ed. Oslo: Universitetsforl., 2016.

Boe, Erik. *Innføring I Juss : Juridisk Tenkning Og Rettskildelære*. 3. utg. ed. Oslo: Universitetsforl., 2010.

Fornes, Ingunn. "Straff Av Barn - Frihetsstraffene Og Alternativene." Avhandling av graden philosophiae doctor (ph.d), Universitetet i Bergen 2018.

Freeman, Michael D. A. *Article 3 : The Best Interests of the Child*. Best Interests of the Child: Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

Linda Gröning, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen *Frihet, Forbrytelse Og Straff: En Systematisk Framstilling Av Norsk Strafferett*. Bergen: Fagbokforl., 2016.

Persson, Mareike. *Caught in the Middle? : Young Offenders in the Swedish and German Criminal Justice Systems*. 2017.

Schabas, William, Helmut Sax, and André Alen. *Article 37 : Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment, and Deprivation of Liberty : A Commentary of the the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden ;, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Storvik, Birgitte Langset. *Straffegjennomføring*. 3. utg. ed. Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2017.

Artikler

Busch, Tor-Aksel. "Bruk Av Straff for Å Styre Atferd." *Tidsskrift for strafferett* 2, no. 4 (2002): 371-78.

Martnes, Mona. "Fengsling Av Barn I Spenningen Mellom Allmennprevensjon Og Barnets Beste." *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 13, no. 3 (2015): 239-61.

Rieber-Mohn, Georg Fr. "Forvaring - En Strafferettslig Reaksjon." *Juristkontakt nr 4 2003 s 36 - (JK-2003-4-36) og Juristkontakt nr 5 2003 s 35 - (JK-2003-5-35)* (2003).
<https://lovdata.no/pro/JUS/rieber-mohn-gf-2003-01>.

Upubliserte Artikler

Sætre, Linda Gröning & Hilde Svrljuga. *Child Rights and Criminal Justice: Detention of Children* 2018.

Nettadresser

Olsbu, Erlend og Connie Bentzrud. «16åring tiltalt for drap og drapsforsøk». I *fædrelandsvennen*. Sist oppdatert 08.05.2018. Sist besøkt. 19.05.2018.

https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/9mQv5d/16-aring-tiltalt-for-drap-og-drapsforsok?spid_rel=2

Eivind Kristensen. «Psykiater om drapssiktet (16): Høy fare for fremtidig vold, sist oppdatert 25.01.2018. Sist besøkt 19.05.2018.

<https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/rLWQdR/Psykiatere-om-drapssiktet-16-Hoy-fare-for-framtidig-vold>