

Ungdomsstraff

*En analyse av ungdomsstraffens
anvendelsesområde, og de særlige hensyn som
gjør seg gjeldende ved straff av mindreårige*

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 14745



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	2
1.1 Problemstilling og avgrensning	2
1.2 Rettskildebilde	3
1.3 Metode og struktur.....	3
2 Ungdomsstraff	4
2.1 Innledning.....	4
2.2 Ungdomsstraffens vilkår.....	4
2.2.1 Vilkåret i bokstav a.....	4
2.2.2 Vilkåret i bokstav b.....	5
2.2.3 Vilkåret i bokstav c.....	6
2.2.4 Vilkåret i bokstav d.....	6
2.3 Ungdomsstraffens målsetning og innhold.....	7
2.4 Straffens formål.....	8
2.4.1 Skyldprinsippet	8
2.4.2 Allmennprevensjon	9
2.4.3 Individualprevensjon.....	10
2.4.4 Opprettholdelse av den sosiale ro	10
2.5 Særlige hensyn når lovbryster er mindreårig	11
2.5.1 Hensynet til barnets beste	12
2.5.2 Fengsling av barn som siste utvei	16
2.5.3 Kan fengsling være til barnets beste?	17
2.5.4 Forholdet mellom allmenn- og individualprevensjon	19
2.5.5 Spenninger mellom gjenopprettende prosesser og alminnelige rettsoppfatninger.....	22
2.5.6 Oppsummering av de særlige hensynene.....	24
3 Anvendelse av ungdomsstraff	25
3.1 Innledning.....	25
3.2 Høyesteretts anvendelse av samfunnsstraff overfor mindreårige.....	25
3.2.1 Oppsummering av samfunnsstraffens øvre grense	29
3.3 Vurderingen etter strl. § 52 a bokstav d	30
3.3.1 Lovbruddets art og grovhet	31
3.3.2 Alder.....	36
3.3.3 Konkrete behov.....	36
3.3.4 Risikonivå og gjentakelsesfare	38
3.3.5 Motivasjon og egnethet.....	39
4 Konklusjon og avsluttende betraktninger	40
4.1 Konklusjon	40
4.2 Veien videre – kan ungdomsstraffens virkeområde utvides?	41
Litteraturliste	44

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Temaet for oppgaven er ungdomsstraff etter lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.) § 52 a. Ungdomsstraff er en strafferettslig reaksjon for lovbrytere mellom 15 og 18 år, og er tiltenkt som et alternativ til ubetinget fengselsstraff og strenge samfunnsstraffer.¹

Lovendringen hadde bakgrunn i et ønske om å redusere bruken av fengsel overfor mindreårige, og finne alternativer som kan imøtekomme lovbryterens behov og samtidig ivareta hensynet til samfunnets og ofrenes behov for vern mot kriminalitet.²

Vilkåret i strl. § 52 a bokstav d angir at ungdomsstraff kan idømmes dersom ”hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet,” og markerer straffens øvre grense. Høyesterett har uttalt at vilkåret ”angir en viktig, men kanskje noe uklar, skranke for anvendelsen av ungdomsstraff.”³ Det følger av forarbeidene at det kan være hensiktsmessig å se hen til domstolens avgrensning ved spørsmål om samfunnsstraff kan idømmes som alternativ til ubetinget fengsel, men det presiseres at ungdomsstraffen skal være en strengere reaksjon enn samfunnsstraff.⁴

I det følgende skal det foretas en analyse av ungdomsstraff som reaksjonsform. Herunder søkes det hovedsakelig å avklare straffens anvendelsesområde avgrenset oppad mot fengselsstraff, men også nedad mot samfunnsstraff. Fremstillingen har som siktemål å klargjøre de hensyn som gjør seg særlig gjeldende ved fastsettelse av straff overfor mindreårige, og om det overhodet er rom for å anvende ungdomsstraff i de mest alvorlige sakene.⁵

Oppgavens kjerne er ungdomsstraffens virkeområde, og det avgrenses derfor mot ungdomsoppfølging, som er ment for mindre alvorlige forhold. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det også mot behandling av gjennomføringstiden, brudd på vilkårene for ungdomsstraff og utmålingen av den subsidiære fengselsstraffen.

¹ Se Prop. 135 L (2010-2011), s. 114

² NOU 2008:15 Barn og straff, s. 9

³ HR-2016-1364-A avsnitt 31

⁴ Se Prop. 135 L s. 115-116

⁵ I oppgaven vil begrepene mindreårig, barn og ungdom brukes om personer på 15-18 år.

1.2 Rettskildebilde

Ungdomsstraffen er hjemlet i strl. § 52 a, mens selve gjennomføringen reguleres i lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven). For å besvare problemstillingen er det særlig straffeloven som står sentralt, men også Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon (BK) artikkel 3 og 37 er relevante kilder ved klarleggingen av de særskilte hensynene som gjelder når lovbryteren er mindreårig.

Forarbeidene til ungdomsstraffen er utførlige, og står svært sentralt som rettskilde – særlig i lys av at bestemmelsen er relativt ny, og at det finnes begrenset høyesterettspraksis. Det er kun avsagt tre dommer i Høyesterett som direkte gjelder ungdomsstraff, men det finnes imidlertid flere lagmannsrettsdommer hvor spørsmålet om bruk av ungdomsstraff aktualiseres. Tross mindre rettskildemessig vekt, vil disse avgjørelsene kunne gi veiledning på områder som ikke er behandlet av Høyesterett.

Før ungdomsstraffens ikrafttredelse ble samfunnsstraff vurdert som en alternativ reaksjon overfor mindreårige. Høyesterettspraksis som tar for seg grensedragningen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel vil derfor være sentral for å belyse grensen mellom ungdomsstraff og samfunnsstraff, og domstolens vektlegging av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende.

1.3 Metode og struktur

Oppgaven vil i hovedsak ha et rettsdogmatisk preg, med siktemål å klarlegge den rettslige tilstanden. Innledningsvis vil det foretas en gjennomgang av ungdomsstraffens vilkår, etterfulgt av en kort redegjørelse for straffens målsetning og innhold. Fokuset rettes så mot straffens formål, og hvilke særskilte hensyn som påvirker vurderingen av om ungdomsstraff kan anvendes.

I del 3 skal det foretas domsanalyser med mål å identifisere ungdomsstraffens anvendelsesområde, og særlig hvor grensen mellom ungdomsstraff og ubetinget fengsel trekkes. Herunder søkes det å belyse hvilke hensyn og momenter som vektlegges, og hvordan disse avveies mot hverandre. Avslutningsvis vil det gjøres rettspolitiske betraktninger omkring ungdomsstraffens videre utvikling, og drøftes hvordan ungdomsstraff kan anvendes i de mer alvorlige sakene.

2 Ungdomsstraff

2.1 Innledning

I den videre fremstillingen skal vilkårene for ungdomsstraff presenteres og drøftes, etterfulgt av en presentasjon av ungdomsstraffens målsetning og innhold. Ordlyden i § 52 a bokstav d fordrer en klargjøring av straffens formål, og kapittel 2.4 tar sikte på å belyse dette temaet. I kapittel 2.5 vil det redegjøres for hvilke hensyn som gjør seg særlig gjeldende idet gjerningspersonen er mindreårige, og hvordan dette påvirker domstolens valg av straffereaksjon.

2.2 Ungdomsstraffens vilkår

Ungdomsstraff reguleres i strl. § 52 a, som lyder slik:

”Ungdomsstraff med ungdomsstormøte og ungdomsplan etter konfliktrådsloven kapittel IV kan idømmes i stedet for fengselsstraff når

- a) lovbrøyteren var under 18 år på handlingstidspunktet,
- b) lovbrøyteren har begått gjentatt eller alvorlig kriminalitet,
- c) lovbrøyteren samtykker og har bosted i Norge, og
- d) hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet.”

2.2.1 Vilkåret i bokstav a

Vilkåret angir at lovbrøyteren må være ”under 18 år på handlingstidspunktet,” og setter således en øvre aldersgrense for anvendelse av ungdomsstraff. Anvendelsen forutsetter naturligvis også at lovbrøyteren har fylt 15 år på gjerningstidspunktet, jf. strl. § 20 bokstav a.

Etter ordlyden avgrenses det mot lovbrudd som har funnet sted etter fylte 18 år, men Høyesterett har i HR-2017-579-A fastslått at dersom de kriminelle handlingene har funnet sted delvis før og delvis etter, kan ungdomsstraff etter omstendighetene likevel anvendes. Høyesterett begrunnet avgjørelsen med at forholdene som åpnet for bruk av ungdomsstraff fant sted mens vedkommende fremdeles var under 18 år, mens overtredelsene i etterkant var

”mindre vesentlige”.⁶ Forarbeidene tar ikke direkte stilling til denne situasjonen, men avviser muligheten for en deldom der ungdomsstraff og fengselsstraff kombineres.⁷

Uttalelsen kan tas til inntekt for at vurderingen må bero på lovbruddenes art og grovhet. Dersom overtredelsene etter fylte 18 år isolert sett ville medført fengselsstraff, kan bruken av ungdomsstraff vanskeligere forsvares – hensynet til allmennprevensjon og ivaretagelsen av den sosiale ro vil veie tungt, og de særlige behovene og rettighetene mindreårige har vil ikke gjøre seg gjeldende idet tiltalte er over 18 år. Behovet for samfunnsvern vil også være mer fremtredende enn ved mindre alvorlige lovbrudd.

Riksadvokaten er av samme oppfatning som Høyesterett, og viser til at lovbrudd som ikke gir grunnlag for frihetsberøvelse, ikke alene bør avskjære en reaksjon i frihet.⁸ Dersom lovbruddene er mindre vesentlige, vil det heller ikke foreligge tungtveiende hensyn som taler for bruk av fengsel. En slik tolkning går imidlertid noe lengre enn regjeringens målsetning om at barn ikke skal fengsles, og utvider anvendelsesområdet noe i lys av lovgivers konsekvente uttalelse om at det ikke er adgang til å fravike alderskravet.⁹ Samtidig følger det av forarbeidene at ”på dømmelse skal kunne skje etter fylte 18 år,” og det stenges følgelig ikke for anvendelse av ungdomsstraff dersom tiltalte har oversteget aldersgrensen på domstidspunktet.¹⁰ Ettersom muligheten for å idømme kombinasjonsstraff avskjæres, er det lite hensiktsmessig om lovbrudd av mindre alvorlig art skal forhindre bruk av ungdomsstraff når tiltalte er egnet til å gjennomføre den.

2.2.2 Vilkåret i bokstav b

Bokstav b angir den nedre grensen for bruk av ungdomsstraff, og oppstiller to alternative vilkår om at lovbrøyteren må ha begått ”gjentatt” eller ”alvorlig kriminalitet.” Ordlyden ”alvorlig kriminalitet” tilsier at lovbruddet må være av en viss alvorlighetsgrad, og det presiseres i forarbeidene at vilkåret bør tolkes slik at ungdomsstraff begrenses til lovbrudd med en strafferamme på 3 år eller mer.¹¹ Dersom den øvre strafferammen er lavere enn 3 år, forutsetter idømmelse av reaksjonen at det har blitt begått ”gjentatt” kriminalitet. Det følger

⁶ Se HR-2017-579-A, avsnitt 19

⁷ Prop 135 L. s. 167

⁸ Riksadvokaten (2017) *Ungdomsstraff – oppdaterte retningslinjer*, s. 6

⁹ Se Prop. 135 L s. 114

¹⁰ *ibid.*

¹¹ *ibid.* s. 164

av forarbeidene at vilkåret kan anses oppfylt dersom det er begått to lovbrudd, og ordlyden favner tilsynelatende svært vidt.¹²

Samtidig presiseres det i forarbeidene at ungdomsstraff ikke skal ”benyttes på unge lovbrøyttere som ellers ville ha fått en mildere reaksjonsform”¹³, og en for vid tolkning av ”gjentatt” kriminalitet vil derfor kunne virke mot sin hensikt. Som nevnt innledningsvis skal ungdomsstraffen kunne erstatte ubetinget fengselsstraff og strenge samfunnsstraffer, og vilkåret ”gjentatt” må tolkes i samsvar med dette utgangspunktet.¹⁴

2.2.3 Vilkaoret i bokstav c

Det følger av bokstav c at ungdomsstraff kan idømmes når lovbrøytteren ”samtykker og har bosted i Norge”. Vilkaoret stiller krav til lovbrøytterens psykiske og fysiske forutsetninger for å gjennomføre ungdomsstraffen. Samtykket må være frivillig og informert, og skal sikre at den tiltalte er tilstrekkelig motivert til å gjennomføre straffen. Bostedskravet har sin forklaring i at vedkommende må ha en tilhørighet til landet for å kunne delta i tiltakene som fastsettes i ungdomsplanen. Det stilles krav om at bosettingen både må ha hatt og er tiltenkt en viss varighet, men statsborgerskap kreves ikke.¹⁵

2.2.4 Vilkaoret i bokstav d

Det følger av bokstav d at ungdomsstraff kan idømmes når ”hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet.” Som nevnt markerer vilkaoret ungdomsstraffens øvre grense, og står derfor sentralt i den videre fremstillingen.

Ordlyden ”straffens formål” krever en klargjøring av lovgivers formålsbetraktninger, som vil behandles nærmere i kapittel 2.4. Vilkaoret har klare likhetstrekk med strl. § 48 bokstav b, som angir at samfunnsstraff kan idømmes dersom ”hensynet til straffes formål ikke taler mot en reaksjon i frihet.” Tilføyelsen av ”med tyngde” i § 52 a bokstav d indikerer en høyere terskel for idømmelse av fengselsstraff overfor mindreårige.

Det følger av forarbeidene at vurderingen etter vilkaoret i bokstav d skal innebærer en skjønnsmessig og individuell vurdering av om den enkelte egner seg til å gjennomføre

¹² *ibid.*

¹³ *ibid.* s. 114-115

¹⁴ *ibid.* s. 109

¹⁵ *ibid.* s 164

straffen, der sentrale momenter er ”lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risikonivå.”¹⁶ I kapittel 3.3 vil det gjøres nærmere rede for de ulike vurderingsmomentene.

Lovgiver har valgt en fleksibel regel uten konkrete avgrensninger, men det presiseres samtidig i forarbeidene at ”enkelte lovbrudd i seg selv normalt vil være av en slik alvorlighetsgrad at fengselsstraff vanskelig kan erstattes av alternativer.”¹⁷ Departementet påpeker at det hovedsakelig er lovbruddets alvorlighet som bør begrunne avgrensningen, og at reaksjonen kan være uegnet dersom risikoen for ny kriminalitet er svært høy eller det er begått svært alvorlige lovbrudd.¹⁸ Drap og alvorlige seksuallovbrudd nevnes som eksempler, men formuleringen tilsier at det ikke utelukkes fullstendig at ungdomsstraff også kan anvendes på denne typen lovbrudd.

2.3 Ungdomsstraffens målsetning og innhold

Ungdomsstraffen og konfliktrådsbehandlingen bygger på ideen om gjenopprettende prosess – *restorative justice*. En sentral målsetning med straffen er å ”reparere skade som er påført fornærmede og andre gjennom kriminelle handlinger,” og en forutsetning for dette er at lovbrøyteren påtar seg ansvar for egne handlinger.¹⁹ Gjerningspersonen skal få en forståelse for de konsekvensene lovbruddet har medført for alle berørte parter, og samtidig få den hjelp og støtte som trengs for å komme på rett vei, ut av det kriminelle handlemønsteret.²⁰ Straffen skal være både reparerende og rehabiliterende, med fokus på forbedring av lovbrøyteren og forhindring av fremtidig kriminalitet.

Ungdomsstraffen består av ”gjennomføring av et ungdomsstormøte, utarbeidelse av en individuelt tilpasset ungdomsplan og oppfølging av planen,” jf. konfliktrådsloven § 22. Den gjenopprettende og reparerende virkningen søkes oppnådd ved at gjerningspersonen må delta i et ungdomsstormøte med representanter fra kriminalomsorgen og politiet, og eventuelt fornærmede dersom vedkommende selv ønsker det, jf. § 24. Dersom fornærmede deltar i møtet, vil domfelte få se og høre hvilke faktiske konsekvenser handlingene har fått, og samtidig få en mulighet til å be om unnskyldning – noe som vil kunne virke reparerende både

¹⁶ Prop. 135 L s. 115

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ *ibid.* s. 115-116

¹⁹ Se Prop. 57 L (2013-2014) s. 10

²⁰ *ibid.*

for fornærmede og domfelte. Fornærmede gis en mulighet til å bearbeide det som har skjedd, mens domfelte må ta innover seg den skaden eller ulempen som har blitt påført, og møtet vil kunne bidra til at begge partene kan legge hendelsen bak seg.

Ungdomsstormøtet resulterer i en ungdomsplan, som skal bidra til å forhindre ny kriminalitet og hjelpe den domfelte til å gjøre endringer i livet sitt. Planens innhold kan være rehabiliterende, eksempelvis i form institusjonsopphold eller avståelse fra rusmidler, eller bære preg av å være straffende og kontrollerende, i form av samfunnsnyttige oppgaver og regler om oppholdssted og innetider. I § 25 oppstilles en rekke forslag til planens innhold, men det presiseres i forarbeidene at listen ikke er uttømmende.²¹ Tiltakene skal fastsettes individuelt med utgangspunkt i hvilke behov den enkelte domfelte har.

2.4 Straffens formål

Vilkåret ”hensynet til straffens formål” i strl. § 52 a bokstav d fordrer en redegjørelse for hva lovgiver har angitt som selve formålet med straff, og i det følgende vil dette belyses nærmere. I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) uttalte departementet at straffens formål er ”å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig.”²² Selve målsetningen er å forhindre at de kriminaliserte handlingene blir begått, og straffens tilsiktede virkning er tredelt: individualprevensjon, allmennprevensjon og å opprettholde sosial ro i samfunnet.

Det fremgår av forarbeidene at ”kravet om subjektiv skyld [bør] være en bærebjelke” i straffeloven, ettersom ”straffen har liten preventiv vekt dersom den som straffes, ikke kan klandres for det han har gjort.”²³ I det følgende vil skyldprinsippet derfor kort presenteres innledningsvis. Deretter redegjøres det for straffens tre tilsiktede virkninger, etterfulgt av hvilke særlige hensyn som spiller inn når lovbryteren er mindreårig. Herunder vil det ses nærmere på hvilke spenninger som oppstår mellom lovgivers generelle formålsbetraktninger og de særlige hensynene som skal vektlegges som følge av at tiltalte er mindreårig.

2.4.1 Skyldprinsippet

²¹ *ibid.* s. 92

²² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77

²³ *ibid.* s. 111

Skyldprinsippet tilsier at kun den som kunne og burde handlet annerledes, skal holdes ansvarlig og straffes, og da kun i tråd med den skyld vedkommende har utvist.²⁴ Skyldevne er en forutsetning for straffansvar, og det kreves et ”minstemål av modenhet, sjelelig sunnhet og bevissthet” for at lovbyteren kan bebreides for handlingen.²⁵ Skyldprinsippet kommer til uttrykk i strl. § 20, som angir at lovbyteren må være ”tilregnelig på handlingstidspunktet,” og avgrenser mot straff av lovbytere som er under 15, psykotiske, psykisk utviklingshemmet i høy grad eller har en sterk bevissthetsforstyrrelse, jf. § 20 bokstav a til d.

2.4.2 Allmennprevensjon

Straffens allmennpreventive virkning er flersidig, og det skilles i forarbeidene mellom den avskrekkende og holdningsskapende virkning.²⁶ For det første skal trusselen om straffeforfølgning virke avskrekkende, og den skal samtidig ha en såkalt kost/nyttevirkning, som innebærer at potensielle lovbytere avveier lovbruddets fordeler opp mot ulempene. Den avskrekkende effekten avhenger imidlertid i stor grad av oppdagelsesrisikoen – dersom risikoen for å bli oppdaget og straffet for lovbruddet fremstår som lav eller ikke-eksisterende, vil den avskrekkende virkningen bli tilsvarende svekket.²⁷

Johs. Andenæs forklarte allmennprevensjonen med å vise til at virkningen oppnås i den utstrekning befolkningen ikke utøver sosialt uønskede handlinger de ellers ville foretatt, som følge av påvirkning fra lovgivningen og rettsmaskineriet.²⁸ Det påpekes i forarbeidene at nøyaktig kunnskap om den avskrekkende virkningen ikke foreligger, men det fremholdes imidlertid at common sense-betraktninger legitimerer allmennprevensjon som argument; ”det er alminnelig akseptert å tro at personene lar seg påvirke av at deres handlingsvalg kan få negative konsekvenser.”²⁹

Den andre siden av allmennprevensjon knytter seg til den vanedannende eller holdningsskapende virkningen – straffetrusselen styrer atferden mer eller mindre ubevisst, og gjenspeiler ofte moralske normer.³⁰ De fleste vil anse vold som en umoralsk og uriktig handling, uavhengig av om handlingen kan medføre straff. Straffetrusselen anses i denne

²⁴ Se Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 50

²⁵ Se Ot.prp. nr. 90 s. 216

²⁶ *ibid.* s. 79

²⁷ *ibid.*

²⁸ Andenæs, Johs., ”Straff og almenprevensjon” i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, Oslo 1990, s. 45

²⁹ Ot.prp. nr. 90 s. 79

³⁰ *ibid.*

sammenheng å ha en viss moralstyrkende virkning, ved at lovgivningen underbygger normer som allerede er moralsk forankret.³¹

I *Frihet, forbrytelse og straff* påpeker forfatterne at forhindring av krenkelser er en viktig målsetning, men at preventive betraktninger er sekundære i den forstand at klanderverdige handlinger bør møtes med straff, uavhengig av om straffen er kriminalitetsforebyggende.³² Det fremholdes at strafferettens begrunnelse bør forankres i rettsordenens grunnprinsipper – individets frihet, menneskeverd og likhet – og for å sikre individvernet må det både fastsettes normer og reageres på normbrudd.³³ Selv om straffens allmennpreventive effekt vanskelig kan bevises, antas det at desto mer rettferdig og tilpasset grunnverdiene strafferetten er, desto større gjennomslagskraft vil den ha.³⁴

2.4.3 Individualprevensjon

Hensynet til individualprevensjon er tredelt, og omfatter inkapasitering, avskrekkelse og forbedring. Den førstnevnte virkningen innebærer at gjerningspersonen hindres fra å begå nye lovbrudd, og knyttes vanligvis til frihetsberøvelse, enten i form av fengsel eller forvaring – men også reaksjoner i frihet, som betinget fengsel eller samfunnsstraff.³⁵

Den avskrekkende virkningen har klare paralleller til allmennprevensjonen, men knytter seg til den enkelte lovbyters opplevelse; straffen skal forhindre at vedkommende begår nye lovbrudd. Virkningen er imidlertid omdiskutert, og det anerkjennes i forarbeidene at effekten vil være varierende – om den i det hele tatt oppstår.³⁶ Den forbedrende virkningen innebærer at lovbyteren ”tar inn over seg den bebreidelse som ligger i straffen,” og forstår at handlingen var uriktig, men også denne siden av individualprevensjonen anses som usikker.³⁷

2.4.4 Opprettholdelse av den sosiale ro

I tillegg til de preventive hensynene, har straffen også en mentalhygienisk virkning ved å bidra til en følelse av rettferdighet og trygghet for de som direkte og indirekte blir rammet av

³¹ *ibid.* s. 80

³² Se Gröning, Husabø og Jacobsen, s. 52-53

³³ *ibid.* s. 44-45

³⁴ *ibid.* 53

³⁵ Se Ot.prp. nr. 90. s. 78

³⁶ *ibid.* s. 79

³⁷ *ibid.*

lovbrudd.³⁸ Straffen skal på denne måten forebygge det behovet for gjengjeldelse som kan oppstå i kjølvannet av kriminelle handlinger, og eventuell ønsket selvtekt – den sosiale roen i samfunnet skal opprettholdes.

På tross av at gjengjeldelse blir avvist som et mulig formål, anerkjennes det likevel at den mentalhygieniske virkningen har en forankring i gjengjeldelsesteorien.³⁹ Det fremheves i forarbeidene at kriminaliseringen og straffeforfølgningen ”skal legge forholdene til rette for et samfunn preget av åpenhet og trygghet og fri fra unyansert og uønsket privat rettshåndheving.”⁴⁰

2.5 Særlige hensyn når lovbryster er mindreårig

Når barn begår kriminelle handlinger kommer særlige hensyn og rettigheter inn i bildet, og de overordnede formålsbetraktningene må tilpasses i samsvar med dette. Utvalget som stod for utredningen av ungdomsstraff (Barn og straff-utvalget) fremhevet at barn normalt har mindre skyldene, og at fengselsstraff ofte vil være mer inngripende overfor barn i forhold til voksne.⁴¹ Mens lovbryster under 15 år anses å være uten tilstrekkelig skyldene, antas det at barn over 15 år forstår konsekvensene av handlingene sine, og kan derfor holdes strafferettslig ansvarlige.⁴²

Unge lovbryster over 15 år har likevel mindre evne til å forutse konsekvenser og styre impulser enn voksne. På tross av at den kriminelle lavalderen skal markere et tilstrekkelig modenhetsnivå, er det klart at utviklingen skjer gradvis – skyldene øker i takt med barnets modning, og dette er ikke alltid fiksert til en alder. I lys av skyldprinsippet må straffen gjenspeile den skylden gjerningspersonen faktisk utviser. Videre kan det få betydelige konsekvenser å bli løsrevet fra hverdagens lærings- og sosialiseringssammenheng når barnet fremdeles er under utvikling, og selve straffen kan kjennes mer tyngende ettersom tidshorisonten er kortere, og tiden oppleves å gå saktere.⁴³ Som følge av mindre skyldene og

³⁸ *ibid.* s. 80

³⁹ *ibid.* s. 77 og 80

⁴⁰ *ibid.* s. 80

⁴¹ NOU 2008:15 s. 23

⁴² *ibid.*

⁴³ *ibid.*

at frihetsberøvelsen kan være mer belastende for barn, skal det mer til før fengselsstraff er en forholdsmessig reaksjon.⁴⁴

I den videre fremstillingen skal det undersøkes nærmere hvilke hensyn som spiller inn idet gjerningspersonen er mindreårig, og hvordan disse vektet. Det vil først gjøres rede for hensynet til barnets beste, herunder hva hensynet innebærer og hvordan det ivaretas. Deretter vil det ses nærmere på hvilke begrensninger straffeloven og barnekonvensjonen oppstiller for bruk av fengselsstraff overfor barn, og hvorvidt fengsel i noen tilfeller kan være til barnets eget beste. I kapittel 2.5.4 og 2.5.5 skal det redegjøres for forholdet mellom individual- og allmennprevensjon i avgjørelser som gjelder barn, og hvilke spenninger som kan oppstå mellom den gjenopprettende prosessen og alminnelige rettsoppfatninger.

2.5.1 Hensynet til barnets beste

Grunnloven § 104 annet ledd angir at det ”ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.” Hensynet ble grunnlovsfestet for å markere at barn er sårbare og har særlige behov, og bestemmelsen har sin parallell i BK artikkel 3 nr. 1, som angir at i enhver handling som berører barn, skal ”the best interest of the child” være et primærhensyn.⁴⁵ Konvensjonen er inkorporert ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), og har forrang over annen lovgivning ved motstrid.⁴⁶

I Innst.186 S (2013-2014) uttalte komiteen at vekten av hensynet til barnets beste ”må sees ut fra hvor sterkt berørt barnet er og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.”⁴⁷ I en retts sak der barnet er tiltalt er det klart at barnet vil være sterkt berørt – avgjørelsen gjelder barnets fremtid og vil naturligvis få alvorlige konsekvenser for vedkommende. Straff utgjør et stort inngrep i den tiltaltes rettsstilling, og hensynet til barnets beste må på denne bakgrunn tillegges betydelig vekt i spørsmålet om ungdomsstraff skal anvendes.

I forarbeidene til ungdomsstraffen uttalte departementet at barn har ”en rekke særlige rettigheter” og at barnets beste skal ivaretas gjennom hele saksforløpet – også ved

⁴⁴ Se Ingun Fornes, *Straff av barn – Frihetsstraffene og alternativene*, Bergen 2018, s. 339

⁴⁵ Se Innst. 169 S (2012-2013) s. 14

⁴⁶ jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3

⁴⁷ Innst. 186 S (2013-2014) s. 30

fastsettelsen av straff.⁴⁸ Høyesterett har presisert at BK art. 3 er en prosedyrebestemmelse ”i den forstand at avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn.”⁴⁹ Uttalelsen viser at det må komme frem av rettens drøftelse at hensynet har blitt vurdert og avveid, uavhengig av om lovbruddet isolert sett anses å være for alvorlig eller grovt til at ungdomsstraff kan idømmes.

I spørsmålet om anvendelse av fengsel eller samfunnsstraff overfor mindreårige har Høyesterett tolket art. 3 nr. 1 slik at ”det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til.”⁵⁰ Uttalelsen kan for det første tas til inntekt for at barnets beste skal stå sentralt i domstolenes avgjørelser om ungdomsstraff kan anvendes. For det andre er lovbrysterens alder et styrende moment for hva som skal til for å tilside sette hensynet – dersom vedkommende befinner seg i det nedre alderssjiktet vil hensynet til barnets beste veie tyngre enn om tiltalte er nærmere 18 år.

Barnekomiteen⁵¹ har i General Comment No. 10 og No. 14 gitt en rekke veiledende uttalelser om hvordan barnets beste skal forstås – både i relasjon til mindreårige lovbrøtere og på generell basis. Det presiseres i forarbeidene til ungdomsstraffen at ”konvensjonens bestemmelser må tolkes i lys av barnekomiteens generelle uttalelser.”⁵² Dette utgangspunktet fremholdes også av Høyesterett, som har vist til at barnekomiteens kommentarer utgjør ”et naturlig utgangspunkt ved tolkningen” av konvensjonens bestemmelser, og har ”betydelig vekt som rettskilde”⁵³ Den rettskildemessige vekten kan begrunnes med at konvensjonens innhold er gjort til norsk lov, og at barnekomiteen er konvensjonens primære håndhevingsorgan.⁵⁴ Det legges derfor til grunn at General Comments har en betydelig rettskildemessig vekt ved tolkningen av konvensjonen.

Barnekomiteen fremhever at barnets beste skal være ”a primary consideration”, og ivaretagelsen av dette hensynet innebærer at ”the traditional objectives of criminal justice,

⁴⁸ Prop. 135 L s. 114 og s. 116

⁴⁹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65

⁵⁰ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15

⁵¹ Barnekomiteen er konvensjonens håndhevingsorgan, opprettet i medhold av BK art. 43.

⁵² Prop. 135 L (2010-2011) s. 13

⁵³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64 og Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 41

⁵⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettighetskomité og FNs barnekomité som rettskilder?”, foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.-15. mars 2016, s. 7

such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders.”⁵⁵ Utgangspunktet er altså at barnets beste skal utgjøre et primærhensyn og tillegges mer vekt enn øvrige hensyn i vurderingen, mens de tradisjonelle formålsbetraktningene må vike for hensynet til rehabilitering og den gjenopprettende prosess.

Barnets beste er ikke en generell standard, men avhenger av hvilke interesser det enkelte barnet har. Det kreves derfor en konkret og individuell vurdering av hva som rent faktisk vil være til *dette* barnets beste ut fra de foreliggende omstendighetene. Dette presiseres også av barnekomiteen, som viser til at hensynets innhold må fastsettes fra sak til sak, og tilpasses i samsvar med situasjonen og behovene til det konkrete barnet.⁵⁶

Ved valg straffereaksjon overfor barn understreker barnekomiteen at reaksjonen ”should always be in proportion not only to the circumstances and the gravity of the offence, but also to the age, lesser culpability, circumstances and needs of the child, as well to the various and particular long-term needs of the society”.⁵⁷ Straffen må stå i forhold til lovbruddets omstendigheter og alvorlighet på den ene siden, og barnets alder, skyldene, situasjon og behov på den andre. I tillegg skal også samfunnsbehov tas med i betraktningen, og uttalelsen viser at ivaretagelse av sosial ro og samfunnsvern kan tas med i vurderingen av om ungdomsstraff kan benyttes.

Dersom harmonisering av hensynene ikke er mulig, fremheves det av komiteen at avgjørelsen må baseres på en avveining der barnets beste skal veie tungt og gis høy prioritet.⁵⁸ I saker med ”severe offences” kan det vurderes tiltak som er proporsjonale med lovbruddets alvor og samfunnets behov for sikkerhet og sanksjoner.⁵⁹ Uttalelsen innebærer at det må tas stilling til om ungdomsstraff er en tilstrekkelig reaksjon i lys av lovbruddet som har blitt begått. Eksempelvis vil overlagt drap vanskelig kunne møtes med noe annet enn en fengselsstraff – retten til liv er det mest fundamentale rettsgodet, og ved en krenkelse av dette vil hensynene som begrunner bruk av fengsel stå sterkt. Samtidig er det klart at barnets beste likefullt skal tas med som et vurderingsmoment, hvilket innebærer at domstolen må identifisere og avveie barnets interesser mot de øvrige hensynene.

⁵⁵ General Comment No 10 (2007), avsnitt 10

⁵⁶ General Comment No 14 (2013), avsnitt 32

⁵⁷ General Comment No 10 (2007), avsnitt 71

⁵⁸ General Comment No 14 (2013), avsnitt 39

⁵⁹ General Comment No 10 (2007), avsnitt 71

Barnekomiteens uttalelser har klare fellestrekk med momentene lovgiver angir som sentrale ved vurderingen av om vilkåret i strl. § 52 a bokstav d er oppfylt – ”lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risikonivå”⁶⁰ – og forarbeidsuttalelsene samsvarer tilsynelatende i stor grad med konvensjonen. Lovbruddets art viser til hvilken interesse straffebudet tar sikte på å beskytte, mens grovheten knytter seg til handlingens straffverdighet. Hvilken betydning som legges i begrepet risikonivå fremstår noe uklart, men sett i kontekst er det naturlig å forstå det som en henvisning til gjentakelsesfaren, ettersom det blir presisert at ungdomsstraff kan være uegnet dersom det er ”svært høy risiko for ny kriminalitet.”⁶¹

Barnets alder og konkrete behov står som en motvekt til lovbruddet og risikonivået, men i motsetning til barnekomiteens kommentar nevnes ikke barnets skyldevne og omstendigheter eksplisitt i forarbeidene til straffeloven. Evne til å utvise skyld nevnes av utvalget som et generelt argument for den kriminelle lavalder og alternative straffereaksjoner overfor unge lovbrøyttere, og det kan stilles spørsmål ved hvorfor lovgiver ikke plukker opp denne tråden i tilknytning til helhetsvurderingens innhold.⁶²

Lovgivers utelattelse av momentet om skyldevne kan forklares med at alderen er en indikator på den strafferettslige tilregneligheten. Samtidig er det ikke selvsagt at en 17-åring har større evne til å utvise skyld enn en 15-åring – utviklingen kan variere fra individ til individ.⁶³ På den annen side er den kriminelle lavalderen i Norge relativt høy sammenlignet med mange av konvensjonsstatene, og det kan tenkes at momentet mister noe av sin betydning idet lovbrøytter uansett må ha fylt 15 år for å kunne straffes etter norsk lov.

Videre er det klart at barn som utgangspunkt skal straffes mildere enn voksne, dels fordi frihetsberøvelse er mer inngripende overfor barn, men også på grunn av det begrensede skyldansvaret.⁶⁴ Høyesterett har fastslått at det ved valg av straffereaksjon skal være ”ein markert skilnad” mellom mindreårige og myndige lovbrøyttere.⁶⁵ Som nevnt fremgår det også av rettspraksis at grensedragningen påvirkes av hvor tiltalte befinner seg i aldersspennet

⁶⁰ Prop. 135 L s. 115

⁶¹ *ibid.*

⁶² Se NOU 2008:15 s. 23

⁶³ Lignende i Linda Gröning, ”Kriminell lavalder – noen utgangspunkter”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 4 (2014), s. 314-331. Artikkelen omhandler den kriminelle lavalder, men synspunktene har en klar overføringsverdi til diskusjonen om ungdomsstraffens anvendelsesområde.

⁶⁴ Se Fornes 2018, s. 339

⁶⁵ Rt. 2011 s. 206 avsnitt 22

mellom 15 og 18. Skyldevne som moment fanges dermed opp i praksis, uavhengig av lovgivers føringer for hvordan strl. § 52 a bokstav d skal tolkes.

I lys av barnekomiteens uttalelser kan det problematiseres at barnets omstendigheter ikke fremheves av lovgiver som et vurderingsmoment i spørsmålet om ungdomsstraff kan anvendes. Et gjennomgående fellestrekk ved barn som havner i konflikt med loven er nettopp at de er svakt stilt i utgangspunktet, ofte som et resultat av omsorgssvikt eller andre utfordringer i oppveksten.⁶⁶ Det er på det rene at domstolen ikke kan rette opp i feil og svikt som er begått av omsorgspersoner eller offentlige hjelpeapparater, men barnekomiteens uttalelser kan tas til inntekt for at livssituasjonen til barnet kan trekkes inn som et hensyn i reaksjonsvalget.

Art. 37 (b) angir at fengsel kun skal benyttes som ”a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time,” og oppstiller dermed ikke et absolutt forbud mot bruk av fengsel. Konvensjonen anerkjenner i så måte at det i noen situasjoner eksisterer et behov for å frihetsberøve barn, og det vil i kapittel 2.5.2 drøftes hvilke konkrete tilfeller dette kan gjelde.

2.5.2 Fengsling av barn som siste utvei

Strl. § 33 angir at gjerningspersoner under 18 år kun skal idømmes ubetinget fengselsstraff når det er ”særlig påkrevd,” og fastsetter den øvre straffegrensen til 15 år. Ordlyden ”særlig påkrevd” tilsier at terskelen for fengsling av mindreårige skal være høyere enn ved myndige lovbryttere. Vilkårets oppfyllelse beror på lovbruddets art og forholdene ellers, og forutsetter at alternative reaksjoner ikke er tilstrekkelige eller hensiktsmessige.⁶⁷ Spørsmålet er dermed i hvilke tilfeller ungdomsstraff ikke anses å være en tilstrekkelig reaksjon, som følge av lovbruddet og de øvrige forholdene i saken.

Strl. § 33 skal oppfylle statens forpliktelser etter BK art. 3 om hensynet til barnets beste, og art. 37 bokstav b som angir at fengsling av barn kun skal benyttes som ”a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.” Strl. § 33 og BK art. 37 setter terskelen for frihetsberøvelse av mindreårige høyt, men gir ingen konkret veiledning for hvor – eller hvordan – denne grensen skal trekkes. Verken konvensjonen eller barnekomiteen presiserer *hvilke* lovbrudd som anses å være tilstrekkelige alvorlige for å forsvare bruk av fengselsstraff.

⁶⁶ Se Mona Martnes, ”Fengsling av barn i spenningen mellom allmennprevensjonen og barnets beste”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, vol. 13 (2015), s. 240

⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 90 s. 435

Konvensjonsstatene gis dermed en valgfrihet på dette punktet, men skjønnsmarginen snevres inn ved at fengselsstraff kun skal brukes som siste utvei.⁶⁸

I svensk og finsk rett kan barn idømmes fengselsstraff dersom det foreligger henholdsvis ”synnerliga skäl” og ”vägande skäl” – det må foreligge spesielle eller vektige grunner som tilsier at fengsel er påkrevd.⁶⁹ Etter dansk lovgivning skal barn som utgangspunkt plasseres i institusjon, mens fengsel kun benyttes ved rømningsrisiko eller hvis domfelte anses farlig.⁷⁰ Ingen av de nordiske landene avgrenser fullstendig mot bruk av fengselsstraff overfor mindreårige, men det er i samtlige land satt inn tiltak for å redusere bruk av fengsel, og terskelen for å idømme fengsel er høy.

Barnekomiteen har angitt Beijing-reglene som veiledende ved tolkning av konvensjonen, og særlig regel 17.1 c kan gi en viss indikasjon på hvor den øvre grensen bør trekkes.⁷¹

Bestemmelsen angir at frihetsberøvelse kun skal benyttes dersom ”the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response.” Regelen kan tas til inntekt for at vold og gjentatt alvorlig kriminalitet kan begrunne frihetsberøvelse – så lenge en reaksjon i frihet ikke er et reelt alternativ på grunn av lovbruddets alvor, eller en for høy gjentakelsesfare.

Departementets uttalelse om at drap og grove seksuallovbrudd vanligvis vil havne utenfor ungdomsstraffens anvendelsesområde samsvarer tilsynelatende med både strl. § 33 og BK art. 37 (b). Spørsmålet er dermed om det i det hele tatt er rom for å anvende ungdomsstraff ved denne type lovbrudd, og hvor grensen mellom ungdomsstraff og fengsel trekkes ved andre kriminelle handlinger enn drap og grove seksuallovbrudd. I del 3 vil det gjøres rede for hvordan denne grensedragningen foretas i norsk rettspraksis.

2.5.3 Kan fengsling være til barnets beste?

De foregående kapitlene viser at barnets interesser skal stå sentralt ved valg av straffereaksjon, og at fengselsstraff kun skal benyttes dersom svært tungtveiende hensyn

⁶⁸ Se Fornes, s. 344

⁶⁹ Se NOU 2008:15, s. 118 og 122

⁷⁰ *ibid.* s. 120

⁷¹ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (”The Beijing Rules”). Dette er en ikke-bindende resolusjon, og reglene har derfor begrenset rettskildemessig vekt, jf. NOU 2008: 15, s. 68.

tilsier det. Lagmannsretten har imidlertid i LH-2016-72863 og LA-2017-51203 fremholdt at fengsel i noen tilfeller kan være til barnets beste. Det kan dermed stilles spørsmål om hensynet til barnets beste alltid vil tale for bruk av ungdomsstraff.

I forarbeidene vises det til at barn og unge som begår alvorlig kriminalitet ofte har omfattende behov for hjelp.⁷² De særskilte fengselsenheter som er opprettet for mindreårige skal derfor ”være høyt bemannet, og ha et differensiert tilbud ut fra den enkelte ungdoms situasjon og behov” for å gi et godt og helhetlig tilbud, samtidig som oppholdet skal innebære fysiske rammer og restriksjoner.⁷³ Det stilles strenge krav til fengselsoppholdet, og forholdene skal legges til rette for den enkelte innsatte. Det presiseres likevel i forarbeidene at et godt tilbud i ungdomsenheten i seg selv ikke kan være et argument for å fengsle barn.⁷⁴

LH-2016-72863 gjaldt straffutmålingen for en rekke tilfeller av vold og trusler. Tiltalte på 17 år og 9 måneder var under barnevernets omsorg, plassert på en døgnbemannet institusjon. Lagmannsretten trakk særlig frem et forhold der hun sparket mot hodet til en sjåfør, slik at bilen kom over i motsatt kjørefelt, og da hun kastet en kniv mot ansiktet til en ansatt på institusjonen. I vurderingen av om ungdomsstraff kunne anvendes viste lagmannsretten til personundersøkelsen, der det fremgikk at tiltalte viste lite motivasjon for endring. Hun fremstod uinteressert i samtale med personundersøkeren, og var i tillegg mistenkt for ny kriminalitet i etterkant av tingrettsdommen. Det ble også vektlagt at hun tidligere var straffet for lignende forhold, og at en betinget fengselsstraff ikke hadde hindret henne i å begå nye lovbrudd. På denne bakgrunn fant lagmannsretten henne uegnet til å gjennomføre en straff i frihet.

Etter en gjennomgang av behandlingen i ungdomsenheten ved Bjørgvin fengsel, konkluderte lagmannsretten med at en ubetinget fengselsstraff vil være til tiltaltes beste. Det ble fremhevet at enheten tilbyr individuelt tilpasset soning, og at oppfølgingen ville oppveie for noe av belastningen ved soning. Det ble også påpekt at tiltalte burde skjermes fra kontakt med moren – begrunnet med at de hadde et svært komplisert forhold – og at dette hensynet også best kunne ivaretas ved fengselsstraff.

⁷² Se Prop 135 L s. 31

⁷³ *ibid.*

⁷⁴ *ibid.*

Tilsvarende ble det i LA-2017-51203, som gjaldt vold og grov dyremishandling, uttalt at fengselsstraff ble ansett å være til tiltaltes eget beste.⁷⁵ Dette ble begrunnet med høy risiko for gjentatt kriminalitet, og et behov for strenge og langsiktige kontrolltiltak ettersom tiltalte viste tegn til sadisme-psykopati. Tiltalte stod uten tilbud fra barnevernet på domstidspunktet – barnevernsinstitusjonen han tidligere var plassert ved sa opp plassen grunnet mangel på egnede tiltak. Det ble også vist til at tiltalte angivelig trivdes i ungdomsenheten i Bjørgvin fengsel, og at det ikke hadde oppstått uønskede episoder i fengslingsperioden.

Hensynet til barnets beste anføres vanligvis som et hensyn *mot* bruk av fengselsstraff, og bruken av BK art. 3 i de to sakene fremstår ukonvensjonell. I begge tilfellene ble imidlertid gjerningspersonene ansett å være uegnet til å gjennomføre ungdomsstraff, ettersom det var tale om grove og alvorlige forbrytelser, og høy risiko for ny kriminalitet. Lagmannsretten handlet dermed ikke i strid med forarbeidene, selv om argumentasjonen er utradisjonell. Avgjørelsene kan muligens tas til inntekt for at fengselsstraff ikke i alle tilfeller vil stride mot barnets interesser, ettersom det i noen tilfeller vil være et behov for oppfølging og streng fysisk kontroll som ikke finnes andre steder enn i ungdomsenhetene. Det er samtidig ingen tvil om at fengselsstraff kun skal benyttes dersom andre reaksjoner er utilstrekkelige, som vist i kapittel 2.5.2.

2.5.4 Forholdet mellom allmenn- og individualprevensjon

Det fremgår av forarbeidene til straffeloven at det ved fastsettelse av straff av mindreårige skal legges mer vekt på individualpreventive hensyn enn allmennpreventive hensyn.⁷⁶ I lys av dette utgangspunktet må forholdet mellom allmenn- og individualprevensjon forskyves i spørsmålet om anvendelse av ungdomsstraff. I det følgende vil det ses nærmere på hvilke individualpreventive hensyn som gjør seg gjeldende for mindreårige, og hvilken betydning hensynet til allmennprevensjon får idet lovbrøyteren er mindreårig.

Barn og straff-utvalget fremholdt at fremtidige lovbrudd i hovedsak skal forhindres ved forbedring – barnet skal innse *at* og *hvorfor* handlingen var gal.⁷⁷ Fengselsstraff er antatt å både ha en begrenset og negativ individualpreventiv effekt på barn – begrenset fordi straffen ikke nødvendigvis hindrer fremtidige lovbrudd, og negativ fordi barn er særlig utsatt for de

⁷⁵ Saksforholdet er nærmere beskrevet i kapittel 3.3.1.

⁷⁶ *ibid.* 116

⁷⁷ NOU 2008:15 s. 136

negative virkningene fengselsstraff kan ha.⁷⁸ Videre uttales det at straffereaksjoner må ta sikte på å gjøre noe med barnets problemer for å oppnå en individualpreventiv virkning, og ”rette seg mot å fjerne, eller mer realistisk redusere, de risikofaktorene som foreligger.”⁷⁹ Hensynet til rehabilitering og reintegrering står følgelig sentralt; straffen skal bidra til en positiv atferdsendring og hjelpe den domfelte tilbake til samfunnet, og således forhindre at vedkommende begår ny kriminalitet.

Utvalgets uttalelser viser at hensynet til individualprevensjon gis et snevrere innhold idet gjerningspersonen er mindreårig; det er hovedsakelig den forbedrende virkningen som står i fokus, mens den avskrekkende og uskadeliggjørende effekten tilsynelatende ikke tillegges særlig vekt. Departementet støttet i stor grad utvalgets synspunkter, og konkluderte med at individualpreventive hensyn skal veie tungt både ved reaksjonsvalget og straffutmålingen.⁸⁰ Samtidig er det klart at hensynet til samfunnsvern kan begrunne bruk av frihetsberøvelse av mindreårige som begår svært alvorlig kriminalitet, og individualprevensjonens uskadeliggjørende virkning er følgelig ikke uten betydning.⁸¹ Dersom hensynet til samfunnsvern er tilstrekkelig tungtveiende, må hensynet til barnets beste vike.⁸²

Videre utelukkes det heller ikke i forarbeidene at allmennpreventive hensyn ”kan tillegges større vekt ved enkelte typer lovbrudd,” uten at det gis konkrete eksempler.⁸³ Et interessant moment i denne sammenheng er lovgivers henvisning til Rt. 2010 s. 1317, som gjaldt uaktsomt drap forøvet med motorvogn, der den tiltalte 17-åringen ble idømt fengsel. Høyesterett uttalte at det forelå særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn, begrunnet i viktigheten av å sende signaler til ungdomsmiljøer om at bilkjøring i høy hastighet og påvirket tilstand får konsekvenser. Straffens avskrekkende virkning ble følgelig tillagt avgjørende vekt.

På tross av Høyesteretts konklusjon var departementets vurdering likevel at det ikke utelukkes at lovbrudd som dette ”vil kunne bli møtt med den nye ungdomsstraffen,” ettersom ungdomsstraff er tiltenkt som en strengere reaksjon enn samfunnsstraff.⁸⁴ I lys av uttalelsen kan det stilles spørsmål om hvilke konkrete lovbrudd lovgiver sikter til. Den manglende

⁷⁸ *ibid.* s. 23

⁷⁹ *ibid.* s. 136

⁸⁰ Se Prop. 135 L s. 100 og 102

⁸¹ *ibid.* s. 100

⁸² *ibid.*

⁸³ *ibid.* s. 116

⁸⁴ *ibid.* s. 115

konkretiseringen i forarbeidene tilsier at lovgiver har overlatt til domstolene å avgjøre hvilke lovbrudd som fordrer en økt vektlegging av allmennprevensjon.

Andenæs påpekte et moment ved allmennprevensjonen som i liten grad problematiseres i forarbeidene; straffetrusselen påvirker kun den som ”ellers ville foretatt” handlingen.⁸⁵ Dette reiser spørsmål om legitimiteten ved bruk av allmennprevensjon som argument mot idømmelse av ungdomsstraff, ettersom kretsen som eventuelt påvirkes er snever. For det første er det klart at den preventive virkningen begrenser seg til andre ungdommer, ettersom straff av mindreårige ikke vil påvirke straffereaksjonen overfor voksne. Gruppen innsnevres ytterligere ved at det kun er andre ungdommer som *ellers ville foretatt* den kriminelle handlingen som påvirkes. En sitter dermed igjen med en minimal prosentandel av befolkningen: ungdom mellom 15 og 18 år som er tilbøyelig til å begå lovbrudd.

Videre påpekte Andenæs at den allmennpreventive effekten har varierende effekt på forskjellige personer, herunder at ”de intellektuelle forutsetninger for å forstå og vurdere straffetrusselen kan mangle” blant annet hos barn, som dermed vil være mindre mottakelige for påvirkning.⁸⁶ Høyesterett har tiltrådt en lignende oppfatning, og viser til at mindreårige ikke ”handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjon forutsetter.”⁸⁷ Utgangspunktet er dermed at allmennpreventive hensyn i mindre grad bør kunne begrunne straff av barn, nettopp fordi straffen har begrenset allmennpreventiv funksjon.

Dersom det likevel legges til grunn at straff har en allmennpreventiv virkning overfor barn, kan det stilles spørsmål om reaksjonen må være ubetinget fengsel for å oppnå denne virkningen – eller om trusselen om ungdomsstraff kan være tilstrekkelig. På bakgrunn av tanken om at det er oppdagelsesrisikoen som har den avskrekkende effekten, kan det tenkes at også ungdomsstraff vil kunne ha en allmennpreventiv virkning, dersom det er frykten for å bli oppdaget og stilt for retten som er utslagsgivende.⁸⁸

I denne sammenheng er det interessant å se hen til Rt. 2012 s. 34, der Høyesterett fremholder at hensynet til allmennprevensjon går videre enn det rent allmennpreventive. Det ble vist til at straffens forutsatte betydning for den ”alminnelige etiske vurderingen av den aktuelle

⁸⁵ Andenæs 1990, s 45.

⁸⁶ *ibid.* s. 53

⁸⁷ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25. Dommens saksforhold omtales i kapittel 3.2

⁸⁸ Se David C. Vogt, ”The aims of restorative justice” i *Restorative Justice and Criminal Justice: exploring the relationship*. Sverige 2012, s. 28

handlingen og for den alminnelige respekten for det aktuelle rettsgodet” også må vektlegges som en del av dette hensynet.⁸⁹ Vektleggingen av hensynet til allmennprevensjon forutsetter dermed ikke at straffen har en faktisk allmennpreventiv effekt, men at det foreligger et behov for å markere verdien av rettsgodet som har blitt krenket, og vise avstandtagen fra handlingen.

Mens trusselen om ungdomsstraff kan tenkes å være allmennpreventiv i snever forstand, er det mer tvilsomt at respekten for rettsgodet og den etiske vurderingen av lovbruddet markeres tydelig nok med en reaksjon i frihet. Den videre fremstillingen vil se nærmere på forholdet mellom den gjenopprettende prosessen og alminnelige rettsoppfatninger, og det vil vurderes i hvilken grad ungdomsstraff er en tilstrekkelig reaksjon for å opprettholde den sosiale ro.

2.5.5 Spenninger mellom gjenopprettende prosesser og alminnelige rettsoppfatninger

Som nevnt skal ungdomsstraffen ha en gjenopprettende og rehabiliterende virkning, med fokus på å forbedre og hjelpe lovbrysteren. Samtidig fremgår det av forarbeidene at opprettholdelsen av sosial ro er en del av straffens formål; straff skal skape en følelse av rettferdighet og trygghet i samfunnet, og forhindre at det oppstår behov for gjengjeldelse. Alminnelige rettsoppfatninger tilsier at krenkelser skal møtes med reaksjoner, og et inngripende lovbrudd oppleves tvilsomt mindre krenkende kun fordi den skyldige er mindreårig. Spørsmålet er dermed hvordan slike hensyn – herunder hensynet til fornærmede – kan ivaretas når reaksjonen skal bygge på prinsippet om gjenopprettende prosess, og hvilken betydning dette har for grensedragningen mellom ungdomsstraff og fengsel.

I forarbeidene til konfliktrådsloven vises det til at bruk av gjenopprettende prosess kan forebygge fremtidig kriminalitet, og at dette er ”viktig for å ivareta hensynet til offeret og pårørende på en god måte.”⁹⁰ Det anføres at konfliktrådsbehandlingen kan bidra til at de berørte partene kan legge saken bak seg, men det anerkjennes at ikke alle skader kan repareres.⁹¹ Uttalelsen tilsier at noen lovbrudd krever en mer inngripende reaksjon – særlig av hensyn til offeret, men også av hensyn til sikkerheten i samfunnet forøvrig, og befolkningens tillit til rettssystemet.

⁸⁹ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 13

⁹⁰ Prop. 57 L (2013-2014) s. 7

⁹¹ *ibid.*

I en rapport fra Nordlandsforskning fremgår det at offeret ikke stilte i de fleste ungdomsstormøtene forskningsgruppen deltok i, enten fordi lovbruddet var uten personlig fornærmede, eller fordi vedkommende ikke ønsket det – noen uttrykte at det ville bli for ubehagelig å delta.⁹² På bakgrunn av funnene kan det problematiseres om ungdomsstraffen har en gjenopprettende virkning for alle parter, eller om fokuset i for stor grad rettes mot den domfelte. Rapporten viser videre at erfaringene til ofrene som valgte å stille til stormøtet er varierte; noen anså tiltaket som positivt for egen del og for ungdommen, mens andre etterlyste større fokus på ivaretagelse av fornærmede.⁹³ En megler påpekte også at de fornærmede som møter ofte er frustrerte over at gjerningspersonen ikke får ”en ordentlig straff,” og viste til viktigheten av å informere fornærmede om hensikten med straffen og hvordan konfliktrådet jobber for å få lovbrøyteren på rett vei.⁹⁴

Synspunktet om at ungdomsstraff ikke fremstår som ”nok” straff kan også finnes igjen i befolkningen for øvrig, uavhengig av om de er direkte eller indirekte berørt. Ettersom frihetsberøvelse er den strengeste reaksjonen vi har, kan det tenkes at straff i en viss grad er synonymt med fengsel i den allmenne bevisstheten. Fremstillinger av straffesaker i media bygger også opp under slike holdninger, med overskrifter om at unge lovbrøytere ”slipper fengsel” på tross av grove lovbrudd.⁹⁵ Fengsel er en mer håndfast reaksjon, mens ungdomsstraff er et relativt ukjent konsept som kan ta mange former. Selv om ungdomsstraffen kan medføre streng sosial kontroll og ha frihetsbegrensende aspekter, vil den ikke alltid oppleves som en forholdsmessig reaksjon utad.

Det er særlig ved lovbrudd som krenker andres liv, helse eller frihet denne problemstillingen settes på spissen, noe som gjenspeiles i lovgivers uttalelse om at lovbruddets art og grovhet skal stå sentralt ved valg av straffereaksjon.⁹⁶ En av høringsinstansene anførte at det ville være i strid med den alminnelige rettsoppfatningen dersom volds- og seksuallovbrudd ikke ble fullstendig utelukket fra overføring til ungdomsstormøte.⁹⁷ Departementet viste også til at den

⁹² Eide, m.fl., *Stemmer ”kartet” med ”terrenget”? Underveisrapport fra en følgeevaluering av ungdomsstraff og ungdomsoppfølging*, Nordlandsforskning 2016, s. 7 og 48. Rapporten er basert på 13 saker, med ungdommer som dekker hele aldersaspektet og har ulike etniske og sosiale bakgrunn.

⁹³ *ibid.* s. 63-68 og 102

⁹⁴ *ibid.* s. 56

⁹⁵ Se eksempelvis ”Slipper fengsel etter å ha voldtatt tenåring” (<https://www.aftenposten.no/norge/i/yqO2g/Slipper-fengsel-etter-a-ha-voldtatt-tenaring>) og ”17-åring slipper fengsel etter grov, blind vold” (<https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/Kvm6AX/Angrep-ble-filmet-17-aring-slipper-fengsel-etter-grov-blind-vold>)

⁹⁶ Se Prop. 135 L s. 116

⁹⁷ *ibid.* s. 114

alminnelige rettsoppfatning talte for å markere straffens øvre grense i loven, men av hensiktsmessighetshensyn ble det valgt en skjønnsmessig avgrensning.⁹⁸

Den skjønnsmessige avgrensningen mellom ungdomsstraff og fengsel gir rom for å anvende den straffen som er best egnet til å forhindre fremtidig kriminalitet, og ivareta de særlige behov og rettigheter mindreårige har. Konsekvensen av at straffen skal ha en gjenopprettende virkning, er at fornærmede – og befolkningen for øvrig – kan oppleve at lovbrudd ikke blir møtt med en tilstrekkelig streng reaksjon. Den alminnelige rettsfølelsen og hensynet til forhindring av sosial uro vil dermed tale for bruk av fengselsstraff. I oppgavens avsluttende del vil det drøftes hvordan ungdomsstraffen i større grad kan markere det krenkede rettsgodets verdi, og dermed fremstå som en mer proporsjonal reaksjon.

2.5.6 Oppsummering av de særlige hensynene

De foregående kapitlene viser at hensynet til barnets beste skal være tungtveiende ved fastsettelse av straff, og at det må foretas en individuell vurdering av det konkrete barnets interesser. Barnets alder og behov står sentralt i vurderingen, men det er samtidig klart at lovbruddet i seg selv og behovet for samfunnsvern kan tilsi at fengselsstraff er påkrevd. Lagmannsretten har åpnet for at ungdomsstraff ikke alltid vil være til barnets beste, men fengselsstraff skal likevel kun brukes dersom det er klart at de alternative reaksjonene ikke vil være tilstrekkelige.⁹⁹

Individualprevensjonens forbedrende virkning skal stå sentralt ved fastsettelse av reaksjoner overfor mindreårige, men det uskadeliggjørende aspektet er heller ikke uten betydning. Ved alvorlige lovbrudd som krenker andre menneskers rett til liv, helse eller frihet oppstår det et behov for å markere det krenkede rettsgodets verdi og respekt, og hensynet til allmennprevensjon og alminnelige rettsoppfatninger vil tale mot bruk av ungdomsstraff.

⁹⁸ *ibid.* s. 115

⁹⁹ Se LH-2016-72863 og LA-2017-51203, omtalt i kapittel 2.5.3.

3 Anvendelse av ungdomsstraff

3.1 Innledning

Etter ratifiseringen av barnekonvensjonen, og som følge av signaler fra lovgiver, ble samfunnsstraff i økende grad benyttet som reaksjon overfor unge lovbyggere før ungdomsstraffen ble innført. I kapittel 3.2 vil det derfor redegjøres for et utvalg høyesterettsavgjørelser fra denne perioden, som illustrerer hvordan grensen mellom samfunnsstraff og fengsel ble trukket. I forarbeidene til ungdomsstraffen ble det lagt til grunn at lovbrudd som kan møtes med ungdomsstraff ”vil kunne være av mer alvorlig art enn de som i dag medfører samfunnsstraff.”¹⁰⁰ Uttalelsen viser at ungdomsstraffen skal være en strengere reaksjon enn samfunnsstraff, og terskelen for å idømme fengsel heves dermed ytterligere. Avgjørelsenes overføringsverdi må ses i lys av denne uttalelsen, når det i den videre fremstillingen skal redegjøres for ungdomsstraffens anvendelsesområde.

I kapittel 3.3 søkes det å utlede konkrete retningslinjer for grensedragningen mellom ungdomsstraff og fengsel, med utgangspunkt i vurderingsmomentene lovgiver har angitt som sentrale i helhetsvurderingen etter § 52 a bokstav d, samt øvrige momenter som fremgår av rettspraksis. Det vil redegjøres for fire høyesterettsdommer som er avsagt etter ungdomsstraffens ikrafttredelse. Ettersom det foreligger begrenset høyesterettspraksis, vil analysen suppleres med relevant lagmannsrettspraksis.

3.2 Høyesteretts anvendelse av samfunnsstraff overfor mindreårige

Rettsavgjørelser avsagt før ikrafttredelsen av ungdomsstraff har sin relevans på bakgrunn av departementets uttalelse i forarbeidene om at det kan være ”hensiktsmessig å se hen til den avgrensning som er gjort av domstolen ved spørsmålet om samfunnsstraff kan idømmes som alternativ til ubetinget fengsel.”¹⁰¹ De følgende dommene er valgt ut dels fordi de inneholder prinsipielle uttalelser om straff av barn og hvilke hensyn som må ivaretas i slike avgjørelser, og dels fordi saksforholdene befinner seg i grenseområdet mellom samfunnsstraff og fengsel.

¹⁰⁰ Prop. 135 L s. 116

¹⁰¹ Prop. 135 L s. 115

I Rt. 2004 s. 804 uttalte annenvoterende – med flertallstilslutning – at det bør foreligge svært tungtveiende grunner for å idømme barn fengsel. Saken gjaldt reaksjonsfastsettelse overfor en 15 år gammel gutt som deltok i grov uprovosert vold mot en tilfeldig forbipasserende. Høyesterett påpekte at hensynet til den generelle lovlydighet normalt ville tilsi bruk av fengselsstraff, men at situasjonen måtte bli en annen på grunn av lovbrysterens alder. Grensen for hvilke lovbrudd som kan møtes med en reaksjon i frihet ble ikke ansett å være overskredet, og tiltalte ble idømt samfunnsstraff.

Dommen viser for det første at terskelen for å idømme fengselsstraff er høyere idet lovbrysteren er mindreårig, og hensynene som begrunner bruk av straff vektet annerledes. Annenvoterende begrunnet vektskiftet med at barn er sårbare og særlig mottakelige for de negative virkningene fengsel kan ha, samt at ”så unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjon forutsetter.”¹⁰² Dommen kan tas til inntekt for at fengselsstraff anses å ha begrenset allmennpreventiv – og negativ individualpreventiv – virkning overfor barn, og dette utgangspunktet påvirker grensedragningen mellom samfunnsstraff og fengsel.

Samfunnsstraff ble også idømt i Rt. 2007 s. 252, som gjaldt straffutmåling for promillekjøring. Domfelte, som var 17 år og 8 måneder, hadde en promille på 1.59 og foretok en farlig forbikjøring i høy hastighet. Førstvoterende viste til at 17-åringer står i en annen stilling enn enda yngre lovbrystere, men at det likevel måtte være rom for samfunnsstraff – selv om det ikke var noen unnskyldende momenter i saken og ”sterke allmennpreventive hensyn” gjorde seg gjeldende.¹⁰³ Dommen kan tas til inntekt for at terskelen for å idømme fengselsstraff senkes noe idet lovbrysterens nærmer seg 18.

Dommen ble avsagt under dissens fra annenvoterende, som fremholdt at “en samfunnsstraff i dette tilfellet gi et uheldig signal ut i ungdomsmiljøet.”¹⁰⁴ Flertallet la derimot avgjørende vekt på at 17-åringer kun bør idømmes fengselsstraff dersom det foreligger svært alvorlige forbrytelser, med henvisning til forarbeidene og de særlige hensyn som tilsier en lempeligere straff av mindreårige. Avgjørelsen viser at på tross av tiltaltes alder er tett oppunder 18 år, står de individualpreventive hensynene likevel sentralt. Det er også interessant at de allmennpreventive hensynene får mindre vekt idet lovbruddet ikke er av svært alvorlig art, på

¹⁰² Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25

¹⁰³ Rt. 2007 s. 252 avsnitt 13

¹⁰⁴ *ibid.* avsnitt 23

tross av at det forelå et særlig behov for å sende signal til andre ungdommer om at kjøring med promille og høy fart får konsekvenser.

Rt. 2010 s. 1313 gjaldt ran og ransforsøk på grensen til grovt ran, der tiltalte var 17 år og fire måneder. Med henvisning til BK art. 3 ble det foretatt en gjennomgang av tiltaltes livssituasjon, utvikling og konkrete individualpreventive hensyn, og det ble konkludert med at en ubetinget fengselsstraff ville ha uheldige innvirkninger på tiltaltes positive utvikling. På tross av lovbruddets alvor og ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som taler mot en reaksjon i frihet” ble det idømt samfunnsstraff – under atskilling tvil.¹⁰⁵

Det kan bemerkes at Høyesterett ikke vektla at domfelte som 17-åring befant seg i øvre sjikt av den mindreårige aldersgruppe – det ble kun vektlagt at han var mindreårig. Dommen viser at hensynet til barnets beste står sentralt selv om gjerningspersonens alder er tett opptil 18 år, og at det skal mye til for å idømme fengsel dersom det foreligger konkrete omstendigheter som tilsier at fengselsstraff vil ha en negativ virkning på domfelte. Høyesteretts uttrykk for tvil vedrørende valg av straffereaksjon viser samtidig at forholdet befinner seg i grenseområdet mellom samfunns- og fengselsstraff.

Allmennprevensjon ble også fremhevet som et tungtveiende hensyn i Rt. 2012 s. 34, som gjaldt medvirkning til selvmord. Den 17 år gamle domfelte hadde blant annet hjulpet med å finne et passende tre og latt avdøde stå på skuldrene sine med kjetting rundt halsen, slik at hun ble kvalt idet han flyttet seg. Høyesterett konkluderte med at fengselsstraff var nødvendig for å vise at samfunnet ikke aksepterer den aktuelle handlingen, og for å markere en tilstrekkelig avstandtagen fra lovbruddet.¹⁰⁶

Et særlig interessant moment ved Rt. 2012 s. 34 er Høyesteretts uttalelse om at hensynet til allmennprevensjon i *videre* forstand også må tillegges vekt, som nevnt i kapittel 2.4.2. Det ble vist til at ”den betydning straffen må forutsettes å ha for den alminnelige etiske vurdering av den aktuelle handling og for den alminnelige respekt for det aktuelle retts gode” også må vektlegges.¹⁰⁷ Uttalelsen kan tas til inntekt for at hensynet til allmennprevensjon kan ilegges en bredere betydning, utover det rent allmennpreventive.

¹⁰⁵ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 19

¹⁰⁶ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26

¹⁰⁷ *ibid.* avsnitt 13

Mens tidligere rettspraksis i en viss grad har avvist bruken av allmennprevensjon som argument for idømmelse av fengselsstraff overfor barn, med den begrunnelse at straff ikke har den virkningen på mindreårige som hensynet til allmennprevensjon forutsetter, viser Rt. 2012 s. 34 at hensynet likevel kan stå sentralt i saker av alvorlig art.¹⁰⁸ Dommen kan tas til inntekt for at allmennpreventive hensyn i større grad kan vektlegges i saker som gjelder grove krenkelser av de grunnleggende rettsgodene, selv om lovbrøyteren er mindreårig. Avgjørelsen er også interessant fordi den kun fokuserer på selve lovbruddet og fornærmedes forhold, og kan muligens tas til inntekt for at hensynet til domfelte er uten betydning idet lovbruddet er av svært alvorlig art, uten at dette fremgår eksplisitt.

I Rt. 2011 s. 206, som gjaldt grovt ran og frihetsberøvelse, ble det i større grad lagt vekt på den konkrete situasjonen til domfelte. Synspunktene i den ovennevnte Rt. 2010 s. 1313 ble lagt til grunn, og det ble fastslått at tyngdepunktet forskyves i avveiningen mellom hensynet allmenn- og individualprevensjon når gjerningspersonen er mindreårig – selv om tiltalte var 17 år og 10 måneder. Lovbruddet var av høy alvorlighetsgrad, særlig fordi fornærmede ble forlatt fastbundet og forslått, og det var kun tilfældigheter som gjorde at utfallet ikke ble verre.

I likhet med Rt. 2010 s. 1313 forelå det konkrete omstendigheter som tilsa at en fengselsstraff ville ha en negativ virkning på domfelte. Han hadde avstått fra videre kriminalitet, og var nå i en mer ordnet livssituasjon med skole og deltidsjobb. Dommen stadfester at reaksjonen som best ivaretar de konkrete individualpreventive hensynene skal velges, forutsatt at det ikke foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som taler mot en reaksjon i frihet. Gjentakelsesfaren fremstod også implisitt som et moment som tilsa at samfunnsstraff var en tilstrekkelig reaksjon, ettersom det ble fremhevet at tiltalte både var tidligere ustraffet og ikke hadde begått ytterligere kriminalitet.

Til sammenligning ble det i Rt. 2013 s. 67 lagt avgjørende vekt på at det var tale om ”temmelig alvorlig, gjentatt og eskalerende voldskriminalitet.”¹⁰⁹ Handlingene fant sted da tiltalte var mellom 17 år og to måneder og 17 år og syv måneder. Tiltalte var rusmiddelmissbruker og ikke i en rehabiliteringssituasjon – tvert i mot var det erkjent nye voldslovbrudd på domstidspunktet. Samfunnsstraff ble derfor ansett å ha liten nytte, og hensynet til samfunnsvern, individual- og allmennprevensjon talte for ubetinget fengselsstraff. Det ble bemerket at det blir behov for ”en nærmere grenseoppgang mellom samfunnsstraff og

¹⁰⁸ Se Rt. 2004 s. 804 ovenfor

¹⁰⁹ Rt. 2013 s. 67 avsnitt 19

ungdomsstraff” idet ungdomsstraffen trer i kraft, ettersom reaksjonen i noen tilfeller er tiltenkt som alternativ til ubetinget fengselsstraff. Uttalelsen kan muligens tas til inntekt for at resultatet kunne blitt annerledes dersom ungdomsstraff hadde vært et alternativ – men det kan tenkes at gjentakelsesfaren og lovbruddets alvorlighet uansett ville ført til fengselsstraff.

Rt. 2013 s. 776 gjaldt voldtektsforsøk overfor en 71 år gammel kvinne, der domfelte var 17 år og tre måneder på gjerningstidspunktet. På bakgrunn av tidligere rettspraksis oppsummerte førstvoterende at valget av straffereaksjon ”beror på en konkret avveining hvor hensynet til barnets beste står sentralt, og mer sentralt jo yngre barnet er. Det må også tas i betraktning om bruk av samfunnsstraff i tilstrekkelig grad markerer alvoret ved krenkelsen (...) og innebærer tilstrekkelig avstandtaken fra domfeltes handlemåte.”¹¹⁰

Det ble vist til at domfelte var normalt intellektuelt utviklet og uten sosiale problemområder, og det ble vektlagt i skjerpene retning at han var 17 år og at voldtektsforsøk innebærer en meget alvorlig integritetskrenkelse. Det forelå også skjerpene omstendigheter ved selve lovbruddet; overfallet skjedde i fornærmedes hjem og domfelte var maskert. Retten konkluderte med at samfunnsstraff ikke i tilstrekkelig grad markerte alvoret i forbrytelsen, og idømte fengselsstraff. Det bemerkes at annenvoterende dissenterte, og mente det burde benyttes samfunnsstraff kombinert med en kortere ubetinget fengselsstraff, med begrunnelse i individualpreventive hensyn og at det var tale om et ekstraordinært engangstilfelle.

3.2.1 Oppsummering av samfunnsstraffens øvre grense

De ovennevnte dommene viser for det første at det skal svært mye til for å idømme mindreårige fengsel, og at individualpreventive hensyn som utgangspunkt skal veie tungt. Dette utgangspunktet endres idet lovbruddet er av alvorlig art og gjentakelsesfaren er stor. Både ved medvirkning til selvmord og voldtektsforsøk ble de individualpreventive hensynene tilsidesatt, og lovbruddets art fremstår styrende for hvordan de allmenn- og individualpreventive hensynene avveies. De allmennpreventive hensynene tillegges betydelig vekt dersom lovbruddet utgjør en alvorlig krenkelse av de fundamentale rettsgodene.

Det kan også utledes at dersom gjentakelsesfaren fremstår som liten, heves terskelen noe i forhold til lovbruddets alvor. Både Rt. 2011 s. 206 og Rt. 2013 s. 67 gjaldt alvorlige lovbrudd – henholdsvis grovt ran og frihetsberøvelse i førstnevnte, og en rekke alvorlige

¹¹⁰ Rt. 2013 s. 776 avsnitt 29

voldshandlinger i den andre. Den mest markante forskjellen var de tiltaltes situasjon; i motsetning til førstnevnte sak var tiltalte i sistnevnte ikke i en rehabiliteringssituasjon, og samfunnsstraff ble ansett å ha lite virkning. Gjentakelsesfaren og egnethet til å gjennomføre en straff i frihet, fremstår følgelig som tungtveiende momenter. Videre fremgår det at tiltaltes alder er relevant; desto nærmere vedkommende er den kriminelle lavalderen, desto mer skal det til for å idømme fengselsstraff. Idet tiltalte nærmer seg 18 år, kreves det noe mindre før fengselsstraff kan benyttes, men det presiseres samtidig i Rt. 2007 s. 252 at også 17-åringer bør idømmes en reaksjon i frihet med mindre det foreligger svært alvorlige lovbrudd.

Vedrørende grensedragningen mellom samfunnsstraff og ungdomsstraff er særlig Rt. 2013 s. 776 (voldtektsforsøk) og Rt. 2010 s. 1317 (uaktsomt drap ved motorvogn) interessante. Dissensen i Rt. 2013 s. 776 kan tale for at ungdomsstraff ikke er utelukket ved voldtektsforsøk – særlig i lys av at det ikke ble ansett å foreligge en risiko for ny kriminalitet.¹¹¹ Videre fremgår det av forarbeidene at det ikke utelukkes at forhold som i Rt. 2010 s. 1317 kan møtes med ungdomsstraff, og uttalelsen kan tas til inntekt for at uaktsomt drap muligens markerer grensen mellom samfunnsstraff og ungdomsstraff.¹¹²

3.3 Vurderingen etter strl. § 52 a bokstav d

Det følger av § 52 a bokstav d at ungdomsstraff kan idømmes dersom ”hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet.” Som nevnt er straffens formål tredelt – allmennprevensjon, individualprevensjon og opprettholdelse av den sosiale ro – og etter ordlyden er disse hensynene styrende for når ungdomsstraff kan anvendes.¹¹³ I forarbeidene presiseres det imidlertid at det må foretas en skjønsmessig og individuell helhetsvurdering der ”lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risiko” inngår som momenter i vurderingen av om ”den enkelte ungdom er egnet til å gjennomføre ungdomsstraff.”¹¹⁴ I det følgende skal det redegjøres for vurderingsmomentene som inngår i helhetsvurderingen, og analysen tar sikte på å klarlegge hvilken vekt og relevans de ulike hensynene og momentene har for grensedragningen mellom ungdomsstraff og fengsel.

¹¹¹ Lignende i Morten Holmboe, ”Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging – en oversikt og noen kritiske merknader,” *Tidsskrift for strafferett*, nr. 4, 2014, s. 408

¹¹² Se Prop.135 L s. 116

¹¹³ Se kapittel 2.4

¹¹⁴ Prop. 135 L s. 115

Etter innføringen av ungdomsstraff har Høyesterett behandlet tre saker som direkte gjelder anvendelse av ungdomsstraff. Høyesterett har også behandlet en sak om overlagt drap i HR-2017-290-A, men denne avgjørelsen gjaldt i hovedsak bruk av forvaring overfor mindreårige. Muligheten for å bruke ungdomsstraff ble imidlertid kort behandlet, og dommen er derfor relevant for å belyse vurderingsmomentet om lovbruddets alvor og grovhet.¹¹⁵

Ettersom høyesterettsavgjørelsene er fåtallige og hovedsakelig omhandler seksuallovbrudd, vil drøftelsen suppleres med lagmannsrettsdommer som kan gi en pekepinn på hvordan grensen trekkes ved andre typer lovbrudd. Høyesterett har påpekt at selv om lagmannsretten ikke er en prejudikatdomstol, står avgjørelser om straffutmåling i en særstilling på grunn av hensynet til å sikre en enhetlig straffutmåling.¹¹⁶

I det følgende vil det fokuseres på vurderingsmomenter som får en særlig relevans fordi tiltalte er mindreårig, men det kan bemerkes at listen er langt fra uttømmende – i praksis er det svært mange hensyn som kan være relevante som argument ved straffutmålingen og reaksjonsvalget.¹¹⁷

3.3.1 Lovbruddets art og grovhet

Det følger av forarbeidene at avgrensningen oppad mot fengselsstraff ”først og fremst bør grunnes i lovbruddets alvorlighet”, og lovbruddets art og grovhet skal tilsynelatende stå særlig sentralt i helhetsvurdering.¹¹⁸ Dommene referert i HR-2016-1364-A og HR-2016-1365-A viser at noen lovbrudd kan være for alvorlige til å forsvare en reaksjon i frihet, uavhengig av om tiltalte befinner seg i aldersgruppens nedre sjikt og har særlige behov.¹¹⁹

HR-2016-1364-A gjaldt seksuelle overgrep overfor en sårbar 14-åring, utført av to gutter på henholdsvis 16 år og to måneder og 15 år og 10 måneder. Tiltalen omfattet gruppevoldtekt, seksuell omgang med barn under 16 år begått på særlig smertefull og krenkende måte, filming av overgrep, kroppskrenkelser og seksuelt krenkende atferd. Alle de involverte tilhørte en skole for elever med tilpasningsvansker, og overgrepene fant sted på en skoletur.

¹¹⁵ Under arbeidet med oppgaven har Høyesterett avsagt en dom som gjaldt lovanvendelsen og straffutmåling for en 17-åring befattning med eksplosiver (HR-2018-1659-A), men ettersom ungdomsstraff verken vurderes eller nevnes i dommen inkluderes den ikke i analysen.

¹¹⁶ HR-2016-1803 avsnitt 15

¹¹⁷ Se Fornes 2018, s 338

¹¹⁸ Prop. 135 L s. 115

¹¹⁹ Lignende i Morten Holmboe, ”Norwegian youth punishment – opportunity or trap”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, s. 49

Førstvoterende forstod forarbeidsuttalelsene slik at ”ved drap og alvorlige seksuallovbrudd endres utgangspunktet” og at fengselsstraff normalt må idømmes i slike tilfeller. Det ble likevel understreket at ”forarbeidene ikke kan oppfattes slik at ungdomsstraff er utelukket,” men at avgjørelsen må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor lovbruddets grovhet og tiltaltes alder må stå sentralt.¹²⁰ Uttalelsene viser at forarbeidene ikke oppstiller en absolutt avgrensning, og at lovbruddets alvor og tiltaltes alder skal være tungtveiende momenter i vurderingen.

Videre ble det påpekt at ordlyden i bokstav d innebærer at det skal ”særlig mye til for at det er nødvendig å idømme ubetinget fengsel” for lovbrøyttere som ellers er kvalifisert for ungdomsstraff.¹²¹ Utgangspunktet er følgelig at terskelen for å idømme fengsel overfor mindreårige som oppfyller de øvrige vilkårene i § 52 a er høy. I den konkrete vurderingen av de to tiltalte ble det påpekt at alderen isolert sett talte med tyngde for en reaksjon i frihet, men at det på grunn av lovbruddets alvor likevel ikke var grunnlag for ungdomsstraff.

HR-2016-1365-A gjaldt straffutmåling for gjentatt seksuell omgang med et barn på 5 til 6 år, der gjerningspersonen var 15 til 16 år da overgrepene fant sted. Tiltalte var plassert i fosterhjem hos fornærmedes besteforeldre, men ble grunnet fostermorens sykdom overført til fornærmedes hjem, hvor overgrepene skjedde. Høyesterett viste kort til den rettspsykiatriske undersøkelsen, det der kom frem at tiltalte hadde hatt en svært vanskelig oppvekst, og at han slet sosialt og skolefaglig.¹²² Saken ble behandlet og votert sammen med HR-2016-1364-A, og det ble vist til de samme prinsipielle uttalelsene om grensedragningen.

Førstvoterende uttalte at han kunne ”vanskelig se det annerledes enn at dette nettopp er et slikt overgrep som fanges opp av forarbeidenes reservasjon for alvorlige seksuallovbrudd.”¹²³ Uttalelsen kan tas til inntekt for at seksuallovbrudd står i en særstilling, og idet lovbruddene er gjentatte, grove og begått overfor et særlig sårbar offer er forholdet for alvorlig til at ungdomsstraff kan anvendes. I likhet med HR-2016-1364-A ble det påpekt at alderen talte for en reaksjon i frihet, men også her ble lovbruddets alvor tillagt avgjørende vekt, og tiltalte ble idømt fengselsstraff.

¹²⁰ HR-2016-1364-A, avsnitt 35

¹²¹ *ibid.* avsnitt 38

¹²² HR-2016-1365-A, avsnitt 14

¹²³ *ibid.* avsnitt 19

Nøyaktig hvilke seksuallovbrudd som kvalifiseres som alvorlige fremstår noe uklart, men omfattes tilsynelatende av lovbrudd der normalstraffenivået ligger på omkring 5-7 år. I HR-2016-1364-A ble fengselsstraff mellom seks og syv år ansett som et passende utgangspunkt, og i HR-2016-1365-A ble straffenivået fastsatt til minst fem år dersom tiltalte var voksen – og begge forholdene ble ansett for alvorlige til å møtes med ungdomsstraff. Samtidig er det klart at den estimerte fengselsstraffen ikke alltid er styrende, særlig fordi lovgiver bevisst har valgt en fleksibel regel uten konkrete begrensninger.

HR-2017-290-A gjaldt overlagt drap av en ansatt på en barnevernsinstitusjon, begått av en 15 år gammel jente. I dommen ble det trukket frem at domfeltes oppvekst var preget av grov og langvarig omsorgssvikt, og at hun tidlig utviste avvikende atferd. Det ble fremhevet at hun som 12-åring forsøkte å sette fyr på farens seng, mens han og samboeren sov i den, og etter dette vært plassert på institusjon. Etter en gjennomgang av de øvrige lovbruddene og hendelsene som hadde funnet sted før og etter drapet, kom Høyesterett til at hovedspørsmålet i saken var om tiltalte skulle idømmes fengsel eller forvaring.

Før drøftelsen om forvaring ble det likevel stilt spørsmål om hva som kunne være en alternativ straff, på bakgrunn av tiltaltes lave alder. Etter en gjennomgang av barnekonvensjonen og forarbeidsuttalelser, konkluderte førstvoterende kort med at ”selv om fengsling bare skal skje når det er særlig påkrevd (...) er det klart at man i en så alvorlig sak som denne, må reagere med frihetsberøvelse.”¹²⁴ Dommen gir lite veiledning for grensedragningen mellom ungdomsstraff og fengsel, men den illustrerer ytterpunktet; noen lovbrudd er for alvorlige til å vurdere en reaksjon i frihet, uavhengig av gjerningspersonens alder.

Lagmannsretten fulgte den samme linjen i LA-2018-112662, som gjaldt drap og drapsforsøk begått av en 15 år gammel jente som var under barnevernets omsorg. Saken er interessant på grunn av omstendighetene rundt drapet; tiltalte fremholdt at handlingen var et rop om hjelp, uten hensikt å drepe, og det kom frem i en rapport fra fylkesmannen at hun ikke hadde fått forsvarlig hjelp og behandling.¹²⁵ Lagmannsretten uttalte imidlertid at det ikke var formildende at tiltalte hadde hatt en vanskelig oppvekst med svikt i hjelpeapparatet, nettopp fordi lovbruddet var for alvorlig. Det kan utledes av dommene at lovbruddets art og

¹²⁴ HR-2017-290-A, avsnitt 37

¹²⁵ Fylkesmannen.no (<https://www.fylkesmannen.no/nn/Aust--og-Vest-Agder/Barn-og-foreldre/Barnevern/Tilsynsrapportene-etter-drapet-pa-Sorlandssenteret-er-klar/>)

alvorlighetsgrad avskjærer bruk av ungdomsstraff i de alvorligste sakene – uavhengig av hvilke momenter som trekker i motsatt retning.

HR-2017-579-A, som gjaldt straffutmåling for seksuell omgang med barn under 14 år, viser imidlertid at ungdomsstraff også kan anvendes ved alvorlige seksuallovbrudd, men at lovbruddets karakter har avgjørende betydning. Domfelte, som var 17 år og ni måneder, hadde hatt seks til syv samleier med fornærmede på 13 år og åtte måneder, og det ble fastslått at han hadde utvist grov uaktsomhet. Førstvoterende viste innledningsvis til de ovennevnte dommene, og redegjorde for hvordan grensedragningen ble foretatt. Det ble påpekt at forholdene i dommene fra 2016 var ”vesentlig grovere og av en annen karakter” og at forskjellene medførte at dommene ”gir begrenset veiledning for hva som vil være riktig reaksjon.”¹²⁶ Uttalelsen illustrerer en av utfordringene med å klarlegge ungdomsstraffens øvre grense; vurderingen vil variere fra sak til sak, på grunn av variasjonene i lovbruddenes art og karakter, og de øvrige omstendighetene.

Det kan utledes av dommen at de ikke bare er lovbruddets art som er styrende, men også de konkrete omstendighetene ved handlingen. Herunder ble det vist til at fornærmede og tiltalte hadde et kjærestelignende forhold, og at aldersforskjellen kun var fire år. Saken stod i en annen stilling som følge av de formildende omstendighetene, og dommen kan tas til inntekt for at idet lovbruddet er av mindre grov karakter, åpnes det for at individualpreventive hensyn kan tillegges avgjørende vekt.

Lovbruddets grovhet var også delvis avgjørende i LA-2017-51203, som gjaldt vold og dyremishandling. Tiltalte hadde i perioden fra 16 og et halvt år til 17 år begått en rekke volds- og dyremishandlingslovbrudd. Et av forholdene gikk ut på at tiltalte sammen med to andre skulle fange en sau for å mishandle og drepe den, og da de ble oppdaget av eieren ble vedkommende blant annet dyttet overende og slått gjentatte ganger. Et annet forhold gjaldt tyveri av en rekke smådyr fra en landbruksskole, som ble drept på ulike måter og plassert på en kirketrapp – tiltalte uttalte i denne sammenheng at han ”mishandler dyr når han kjeder seg og dette gir han en egen nytelse.”

Lagmannsretten viste til at allmennpreventive hensyn gjorde seg særlig gjeldende, ettersom det var tale om meget grov mishandling begått med mål å påføre dyrene mest mulig lidelse. Det springende punktet var hensynet til tiltaltes alder, men en samlet vurdering av alvoret i

¹²⁶ HR-2017-579-A, avsnitt 30

handlingen, de sakkyndiges vurdering av gjentakelsesfaren og hensynet til samfunnsvern tilsa at fengselsstraff var påkrevd. Lovbruddets art skiller seg klart fra seksuallovbruddene i de ovennevnte dommene, noe som gjenspeiles i at straffenivået uten fradrag ble satt til rundt 2 år og 8 måneder. Lagmannsrettdommen viser at straffenivået ikke er avgjørende, og at lovbruddets karakter kan tillegges betydelig vekt – særlig hvis det er tale om en betydelig gjentakelsesfare.

Det at lovbruddets art ikke i seg selv alltid er avgjørende for reaksjonsvalget ble også fremhevet i Rt. 2012 s. 34 om medvirkning til selvmord. Høyesterett viste til at menneskelivet er det høyeste retts gode, og at dette danner utgangspunktet for vurderingen, men at de konkrete omstendighetene likevel måtte være avgjørende. Det forelå imidlertid ingen formidlende omstendigheter ved tiltaltes handlemåte, og samfunnsstraff ble ikke ansett å innebære en klar nok avstandtagen fra handlingen. I juridisk teori har det blitt fremholdt at Høyesterett muligens ville ansett ungdomsstraff som en tilstrekkelig streng reaksjon.¹²⁷ Dette kan ha sin bakgrunn i at det ikke ble stadfestet en gjentakelsesfare eller et særlig behov for samfunnsvern, men det kan tenkes at lovbruddets art uansett ville blitt ansett for alvorlig til å idømme ungdomsstraff.

I LB-2014-155075, som gjaldt straffutmåling for forsettlig kroppsskade, var situasjonen noe annerledes. Domfelte, som var 17 år og tre måneder på gjerningstidspunktet, hadde slått fornærmede slik at han fikk brukket nese og hjernerystelse. Det ble lagt til grunn at fornærmede opptrådte provoserende. Retten vektla at tiltalte var straffedømt tre ganger tidligere, og kom til at det skulle fastsettes en fellesstraff med den siste saken, som også gjaldt kroppsskade, men under særlig skjerpene omstendigheter fordi volden var uprovosert og utøvd av flere i fellesskap.

Det ble vist til at alvoret i voldshandlingene isolert talte for en lengre fengselsstraff, men lovbruddet ble ikke ansett av å være av en slik art at fengselsstraff var påkrevd. Dommen kan tas til inntekt for at det til tross for at lovbruddet har en alvorlig karakter, skal det mer til for å idømme fengselsstraff dersom lovbruddstypen ikke er av den groveste sort. Et interessant moment er at samfunnsstraff ble vurdert å være en for mild reaksjon, og dommen viser hvordan ungdomsstraffens anvendelsesområde favner noe videre og kan utgjøre en strengere straff enn samfunnsstraff.

¹²⁷ Se Holmboe, 2014 s. 409

3.3.2 Alder

I LA-2018-112662, om drap og drapsforsøk, viste lagmannsretten til at ”utover tiltaltes alder er det ikke formildende omstendigheter i saken.” Det kan utledes av uttalelsen at alderen står i en annen stilling enn de øvrige vurderingsmomentene. Samtidig er det klart at alderen ikke er et tilstrekkelig tungtveiende moment i de mest alvorlige sakene – slik som drap og grove seksuallovbrudd – og får i slike tilfeller kun betydning for utmålingen av fengselsstraffen.

Utgangspunktet er ellers at ”desto yngre barnet er, desto mer må det til før fengsel kan benyttes som straffereaksjon overfor barnet.”¹²⁸ Uttalelsen kan tas til inntekt for at terskelen for å idømme fengselsstraff blir gradvis lavere i takt med at tiltaltes alder øker. Dersom lovbrøyteren befinner seg i aldersgruppens øvre sjikt, kan dette tale mot bruk av ungdomsstraff. Dette var tilfellet i LB-2015-136924, som gjaldt krenkelser overfor tiltaltes familie i form av trusler og mishandling. Tiltalte hadde begått de mest alvorlige lovbruddene som 17-åring, og dette ble ansett som et skjerpende moment.

Tilsvarende ble det i Rr. 2013 s. 776 om voldtektsforsøk vektlagt i skjerpende retning at domfelte var 17 år og tre måneder. Dette utgangspunktet kan problematiseres noe, ettersom barnekonvensjonen angir at alle under 18 år klassifiseres som barn.¹²⁹ En lovbrøyter på 17 år må følgelig like fullt bedømmes som et barn, på lik linje med en 15-åring. Dette påpekes også i Rt. 2010 s. 1313, der Høyesterett uttalte at det først er når 18-årsgrensen passerer at det blir et markert skille ved valg av straffereaksjon. Det ble vektlagt i formildende retning at tiltalte var under 18 år, selv om han med en alder på 17 år og fire måneder befant seg tett opp mot den øvre aldersgrensen. Nyere rettspraksis taler imidlertid for at alderen både kan være et formildende eller skjerpende moment, avhengig av hvor på aldersskalaen tiltalte befinner seg.

3.3.3 Konkrete behov

I HR-2016-1364-A viste Høyesterett til at departementet angir ”noen elementer som må tas i betraktning” i helhetsvurdering, og nevnte ”konkrete behov” som ett av disse.¹³⁰ På bakgrunn av uttalelsen er det interessant at tiltaltes behov uteble fullstendig fra Høyesteretts helhetsvurdering, særlig i lys av tingrettens bedømmelse i THAUG-2015-114069 der det

¹²⁸ Rt. 2013 s. 776, avsnitt 25

¹²⁹ Jf. BK art. 2. Se Ingun Fornes, ”Bruk av samfunnsstraff overfor barn – nye tendenser i Høyesterett”, *Lov og Rett*, nr. 2, 2012 s. 100

¹³⁰ HR-2016-1364-A, avsnitt 34

fremgikk at de tiltalte nettopp hadde særlige behov som talte mot fengselsstraff. Tingrettsdommen er relevant fordi den viser hvilke konkrete behov som kan få betydning i helhetsvurderingen, dersom lovbruddet i seg selv ikke avskjærer ungdomsstraff.

Vedrørende den yngste tiltalte (15 år og 10 måneder) ble det vist til at begge foreldrene var rusmisbrukere, og at moren døde av overdose da han var svært ung. Han ble adoptert, men fosterforeldrene ble skilt og det var store konflikter mellom dem både før og etter skilsmissen. Tiltalte ble plassert på spesialskole på grunn av uakseptabel atferd, samt konsentrasjons- og motivasjonsvansker. Retten fremhevet at ungdomsstraff var egnet til å ivareta tiltaltes faglige og sosiale behov.

Den eldste av de tiltalte (16 år og to måneder) var under barnevernets omsorg som følge av alvorlig omsorgssvikt. Det ble vist til at han først måtte flytte ut av et fosterhjem grunnet fostermorens sykdom, og deretter døde den nye fosterfaren, og tiltalte ble til slutt flyttet til en institusjon. Han fremstod som engstelig og hadde en krevende atferd, men virket mer stabil og trygg der han befant seg nå. Hele ansvarsgruppen mente det ville være svært uheldig med fengselsstraff, og en politibetjent som kjente til alle involverte uttalte at saken var svært alvorlig, men at toget var kjørt for guttene dersom de måtte sone i fengsel.

Tingretten kom til at alderen sammenholdt med de personlige forholdene og behovene talte med tyngde mot ubetinget fengsel. Avgjørelsen viser at behov for trygghet og stabilitet, samt faglige og sosiale behov, omfattes av vurderingsmomentet, og både oppveksten og den nåværende livssituasjonen står sentralt for å belyse hvilke konkrete behov som foreligger. Idet Høyesterett valgte å se bort fra tiltaltes behov, kan dommen tas til inntekt for at momentet ikke får betydning for vurderingen idet lovbruddet anses for alvorlig og de motstridende hensynene for tungtveiende.

I HR-2017-579-A om seksuell omgang med barn under 14 år, kom Høyesterett til at individualpreventive grunner talte klart for bruk av ungdomsstraff. Det ble vektlagt at tiltalte hadde behov for veiledning og oppfølging, som han fikk gjennom kontakt med psykolog og kontaktlærer. Videre ble det fremhevet at han holdt seg unna rus og hadde skiftet sosialt miljø, og fengselsstraff ble ansett å være uheldig for denne positive utviklingen. Dommen viser at hensynet til rehabilitering og reintegrering står sentralt ved utpenslingen av tiltaltes konkrete behov; det vektlegges hvilken reaksjon som er best egnet til å gi tiltalte den hjelp og

støtte som er nødvendig, og dermed fremme en atferdsendring slik at nye lovbrudd ikke blir begått.

3.3.4 Risikonivå og gjentakelsesfare

I HR-2016-1364-A viste Høyesterett til at risikonivået kan være ”så høyt at fengselsstraff er nødvendig for å komme i posisjon til å påbegynne atferdsendring.”¹³¹ Høyesterett trakk likevel ikke risikonivået inn i den konkrete vurderingen, selv om det ble fremhevet både i tingretten og lagmannsretten at gjentakelsesfaren var stor. Dommen kan tas til inntekt for at idet lovbruddet er for alvorlig, har risikoen for ny kriminalitet mindre betydning – ungdomsstraff er uansett utelukket.

Gjentatt kriminalitet er et av vilkårene for ungdomsstraff i § 52 a bokstav b, og avskjærer naturligvis ikke bruk av straffereaksjonen. Rettspraksis viser samtidig at det må eksistere en viss utsikt til endring i tiltaltes handlingsmønster. Dersom risikoen for ny kriminalitet er for høy, og særlig dersom lovbruddet i tillegg er av alvorlig art eller karakter, vil momentet tale klart mot bruk av ungdomsstraff. LA-2015-51203 (dyremishandling og vold) er illustrerende, ettersom det ble vist til at risikoen for ny kriminalitet, sammen med lovbruddenes grovhet, innebar at ungdomsstraff ikke var en tilstrekkelig reaksjon.

Høyesterettspraksis om samfunnsstraff viser at idet gjentakelsesfaren er liten eller ikke-eksisterende, heves terskelen for bruk fengselsstraff, og lovbruddet kan være av alvorligere art og karakter før en reaksjon i frihet er utelukket. Risikoen for ny kriminalitet fremstår særlig styrende for vurderingen dersom lovbruddets art befinner seg i grenseområdet. Rt. 2012 s. 34 (medvirkning til selvmord) og Rt. 2013 s. 776 (voldtektsforsøk) viser samtidig at dersom lovbruddet er av *for* alvorlig art, er det uten betydning om gjentakelsesfaren er fraværende – men ettersom begge sakene gjaldt samfunnsstraff, kan det tenkes at vurderingen ville blitt annerledes ved spørsmål om ungdomsstraff.

I LF-2016-37716 ble en 17-åring idømt ungdomsstraff for medvirkning til voldtekt, delvis begrunnet med at risikonivået ikke ble ansett å være så høyt at fengselsstraff var påkrevd. Tiltalte hadde blant annet gitt fornærmede piller med viten om hvilken virkning de ville ha, og tatt bilder og video av overgrepet, men det ble fremhevet at han ga ”uttrykk for vemmelse og skam” over handlingen. Mindretallet fremholdt likevel at hensynet til straffens formål med

¹³¹ Hr-2016-1364-A, avsnitt 32

tyngde talte mot ungdomsstraff, med henvisning til at straffen må samsvare med den etiske vurdering av handlingen og respekten for fornærmedes integritet. Dissensen tilsier at lovbruddet befinner seg i grenseområdet for når risikonivået kan vektlegges i formildende retning.

3.3.5 Motivasjon og egnethet

Det følger av forarbeidene at den skjønnsmessige helhetsvurderingen skal ta sikte på å avdekke om ”den enkelte ungdom er egnet til å gjennomføre ungdomsstraff.”¹³² Hvorvidt tiltalte er egnet beror følgelig de ovennevnte momentene, men rettspraksis viser at motivasjonen eller egnetheten også kan trekkes inn som et eget vurderingsmoment. Dette fremgår blant annet av HR-2017-579-A, der personundersøkelsen utarbeidet av kriminalomsorgen ble brukt til å klarlegge tiltaltes motivasjon for å gjennomføre ungdomsstraffen, og ble ilagt betydelig vekt i reaksjonsvalget.

I LB-2015-136924 (trusler og mishandling) ble tiltalte idømt ungdomsstraff på tross av at både alderen og gjentakelsesfaren talte for fengselsstraff. Lagmannsrettens hovedbegrunnelse var endringer i tiltaltes livssituasjon, og at han nå var mer villig til å motta hjelp. I motsatt ende av skalaen ble det i LH-2016-72863 lagt betydelig vekt på at tiltalte verken fremstod motivert eller egnet for ungdomsstraff – i tillegg til at lovbruddenes grovhet og gjentakelsesfaren talte for frihetsberøvelse. Saken gjaldt flere tilfeller av vold og trusler, og er omtalt i kapittel 2.5.3. Lagmannsretten viste til ungdomsstraffens gjenopprettende formål, og avgjørelsen kan tas til inntekt for at idømmelse av ungdomsstraff krever innsikt i endringspotensialet, og en vilje til endring hos tiltalte.

Tiltaltes motivasjon henger nært sammen med risikoen for nye lovbrudd; der gjentakelsesfaren er stor, er det lite sannsynlig at tiltalte er motivert for å endre atferden sin. Dersom det derimot ikke foreligger en gjentakelsesfare, fremstår motivasjonen og egnetheten som tungtveiende momenter for bruk av ungdomsstraff – forutsatt at lovbruddet ikke er så alvorlig at ungdomsstraff uansett er utelukket.

¹³² Prop. 135 L s. 115

4 Konklusjon og avsluttende betraktninger

4.1 Konklusjon

Lovgiver har som utgangspunkt angitt at individualpreventive hensyn skal veie tyngre enn allmennpreventive hensyn ved fastsettelsen av straff overfor mindreårige, og at lovbruddets alvorlighet skal stå sentralt i vurderingen.¹³³ Analysen i kapittel 3 viser at lovbruddets art og karakter står i en særstilling ved fastsettelsen av ungdomsstraffens øvre grense, og idet lovbruddet innebærer en svært alvorlig krenkelse av retten til liv, helse eller frihet vil allmennpreventive hensyn kunne tillegges avgjørende vekt.

Domstolene har foreløpig utelukket ungdomsstraff i drapssaker, men uaktsomhet kan muligens føre til et annet resultat, og i større grad åpne for at tiltaltes forhold kan vektlegges. Alvorlige seksuallovbrudd avskjærer som utgangspunkt bruk av ungdomsstraff, og en reaksjon i frihet forutsetter at det foreligger formildende omstendigheter. Ungdomsstraffens øvre grense overskrides også ved alvorlig voldskriminalitet, dersom det foreligger høy gjentakelsesfare. Har det derimot funnet sted en positiv utvikling hos tiltalte, og risikoen for nye lovbrudd ikke er fremtredende, utvides anvendelsesområdet noe.

Rettspraksis viser også at lovbrudd av mindre alvorlig art kan avskjære soning i frihet – dersom lovbruddet er særlig grovt, eller risikoen for nye lovbrudd svært høy, vil hensynet til alminnelige rettsoppfatninger og samfunnsvern tilsi bruk av fengselsstraff. I slike tilfeller kreves det at tiltalte er påvist egnet til å gjennomføre ungdomsstraffen og at ungdomsplanen kan imøtekomme tiltaltes behov.

Dersom lovbruddets alvor isolert sett ikke utelukker bruk av ungdomsstraff, vil tiltaltes alder, behov og livssituasjon trekkes inn som sentrale momenter i vurderingen. Høy gjentakelsesfare og manglende motivasjon for å gjennomføre ungdomsplanen er tungtveiende momenter som kan sperre for bruk av ungdomsstraff, og motsetningsvis vil endringsvilje og lav risiko for ny kriminalitet tale i tiltaltes favør. Tilsvarende kan også alderen trekke i begge retninger; desto nærmere tiltalte er den kriminelle lavalder, desto høyere er terskelen for fengsling.

¹³³ Prop 135 L s. 116

4.2 Veien videre – kan ungdomsstraffens virkeområde utvides?

Etter gjeldende rett kan ikke mindreårige lovbrøtere som begår svært alvorlig kriminalitet idømmes ungdomsstraff, på tross av målsetningen om fengsling kun skal benyttes unntaksvis overfor barn ”i helt spesielle saker når alle andre alternativer er vurdert og funnet utilstrekkelige.”¹³⁴ På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om ungdomsstraffens anvendelsesområde kan utvides, slik at hensynet til barnets beste i større grad kan ivaretas i de mer alvorlige sakene.

Som vist i kapittel 2.5.3 har lagmannsretten fremholdt at fengsling kan være til barnets eget beste, og det er klart at ved å benytte egne ungdomsenheter kan en i større grad unngå de negative virkningene fengselssoning kan ha på barn. De stilles strenge krav til oppfølging, og de innsatte får tilpasset skoleundervisning og tilbys trening, psykolog og andre behandlende og sosiale tiltak.¹³⁵ Det er samtidig ikke til å unngå at noen barn likevel havner i ordinære fengsler, og uansett blir overført idet de fyller 18 år – eller i beste fall 20 år.¹³⁶ Tiden fra etterforskningen frem til domfellelsen kan trekke ut, og desto mer kompleks saken er, desto lengre tid vil prosessen ta.¹³⁷ Noen domfelte vil nærme seg, eller allerede ha fylt 18 år på domstidspunktet, og vil som konsekvens ikke få den oppfølgingen ungdomsenheten tilbyr. Det er dermed tvilsomt om fengselsstraff rent faktisk kan anses være til barnets beste, idet oppholdet på ungdomsenheten i realiteten blir svært tidsbegrenset.

Analysen viser at det særlig er allmennpreventive hensyn som taler mot at enkelte barn kan sone i frihet, men også opprettholdelse av den sosiale ro og hensynet til samfunnsvern veier tungt idet lovbruddet er svært alvorlig. Dersom ungdomsstraffen kan innebære en strengere sosial og fysisk kontroll av tiltalte, kan det tenkes at ungdomsstraffen i større grad kan markere det krenkede rettsgodets verdi, og dermed fremstå som en mer forholdsmessig reaksjon. Hvis ungdomsstraffen kan tilpasses lovbrøterne som begår svært alvorlig kriminalitet, vil fengselsstraff kunne forbeholdes de tilfellene frihetsberøvelse er absolutt nødvendig, slik som ved forsettlig drap.

¹³⁴ Prop. 135 L s. 9

¹³⁵ LH-2016-072863, utdrag fra personundersøkelsen

¹³⁶ Se Connie Bentzrud, ”Vi har ikke det forsterkede tilbudet for de over 18” *Fædrelandsvennen*. (<https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/qnaKGo/-Vi-har-ikke-det-forsterkede-tilbudet-for-de-over-18>)

¹³⁷ Se Eide, m.fl s. 30-33

Ungdomsstraff er tiltenkt som en strengere reaksjon enn samfunnsstraff, men i praksis fremstår ikke alltid dette som tilfellet. Konfliktrådsloven § 25 første ledd bokstav c angir at ungdomsplanen kan inneholde ”samfunnsnyttige oppgaver”, som tilsvarer tiltak som kan fastsettes ved samfunnsstraff.¹³⁸ Morten Holmboe har fremmet tanken om at det er domstolen som bør fastsette dette vilkåret, ettersom det er et mer straffende tiltak.¹³⁹ Forslaget var særlig begrunnet med hensynet til rettslikhet og rettssikkerhet, men en slik endring kan også styrke ungdomsstraffens legitimitet som en streng reaksjon, ved at straffen ikke fremstår mindre belastende enn samfunnsstraff.

Straffens strenghet styres i stor grad av ungdomsplanens innhold, som er overlatt til konfliktrådet, og det kan stilles spørsmål om domstolen generelt bør ha en større rolle ved utformingen av ungdomsplanen. Etter gjeldende rett er det kun gjennomføringstiden og den subsidiære fengselsstraffen som fastsettes av domstolen.¹⁴⁰ Straffens proporsjonalitet kan muligens økes ved at domstolen også fastsetter de mer inngripende og straffende tiltakene – slik som institusjonsopphold og samfunnsnyttige tjenester. Dersom deler av straffens innhold fremgår av selve dommen, vil reaksjonen i seg selv kunne fremstå strengere utad, og dermed i større grad ivareta hensynet til allmennprevensjon og forhindring av sosial uro.

Et alternativ for å heve ungdomsstraffens øvre grense kan også være bruk av elektronisk kontroll. Kriminalomsorgen Yrkesforbund har tatt til ordet for bruk av fotlenke som forebyggende tiltak, og viser til muligheten for å ”etablere et lovverk som gir domstolen mulighet til å avsi en kjennelse om bruk av elektronisk kontroll” som kan drives og gjennomføres av kriminalomsorgen.¹⁴¹ Det anføres at et slikt tiltak kan være forebyggende og gjenopprette en sosial kontroll, som et alternativ til fengsel eller institusjon. Bruk av fotlenke innebærer en betydelig frihetsinnskrenkelse, samtidig som ulempene ved en alminnelig fengselsstraff unngås. Dersom en slik ordning tas i bruk, kan det åpnes for at ungdomsstraffens anvendelsesområde utvides noe – forutsatt at tiltalte ikke utgjør en for stor fare for samfunnet.

Samtidig kan det argumenteres for at den norske lovgivningen allerede går langt for å redusere bruk av fengsel overfor mindreårige – også sammenlignet med de andre nordiske

¹³⁸ Se Prop.57 L s. 92

¹³⁹ Se Morten Holmboe, ”Ytring: Om ”samfunnsnyttige oppgaver” i ungdomsplaner. Behov for endring?”, *Tidsskrift for strafferett*, årg. 16 nr 1, 2016, s. 6

¹⁴⁰ jf. strl. § 52 b

¹⁴¹ Kriminalomsorgens Yrkesforbund, *Bruk av elektronisk kontroll som forebyggende tiltak mot ungdomskriminalitet*, 07.08.2018

landene. I svensk rett er ”sluten ungdomsvård” det strengeste alternativet for mindreårige, og avgrenser mot lovbrudd som tilsier en strengere straff enn fire år.¹⁴² I Danmark kan ”ungdomssaksjon” benyttes overfor mindreårige som tidligere ville blitt idømt fengsel fra 30 dager til 1½ år, mens det i finsk rett benyttes en ungdomsstraff som anses å være på samme alvorlighetsnivå som betinget fengsel.¹⁴³ Det oppstilles følgelig konsekvente grenser for hvilke lovbrudd som kan møtes med de alternative reaksjonene. Den norske lovgivningen går tilsynelatende lengst i å oppfylle barnekonvensjonens forpliktelser, idet anvendelse av ungdomsstraff ikke utelukkende styres av lovbruddets straffverdighet.

Ungdomsstraffen ble innført for å redusere antall barn i fengsel, og bruk av deldom – slik som ved samfunnsstraff, som kan kombineres med andre reaksjoner – ble derfor ansett å virke mot sin hensikt.¹⁴⁴ Riksadvokaten har imidlertid uttalt at det kan være hensiktsmessig å se nærmere på bruk av kombinasjonsstraffer i de tilfellene det er behov for en rask og følbar reaksjon, slik at en kort ubetinget reaksjon avsones før ungdomsstraffen påbegynnes.¹⁴⁵ Rapporten gjaldt innspill til tiltak rettet mot bekjempelse av gjengproblematikken, men det kan tenkes at det ved alvorlige, enkeltstående lovbrudd også bør vurderes en mulighet for kombinasjonsstraff.

Ved å kombinere ubetinget fengsel og ungdomsstraff kan alvorlige lovbrudd møtes med en umiddelbar reaksjon, som i større grad samsvarer med alminnelige rettsoppfatninger, og markerer det krenkede rettsgodets verdi. En slik deldom kan muligens også bøte noe på de negative virkningene fengselsstraff kan ha, ettersom den domfelte vil kunne settes under streng sosial kontroll etter løslatelsen, og få den oppfølgingen og behandlingen som er nødvendig. Straffen vil dermed kunne fremstå mer forholdsmessig, samtidig som hensynet til gjenoppretting, rehabilitering og reintegrering står sentralt i straffens andre del.

¹⁴² Se NOU 2008: 15 s. 119 og strl. § 51

¹⁴³ *ibid.* s. 120-123

¹⁴⁴ Se Prop.135 L s. 167

¹⁴⁵ Se Riksadvokaten, *Gjengproblematikk – mulige tiltak*, 31.08.2018

Litteraturliste

Lover

Lov nr. 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov nr. 28/2005 om straff (straffeloven)

Lov nr. 49/2014 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven)

Forarbeider

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

NOU 2008:15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll

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

Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Prop. 57 L (2013-2014) Lov om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven)

Bøker

Andenæs, Johs, *Straff og almenprevensjon* (Oslo 1990)

Fornes, Ingun, *Straff av barn – Frihetsstraffene og alternativene* (Bergen 2018)

Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, (Bergen 2016)

Artikler

Bentzrud, Connie, ”Vi har ikke det forsterkede tilbudet for de over 18”, *Fædrelandsvennen* (2018) <https://www.fvn.no/nyheter/lokalt/i/qnaKGo/-Vi-har-ikke-det-forsterkede-tilbudet-for-de-over-18> [sist sjekket 05.12.18]

Fornes, Ingun, ”Bruk av samfunnsstraff overfor barn – nye tendenser i Høyesterett”, *Lov og Rett*, nr. 2 (2012) s. 87-103

Grønning, Linda, ”Kriminell lavalder – noen utgangspunkter”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 4 (2014), s. 314-331

Holmboe Morten, ”Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging – en oversikt og noen kritiske merknader”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 4 (2014), s. 397-414

Holmboe, Morten, ”Ytring: Om ”samfunnsnyttige oppgaver” i ungdomsplaner. Behov for endring?”, *Tidsskrift for strafferett*, nr. 1 (2016) s. 3-7

Holmboe, Morten, ”Norwegian youth punishment – opportunity or trap”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* (2017) s. 37-58

Martnes, Mona, ”Fengsling av barn i spenningen mellom allmennprevensjonen og barnets beste”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, vol. 13 (2015) s. 239-261

Skoghøy, Jens Edvin A, ”Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettighetskomité og FNs barnekomité som rettskilder?”, foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.-15. mars 2016, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf> [sist sjekket 05.12.18]

Vogt, David C., "The aims of restorative justice" i *Restorative Justice and Criminal Justice: exploring the relationship*, Linda Grønning og Jørn R.T Jacobsen (red.) (Sverige 2012) s. 21–41

Internasjonale kilder og konvensjoner

FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) 20. november 1989

General Comment No. 10 (2007): Children's rights in juvenile justice

General Comment No. 14 (2013): The right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules")

Rettsavgjørelser

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2007 s. 252

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2010 s. 1317

Rt. 2011 s. 206

Rt. 2012 s. 34

Rt. 2013 s. 67

Rt. 2013 s. 776

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-1364-A

HR-2016-1365-A

HR-2017-290-A

HR-2017-579-A

LB-2014-155075

LB-2015-136924

LF-2016-37716

LH-2016-72863

LA-2017-51203

LA-2018-112662

Rapporter og annet

Eide, m.fl., *Stemmer "kartet" med "terrenget"? Underveisrapport fra en følgeevaluering av ungdomsstraff og ungdomsoppfølging*, Nordlandsforskning (2016)

<http://www.nordlandsforskning.no/getfile.php/1314816-1489161697/Dokumenter/Rapporter/2016/NF%207-2016.pdf> [sist sjekket 05.12.18]

Fylkesmannen i Aust- og Vest-Agder, *Historien om Stina*, 07.02.2018.

<https://www.fylkesmannen.no/nn/Aust--og-Vest-Agder/Barn-og-foreldre/Barnevern/Tilsynsrapportene-etter-drapet-pa-Sorlandssenteret-er-klar/> [sist sjekket 05.12.18]

Kriminalomsorgens Yrkesforbund, *Bruk av elektronisk kontroll som forebyggende tiltak mot ungdomskriminalitet*, 07.08.2018

https://frifagbevegelse.no/mapper/KY_elektronisk_kontroll.pdf [sist sjekket 05.12.18]

Riksadvokaten, *Ungdomsstraff - oppdaterte retningslinjer*, 09.08.2017

<http://kriminalitetsforebygging.no/wp-content/uploads/2017/11/Oppdaterteretningslinjerungdomsstraff.pdf> [sist sjekket 05.12.18]

Riksadvokaten, *Gjengproblematikk – mulige tiltak*, 31.08.2018

<https://www.riksadvokaten.no/document/riksadvokaten-med-forslag-til-tiltak-mot-gjengkriminalitet/> [sist sjekket 05.12.18]