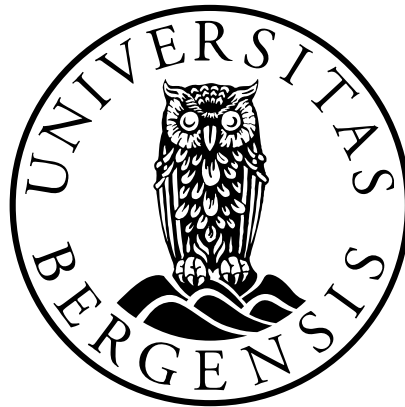


# Forvaring av barn

*Hvilke vilkår må være innfridd for å idømme  
forvaring og hvordan påvirker det vurderingen  
at lovbryteren er et barn?*

Kandidatnummer: 78

Antall ord: 13475



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning .....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Hva er forvaring? .....	3
1.3 Aktualitet .....	4
1.4 Metode og sentral rettspraksis .....	5
1.4.1 Metodiske valg .....	5
1.4.2 De sentrale dommene i oppgaven .....	5
1.5 Avgrensning .....	6
1.6 Veien videre .....	7
2 Barn og forvaring .....	8
2.1 Historikk .....	8
2.2 Hensyn som gjør seg særlig gjeldende ved forvaring av barn .....	9
2.2.1 Hensynet til barnets beste .....	9
2.2.2 Hensynet til samfunnsvernet ved idømmelse av forvaring overfor mindreårige 11	
2.3 Gjennomføring av forvaring .....	11
3 Hvilken grad av gjentakelsesfare kreves der tiltalte er barn? .....	13
3.1 Generelt om kravet til gjentakelsesfare .....	13
3.2 De ulike tersklene for når vilkåret om gjentakelsesfare anses innfridd .....	14
3.3 Risikofaktorer og beskyttelsesfaktorer .....	14
3.4 Momentene som har betydning i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare 16	
3.4.1 Momentene i straffeloven § 40 fjerde ledd .....	16
3.4.2 Det begåtte lovbruddet .....	16
3.4.3 Om lovbyteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd .....	17
3.4.4 Lovbryterens atferd .....	18
3.4.5 Tiltaltes «sosiale og personlige funksjonsevne» .....	19
3.5 I hvilken grad vil det påvirke vurderingen at lovbyteren var et barn? .....	21
4 Utgangspunktet om at forvaring kun kan idømmes dersom «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet» .....	24

4.1	Generelt om vurderingen av om grunnvilkåret er innfridd.....	24
4.2	De ulike momentene som vektlegges .....	24
4.2.1	Lengden på den alternative fengselsstraffen.....	24
4.2.2	Muligheten for behandling av domfelte .....	25
4.2.3	Domfeltes mulighet til å få hjelp og oppnå bedring utenfor anstalten .....	26
4.2.4	I hvilken grad kan den domfelte dra nytte av fengselsoppholdet? .....	27
4.2.5	Hvordan vektlegges momentene av domstolene?.....	28
5	Alderskravet.....	29
5.1	Veien videre.....	29
5.2	Hvordan tolkes alderskravet i dag?.....	29
5.3	Motstridende praksis i Høyesterett .....	31
5.4	Medfører det en omgåelse av hensynet til barnets beste dersom domstidspunktet legges til grunn?.....	32
6	Hva ligger det i særvilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for å idømme forvaring? .....	35
6.1	Historien bak særvilkåret.....	35
6.2	Terskelen for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».....	35
6.3	Hvilke momenter vektlegges i rettspraksis i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter»? .....	36
6.3.1	Gjerningspersonens alder .....	37
6.3.2	Gjentakelsesfaren.....	37
6.3.3	Gjerningspersonens psykiske tilstand og motivasjon for drapet .....	39
7	Avsluttende refleksjoner .....	42
	Litteraturliste .....	44

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens overordnede problemstilling er hvilke vilkår i straffeloven § 40 som må være innfridd hvis mennesker mellom 15 og 18 år skal idømmes forvaring, og hvordan det påvirker vurderingen at lovbrøteren er et barn.<sup>1</sup> Sentrale underproblemstillinger er hvordan vurderingen av gjentakelsesfaren påvirkes av at gjerningspersonen er mellom 15 og 18 år, hvordan alderskravet bør tolkes, og hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

## 1.2 Hva er forvaring?

Domstolene har siden 2002 kunne idømme barn og voksne forvaring, se straffeloven av 1902 § 39 c og straffeloven av 2005 § 40.<sup>2</sup> Forvaring er en «straff» etter straffeloven § 29 bokstav b som idømmes lovbrøtere som anses spesielt farlige for samfunnet. Vilkåret om at forvaring kun kan idømmes når fengselsstraff ikke anses «tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet» gir uttrykk for formålet med forvaring; samfunnsvern.<sup>3</sup> For å ivareta dette formålet er forvaring en tidsubestemt straff. Domstolene skal fastsette en tidsramme for frihetsberøvelsen som «ikke kan overstige 21 år»,<sup>4</sup> og som for mindreårige ikke kan overstige 15 år.<sup>5</sup> Det tidsubestemte elementet fremkommer i bestemmelsens fjerde ledd. Retten kan «forlenge» den fastsatte rammen med «inntil 5 år om gangen». Ved utløpet av den fastsatte tidsrammen kan domstolene forlenge frihetsberøvelsen med inntil 5 år om gangen. En slik forlengning kan foretas så mange ganger som nødvendig for å ivareta formålet med forvaringen. På grunn av det tidsubestemte elementet anses forvaring av mange som den strengeste straffen man kan idømme. Formålet er likevel ikke å ramme de mest alvorlige forbrytelser med en særlig streng straff, men å verne samfunnet.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) heretter strl..

<sup>2</sup> Lov 22. mai 1902 Alminnelig borgerlig straffelov (opphevet).

<sup>3</sup> Strl. § 40 første ledd første punktum.

<sup>4</sup> Strl. § 43 første ledd første punktum.

<sup>5</sup> Strl. § 43 første ledd tredje punktum.

<sup>6</sup> Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 10.

Skal barn idømmes straffereaksjoner gjør særlige hensyn seg gjeldende, særlig hensynet til barnets beste. I forarbeidene fremkommer det at en frihetsberøvelse i seg selv medfører en særlig belastning for barn. Ved forvaring er belastningen større, da barnet ikke vet hvor lenge straffen vil vare. I tillegg er barnet i en modningsfase, og det vil være vanskelig å motivere barnet til endring hvis det stemples som farlig. Det pekes også på at en forvaringsdom vil bidra til en stigmatisering av barnet som farlig også etter dommen er sonet ferdig.<sup>7</sup> Disse konsekvensene medfører en høyere terskel dersom barn skal idømmes forvaring. I tillegg til de alminnelige vilkårene om gjentakelsesfare, krav til type lovbrudd, og krav om samfunnsfare, må det foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» dersom personer under 18 år skal idømmes forvaring, se straffeloven § 40. Den høye terskelen er et resultat av den store belastningen forvaring påfører barn.

### 1.3 Aktualitet

Flere voksne har siden 2002 blitt idømt forvaring, men første gang en mindreårig fikk forvaringsstraff var i 2017.<sup>8</sup> Etter dette er tre andre barn, per i dag, dømt til forvaring.<sup>9</sup> De tre senere dommene falt alle i 2019. Selv om to av dommene ikke er rettskraftige, og straffen kan bli omgjort, viser dommene at forvaring av barn er en aktuell problemstilling.<sup>10</sup> I tillegg til diskusjoner om selve forvaringen av barn er det også diskusjoner om vilkårene for å idømme barn forvaring. Særlig gjelder dette vilkåret om gjentakelsesfare, som ofte vil volde store utfordringer, da barnets fremtidige handlinger er vanskelig å forutse. Diskusjonene rundt selve forvaringen og vilkårene for det viser at problemstillingen er aktuell, og medfører et behov for en analyse av rettspraksis og øvrige rettskilder.

De vanskelige vurderingene og spesielle tilfellene der barn idømmes forvaring vekker også stor interesse i mediene. Både det at barna ofte har begått grufulle handlinger, men og det at selve forvaringen medfører store belastninger for barna gjør temaet aktuelt. Særlig i år, når det er 3 saker som er eller blir behandlet i domstolene. I tillegg til å være bekymret for

---

<sup>7</sup> Prop. 135 L Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) s. 104.

<sup>8</sup> HR-2017-290-A.

<sup>9</sup> HR-2019-832-A, TNOGU-2019-69775 og TJARE-2019-11414.

<sup>10</sup> TNOGU-2019-69775 og TJARE-2019-11414.

samfunnsfaren er flere bekymret for barna som idømmes forvaring. I et intervju med NRK uttaler blant annet advokat Cecilie Nakstad at Høyesterett ved HR-2017-290-A, den første dommen der en mindreårig ble idømt forvaring, «dro ut proppen» med tanke på å idømme barn forvaring, og at rettstilstanden er i ferd med å skli ut.<sup>11</sup> Flere engasjerer seg dermed i temaet, noe som også viser at problemstillingen er aktuell og viktig.

## **1.4 Metode og sentral rettspraksis**

### **1.4.1 Metodiske valg**

Frem til i dag er fire mindreårige idømt forvaring, men kun to av dommene er rettskraftige. I enkelte deler av oppgaven vil det dermed være lite høyesterettspraksis å analysere. Derfor vil også praksis fra lagmannsrettene og tingrettene anvendes i oppgaven, særlig i kapittel 5 og 6. Anvendelsen av underrettspraksis skal ikke bare vise hva lagmannsretten og tingretten vektlegger, men også belyse ulike forhold og momenter ved lovbruddene og gjerningspersonene som kan få betydning i vurderingen av om forvaring skal idømmes. Selv om underrettspraksis ikke har like stor rettskildemessig vekt som høyesterettspraksis, og den ikke er rettskraftig, vil den dermed få en sentral plass enkelte steder i oppgaven.

### **1.4.2 De sentrale dommene i oppgaven**

Et lite utvalg dommer anvendes ofte i oppgaven. I disse dommene har forvaring blitt drøftet av domstolene eller idømt. Domstolene har i flere saker drøftet forvaring av mindreårige, men det er dommene gjennomgått nedenfor jeg mener i størst grad belyser spørsmålene oppgaven reiser. Videre vil jeg redegjøre for innholdet i de mest sentrale dommene for å gi et bakgrunnsteppe for de videre drøftelsene og analysene.

Den første dommen der en mindreårig ble idømt forvaring er HR-2017-290-A, Vollen-saken. En 15 år gammel jente hadde drept en ansatt på en barnevernsinstitusjon ved kvelning og

---

<sup>11</sup> Nakstad (2019).

knivstikking. Hun ble idømt forvaring i ni år med en minstetid på seks år. Også i HR-2019-832-A, Vulkan-saken, idømte Høyesterett en mindreårig forvaring. En 17 år og tre måneder gammel gutt forsøkte å drepe et tilfeldig offer med i alt 53 knivstikk. Straffen for drapsforsøket ble forvaring med en tidsramme på fire år. I LA-2017-112563, Lund-saken, behandlet lagmannsretten anken fra TKISA-2017-68612. En gutt på 15 ½ år hadde drept to personer med flere knivstikk. Tingretten dømte han til 11 års forvaring, mens straffen ble omgjort til 11 års fengsel i lagmannsretten. I tillegg er LA-2018-112662, Sørlandssenter-saken, sentral. Når jenta var 15 år gammel hadde hun knivdrept en kvinne og forsøkt å drepe en annen inne på et kjøpesenter. Hun ble idømt 12 års fengsel. I tingrettsdommen TJARE-2019-11414, Varhaug-saken, hadde en 17 år og 10 måneder gammel gutt drept en 13 år gammel jente, samt skjendet liket. Tingretten idømte han forvaring i 11 år.<sup>12</sup> Den siste dommen der tingretten i 2019 idømte en mindreårig forvaring er TNOGU-2019-69775, Vinstra-saken. En 17 år gammel gutt hadde knivdrept en 16 år gammel jente og påført en voksen som kom til for å hjelpe grove kroppsskader. Han ble dømt til forvaring i 13 år med en minstetid på 8 år. Dommen er anket.

## 1.5 Avgrensning

Oppgaven behandler spørsmål om vilkårene for å idømme barn forvaring. For å idømmes straff må lovbrøteren være tilregnelig på gjerningstidspunktet, se strl. § 20 første ledd første punktum. Hvis gjerningspersonen er «under 15 år» på gjerningstidspunktet er han eller hun ikke tilregnelig, og kan ikke straffes etter § 20 bokstav a. Oppgaven avgrenses derfor mot personer som var under 15 år på gjerningstidspunktet. Mennesker over 18 år er ikke mindreårige, og oppgaven vil derfor heller ikke omfatte gjerningspersoner som var over 18 år på gjerningstidspunktet.

I tillegg avgrenses oppgaven til barnekonvensjonen artikkel 3 (1).<sup>13</sup> Konvensjonens artikkel 37 og 40 inneholder flere krav til myndighetene hvis et barn skal frihetsberøves. Blant annet skal intet barn «ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet», og frihetsberøvelsen skal bare benyttes som «en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom», se artikkel 37 bokstav b. I

---

<sup>12</sup> Saken er per 9.12.2019 under behandling i Gulating lagmannsrett, og dom har ikke falt.

<sup>13</sup> The UN Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989 (barnekonvensjonen).

bestemmelsens bokstav c og bokstav d fremkommer rettigheter barn har dersom de er frihetsberøvet. Også artikkel 40 omhandler straff av barn, men her stilles det i større grad krav til det prosessuelle, blant annet kort saksbehandlingstid, at barnet skal anses uskyldig til det motsatte er bevist og at barnet straks skal bli underrettet om anklagene, se henholdsvis art. 40 (2) (iii), (i) og (ii). Bestemmelsen sier ikke noe om når barn skal idømmes forvaring, kun hvordan det skal skje. Artikkel 37 og 40 vil dermed ikke bli behandlet i oppgaven, da det sentrale er hvordan «hensynet til barnets beste» i artikkel 3 innvirker på selve vurderingen av om barnet skal idømmes forvaring.

## 1.6 Veien videre

Videre i oppgaven skal rettskildene analyseres, med særlig fokus på rettspraksis. I punkt 2.1 vil jeg se på forvaringens historie for å danne en dypere forståelse for hva forvaring er og hensynene straffeformen skal ivareta. I punkt 2.2 vil de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved forvaring av barn presenteres, mens det i punkt 2.3 er fokus på hvordan forvaringen gjennomføres, særlig med tanke på det behandlende elementet i forvaringsstraffen. Kapittel 3 i oppgaven tar for seg kravet om gjentakelsesfare. I punkt 3.2 fremkommer det hvilken terskel rettskildene setter for når gjentakelsesfare foreligger, mens det i punkt 3.4 er fokus på hvilke momenter som har betydning i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. I hvilken grad det påvirker vurderingen av gjentakelsesfaren at gjerningspersonen er et barn drøftes i punkt 3.5. Grunnvilkåret om at forvaring kun kan idømmes dersom «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet» analyseres i kapittel 4, med fokus på hvilke momenter Høyesterett vektlegger i punkt 4.2. Kapittel 5 tar for seg alderskravet, hvordan det tolkes i dag i punkt 5.2 og om Høyesteretts praksis medfører en omgåelse av hensynet til barnets beste, se punkt 5.4. I kapittel 6 behandles særvilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter», med særlig fokus på hvilke momenter domstolene vektlegger i punkt 6.3. Det avsluttende kapittel 7 inneholder refleksjoner rundt temaet som har oppstått under arbeidet med oppgaven, men som faller utenfor oppgavens tema.



## 2 Barn og forvaring

### 2.1 Historikk

Bestemmelsene om forvaring avløste den tidligere særreaksjonen sikring. Sikring kunne idømmes både tilregnelige og utilregnelige lovbrøtere, og innebar at påtalemyndighetene kunne iverksette ulike sikringsmidler.<sup>14</sup> Midlenes art og omfang kunne variere, med alt fra tilsyn, anbringelse i institusjon og fengslig forvaring, så lenge som middelet ble ansett nødvendig.<sup>15</sup> Formålet med sikringen var å «vareta samfunnets berettigede krav på beskyttelse», og sikring ble derfor ikke ansett som straff.<sup>16</sup> Tilregnelige lovbrøtere kunne idømmes straff i tillegg til sikring.<sup>17</sup> Dette dobbeltsporede straffesystemet ble kraftig kritisert. Blant annet ble det påpekt at det var en stor belastning for domfelte å først sone en fengselsstraff og deretter være underlagt sikring. I tillegg var idømmelsen stigmatiserende, da en forutsetning for å idømme en tilregnelig person sikring var at han eller hun hadde «mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner». Også tidsubestemtheten ved sikringen ble kritisert.<sup>18</sup> Allerede i 1957 begynte straffelovrådet å arbeide med en utredning der spørsmålet var om bestemmelsene om sikring burde endres. Utredningen møtte kraftig kritikk, og medførte aldri et lovforslag. I 1985 ble særreaksjonsutvalget oppnevnt. Etter dette utvalgets utredning ble gjeldende bestemmelser om forvaring vedtatt ved lov 17. januar 1997 nr. 11.<sup>19</sup> Bestemmelsene om forvaring trådte derimot ikke i kraft før i 2002.<sup>20</sup>

I 2002 foreslo et flertall i Straffelovkommissjonen at det «tas inn et forbud mot å dømme lovovertrедere under 18 år til forvaring».<sup>21</sup> Dette ble blant annet begrunnet i de store belastningene en tidsubestemt frihetsstraff påførte en mindreårig gjerningsperson. Departementet mente derimot et absolutt forbud mot å idømme mindreårige forvaring ikke kunne innføres.<sup>22</sup> Også mindreårige kunne dermed fra 2002 idømmes forvaring. På dette

---

<sup>14</sup> NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner s. 74–76.

<sup>15</sup> Grøndahl (2000) under «Kort om dagens sikringsystem».

<sup>16</sup> NOU 1974: 17 s. 72.

<sup>17</sup> NOU 2002: 4 Ny straffelov – Straffelovkommissjonens delutredning VII s. 49.

<sup>18</sup> Storvik (2013) s. 16.

<sup>19</sup> Storvik (2013) s. 16–17; Lov 17. januar 1997 nr. 11 om endringer i straffeloven mv..

<sup>20</sup> Lov 15. juni 2001 nr. 64 om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239).

<sup>21</sup> NOU 2002: 4 s. 253.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 282.

tidspunktet mente departementet de strenge vilkårene for forvaring ville gi barnet godt nok vern mot forvaringsstraff. Det var ikke behov for et særvilkår for å idømme barn forvaring tilsvarende regelen i straffeloven § 33 om fengselsstraff, som bare kan idømmes når det er «særlig påkrevd».<sup>23</sup> Også i NOU 2008: 15 antas det at det ut fra de alminnelige vilkårene skal mye til før mindreårige idømmes forvaring.<sup>24</sup> I Prop. 135 L (2010-2011) vedtas derimot et nytt annet ledd.<sup>25</sup> Forvaring kan kun idømmes mindreårige når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Dette medfører en særlig høy terskel for når personer mellom 15 og 18 år kan idømmes forvaring. Vilåret innlemmes i bestemmelsen om forvaring ved lov 20. januar 2012 nr. 6, og er et «tilleggsvilkår til de alminnelige vilkårene».<sup>26</sup>

## 2.2 Hensyn som gjør seg særlig gjeldende ved forvaring av barn

### 2.2.1 Hensynet til barnets beste

Flertallet i Straffelovkommisjonen mente det burde innføres forbud mot å idømme barn forvaring på grunn av de store belastningene forvaringen medførte. Ikke bare ved forvaring av barn, men ved straff av barn generelt, gjør særlige hensyn seg gjeldende. Barnekomiteen uttaler at barn «differ from adults in their physical and pshychological needs», og de bør behandles annerledes enn voksne i strafferetten.<sup>27</sup> Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal barnets beste være et «grunnleggende hensyn» ved «handling og avgjørelser som berører barn».<sup>28</sup> Leddet anses som en bærebjelke i Grl. § 104 av rettspraksis, og ordlyden medfører at barnets beste er et «grunnleggende hensyn» ved idømmelse av forvaring.<sup>29</sup> Etter barnekonvensjonen art. 3 (1) skal «the best interests of the child be a primary consideration» i «all actions concerning children». Artikkelen i barnekonvensjonen gjelder som norsk rett, og skal «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning», se menneskerettsloven § 3, jf.

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 282.

<sup>24</sup> NOU 2008: 15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll, s. 85.

<sup>25</sup> S. 167.

<sup>26</sup> Lov 20. januar 2012 nr. 6 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff); Fornes (2018) s. 419.

<sup>27</sup> General Comment No. 24 (2019) s. 5.

<sup>28</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

<sup>29</sup> Rt. 2015 s. 93.

§ 2.<sup>30</sup> Som påpekt av Lønning-utvalget samsvarer ordlyden i Grunnloven § 104 annet ledd godt med barnekonvensjonen art. 3 (1).<sup>31</sup> Det er dermed naturlig å se hen til tolkningen av barnekonvensjonen ved tolkningen av Grunnloven.

Både ordlyden i Grl. § 104 annet ledd og Barnekonvensjonen artikkel 3 (1) tilsier at hensynet til barnets beste er sentralt, men behøver ikke å være avgjørende. Hensynet skal dermed tillegges stor vekt, men det er ikke til hinder for at andre hensyn vinner frem. Hva som nærmere ligger i «hensynet til barnets beste» er usikkert, og vil variere med øyet som ser. Etter både norsk og internasjonal rett har «barnets behov for omsorg, trygghet, stabil og god voksenkontakt samt respekten for barnet og dets integritet» betydning, og svaret beror på en helhetsvurdering.<sup>32</sup> Vurderingen av hva som er til barnets beste er dermed svært kompleks. Det sentrale for denne oppgaven er at hensynet til barnets beste taler imot bruk av forvaring. Dette fremkommer i både rettspraksis og forarbeider, og begrunnes i de store konsekvensene forvaring har for barn.<sup>33</sup>

I tillegg til rettspraksis fremkommer det uttalelser i barnekomiteen sine General Comments om hensynet til barnets beste. Disse uttalelsene er ikke bindende for norske domstoler. I flere avgjørelser viser likevel Høyesterett til slike uttalelser, blant annet i Rt. 2010 s. 1313 og i mindretallets votum i Rt. 2009 s. 534. Oppfatningen i den juridiske litteraturen er derfor at uttalelsene i General Comments tillegges stor vekt av norske domstoler.<sup>34</sup> I HR-2018-2069-A uttaler Høyesterett seg om spørsmålet om hvilken vekt General Comments har. Det fremkommer i avsnitt 15 at General Comments fra Barnekomiteen er en «relevant rettskilde» ved fastleggelsen av innholdet i konvensjonsteksten. Hvilken vekt uttalelsene tillegges beror på «hvordan godt forankret de er i konvensjonsteksten», og om det er «tolkningsuttalelser». I dommen dreide det seg om tolkningsuttalelser, og de måtte derfor tillegges «betydelig vekt». I General Comment No. 14 viser Barnekomiteen til at hensynet til barnets beste har tre hovedelementer. Det er en materiell rett for barnet til å få vurdert og vektlagt hva som er til dets beste, et tolkningsprinsipp og en prosedyreregulering. Tolkningsprinsippet som vi kommer tilbake til i punkt 5.4 innebærer at dersom det er tvil om tolkningen, skal tolkningen som best

---

<sup>30</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>31</sup> Dok. Nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 192.

<sup>32</sup> Fornes (2006) s. 95.

<sup>33</sup> Prop. 135 L (2010–2011) s. 104; HR-2017-290-A avsnitt 75.

<sup>34</sup> Fornes (2018) s. 35–36; Søvig (2009) s. 39; Ulfstein (2012) s. 552.

ivaretar hensynet til barnets beste velges.<sup>35</sup> Barnekomiteens kommentar fremstår som en tolkningsuttalelse, noe som tilsier at den bør tillegges stor vekt.

## **2.2.2 Hensynet til samfunnsvernet ved idømmelse av forvaring overfor mindreårige**

Hensynet til barnets beste er ikke det eneste hensynet av betydning i spørsmålet om å idømme forvaring. I NOU 2008: 15 fremkommer det at strafferetten er et område som skiller seg fra de andre rettsområdene ved at «den type hensyn som er antatt å kunne gå foran hensynet til barnets beste, står særlig sterkt».<sup>36</sup> Det er dermed flere hensyn som anses særlig sentrale. Haugli peker på at det de siste årene har vært en trend «i retning av sterkere vektlegging av hensynet til barnets beste fremfor andre strafferettslige hensyn», men bildet er ikke entydig.<sup>37</sup> Et av disse andre hensynene er hensynet til samfunnsvern. Formålet med forvaring er å verne samfunnet, noe som gir seg uttrykk i at forvaring skal anvendes dersom det er fare for at gjerningspersonen igjen vil begå et alvorlig lovbrudd mot andres liv, helse eller frihet. Siden det i forvaringstilfellene er fare for alvorlige lovbrudd står hensynet til samfunnsvern sterkt. Særlig synlig vil denne avveiningen av hensynet til samfunnsvern mot hensynet til barnets beste bli under punkt 3.5, der det drøftes om hensynet til barnets beste medfører en høyere terskel før kravet til gjentakelsesfare anses innfridd. Også under punkt 2.2 om hvilke momenter som vektlegges i vurderingen av om «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet» vil man se hvordan disse hensynene får betydning.

## **2.3 Gjennomføring av forvaring**

Barn idømt forvaring plasseres på en av de to ungdomsenhetene. Den ene ungdomsenheten er plassert i Bergen, og åpnet i 2009. Ungdomsenheten øst er lokalisert på Eidsvoll, og ble åpnet i 2016. Begge enhetene har fire plasser, slik at det til sammen er åtte plasser forbeholdt mindreårige som er idømt fengsel eller forvaring i Norge.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> General Comment No. 14 (2013) s. 4.

<sup>36</sup> NOU 2008: 15 punkt 7.3.2.

<sup>37</sup> Haugli (2016) s. 71.

<sup>38</sup> Justis-og beredskapsdepartementet (2016).

En forvaringsstraff skal ha et mer behandlende element enn fengsel.<sup>39</sup> Etter forvaringsforskriften § 2 skal en forvaringsdømt innenfor sikkerhetsmessige forsvarlig rammer «gis mulighet for å endre sin adferd og tilpasse seg et liv i frihet».<sup>40</sup> Domfelte skal dermed gis mulighet til endring, slik at han ikke vil gjenta lovbruddet. Etter forskriften § 3 skal dette gjøres ved at innholdet i forvaringen skal «ta utgangspunkt i domfeltes kriminalitet og tilpasses den enkeltes særlige forutsetninger og behov». Det behandlende elementet gjør seg særlig gjeldende for frihetsberøvede barn. Ifølge straffegjennomføringsloven skal innsatte i fengsel «ha et tverretatlig team som skal ivareta de unges behov under straffegjennomføringen og forberede tiden etter løslatelse», jf. § 10a annet ledd annet punktum.<sup>41</sup> Etter lovens § 1 gjelder denne bestemmelsen så langt den passer for forvaring. Det må dermed antas at den også gjelder forvaringsdømte barn. Disse tverretatlige teamene skal ha «om lag halvparten fengselsbetjenter og halvparten tilsatte med miljøterapeutisk, barnefaglig eller annen relevant sosialfaglig bakgrunn», se straffegjennomføringsforskriften § 3-1 a.<sup>42</sup> Disse teamene skal bidra til å forbedre barnet og forberede det til et liv utenfor institusjonen, og er et godt bilde på det behandlende elementet forvaring innebærer.

---

<sup>39</sup> Se HR-2017-290-A avsnitt 74.

<sup>40</sup> Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (forvaringsforskriften).

<sup>41</sup> Lov 1. juni 2018 nr. 25 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

<sup>42</sup> Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring (straffegjennomføringsforskriften); Etter straffegjennomføringsloven § 10 a andre ledd skal kriminalomsorgen i forskrift gi mer utfyllende bestemmelser.

# 3 Hvilken grad av gjentakelsesfare kreves der tiltalte er barn?

## 3.1 Generelt om kravet til gjentakelsesfare

Formålet med forvaring er å verne samfunnet mot farlige lovovertridere. Ifølge NOU 2002: 4 er gjentakelse «det sikreste indisiet man har på at en lovbrøyer kan betraktes som farlig».<sup>43</sup> Ved å beskrive en person som en «fare» for samfunnet tar man «sikte på å gi uttrykk for at vedkommende kan komme til å begå en ny straffbar handling» av stor alvorlighetsgrad.<sup>44</sup> I straffeloven § 40 andre og tredje ledd er det dermed krav om at det foreligger gjentakelsesfare dersom en person skal idømmes forvaring. Vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig fare for gjentakelse skal vurderes ut fra situasjonen på domstidspunktet, og vil bero på en totalvurdering av flere momenter.<sup>45</sup> Gjentakelsesfaren må knytte seg til at gjerningspersonen igjen vil begå et «voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare».<sup>46</sup> Det er dermed krav om at det både må være begått et slikt lovbrudd, og fare for at et slikt lovbrudd igjen vil begås. I oppgaven drøftes det ikke hvilket type lovbrudd som må være begått, da det i sakene som omhandler forvaring av barn ikke har vært aktualisert. I disse sakene har det vært begått drap og drapsforsøk, noe som klart faller innenfor typen lovbrudd som må være begått. Dermed vil ikke lovbruddsvilkåret drøftes nærmere.

I denne delen av oppgaven vil jeg i punkt 3.2 se på hvilken terskel det er før tilstrekkelig gjentakelsesfare foreligger. Deretter vil jeg se på hva risikofaktorer og beskyttelsesfaktorer er i punkt 3.3, siden disse kan si noe om risikoen for at lovbrøyeren igjen vil begå lovbrudd. Disse risikofaktorene kan forklare hvorfor Høyesterett vektlegger de momentene de gjør i vurderingen av gjentakelsesfaren. I punkt 3.4 ser jeg på hvilke momenter som har betydning i vurderingen av gjentakelsesfare, og i punkt 3.5 drøftes det hvilken betydning det har på gjentakelsesfarevurderingen at gjerningspersonen er et barn.

---

<sup>43</sup> S. 253.

<sup>44</sup> NOU 2002: 4 s. 253.

<sup>45</sup> HR-2019-832-A avsnitt 33; Storvik (2013) s. 44–45.

<sup>46</sup> Se § 40 andre ledd samt tredje ledd bokstav c, sammenholdt med første ledd.

## 3.2 De ulike tersklene for når vilkåret om gjentakelsesfare anses innfridd

Straffeloven § 40 gir uttrykk for to ulike terskler for gjentakelsesfare. Etter § 40 annet ledd må det ved lovbrudd av alvorlig art være «nærliggende fare» for at gjerningspersonen igjen vil begå et lovbrudd som nevnt i første ledd. Ordlyden taler for at gjentakelse må være sannsynlig. Ifølge rettspraksis må gjentakelsesfaren være kvalifisert og reell på domstidspunktet.<sup>47</sup> Hvilke krav som mer konkret stilles til gjentakelsesfaren varierer, både etter hvor alvorlig de begåtte straffbare handlingene er, og hvilke fremtidige lovbrudd det er fare for.<sup>48</sup> Ved lovbrudd av mindre alvorlig art må gjentakelsesfaren være «særlig nærliggende», se tredje ledd bokstav c. Ved mindre alvorlige lovbrudd er det dermed en høyere terskel før kravet om gjentakelsesfare er innfridd, og etter forarbeidene må faren være kvalifisert.<sup>49</sup> Hittil er kun andre ledd anvendt av domstolene når barn er idømt forvaring. Den høye terskelen for å idømme barn forvaring gjør forvaringsstraff av barn lite sannsynlig ved lovbrudd av «mindre alvorlig art». Handlingene mindreårige hittil er idømt forvaring for er alvorlige lovbrudd i form av drap og drapsforsøk. Terskelen etter andre ledd, der det må være begått alvorlige lovbrudd, er derfor mest relevant for oppgaven. Etter forarbeidene må innholdet i kravet om gjentakelsesfare etter både annet ledd og tredje ledd bokstav c fastlegges nærmere i rettspraksis.<sup>50</sup>

## 3.3 Risikofaktorer og beskyttelsesfaktorer

Risikofaktorer og beskyttelsesfaktorer kan si noe om hvor stor faren for gjentakelse er. Risikofaktorer er faktorene som øker risikoen for «starten, hyppigheten, utholdenheten og omfanget» av lovbrudd. Det er ulike typer faktorer, både i barnet selv og i verdenen rundt

---

<sup>47</sup> HR-2019-832-A avsnitt 33; Storvik (2013) s. 44; Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 443.

<sup>48</sup> Rt. 2002 s. 1677 på side 1681; HR-2017-290-A avsnitt 43.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 443; Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner), s. 111.

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 111.

dem. Individuelle risikofaktorer er eksempelvis dårlige skoleresultater og antisosial atferd, mens risikofaktorer i nærmiljøet er omsorgssvikt, jevnaldrende kriminelle og foreldrekonflikter.<sup>51</sup> Risikofaktorene er kumulative, og må ses i sammenheng.<sup>52</sup> Samlet sett kan derfor flere foreliggende risikofaktorer tale for en høy risiko for gjentakelse. På den annen side trenger ikke det at flere risikofaktorer foreligger bety at barnet kommer til å begå lovbrudd.<sup>53</sup> Faktorene sier bare noe om risikoen for at barnet vil begå lovbrudd, ikke hvor sikkert et eventuelt lovbrudd er. I tillegg til å se på risikofaktorer må beskyttelsesfaktorene vurderes. Dette er faktorer som reduserer risikoen for at barnet vil begå lovbrudd. Noen beskyttelsesfaktorer viser til at en risikofaktor ikke foreligger. For eksempel er jevnaldrende kriminelle en risikofaktor, mens det er en beskyttelsesfaktor at man har en ikke-kriminell omgangskrets. Noen faktorer er på den annen side kun beskyttende, slik at det ikke øker risikoen for lovbrudd at faktoren ikke foreligger. Eksempelvis er det en beskyttelsesfaktor at barnet er nervøst, mens det ikke er en risikofaktor at barnet ikke er det.<sup>54</sup>

For å vurdere voldsrisikoen blant unge bruker domstolene blant annet verktøyet SAVRY – Structured Assessment of Violence Risk in Youth. Det er dette verktøyet Helsedirektoratet anbefaler for voldsrisikovurderinger av personer mellom 12 og 18 år.<sup>55</sup> Undersøkelsen består av 24 risikoledd og seks beskyttelsesfaktorer.<sup>56</sup> De 24 risikoleddene kan deles inn i historiske, kontekstuelle, sosiale og individuelle risikofaktorer.<sup>57</sup> Undersøkelsen foretas av sakkyndige, som gir sin vurdering av om det er en høy, lav eller moderat voldsrisiko.

I TKISA-2017-112563 anvendte domstolene en SAVRY-undersøkelse for å vurdere voldsrisiko. En 16 år gammel gutt hadde drept 2 personer, og ble idømt forvaring av tingretten. Dette til tross for at de sakkyndige, blant annet på grunn av SAVRY-undersøkelsen, mente det ikke forelå gjentakelsesfare. Ifølge de sakkyndige var det ved undersøkelsen ikke «avdekket spesielle risikofaktorer forbundet med voldsatferd foruten de påklagede forhold». Tingretten gikk bort fra denne vurderingen, og mente det forelå gjentakelsesfare. Resultatet ble annerledes i ankebehandlingen i LA-2017-112563. Lagmannsretten kom til at de ikke var «berettiget å kunne se bort fra at de tre rettspsykiatriske

---

<sup>51</sup>Mer utdypende om risikofaktorer i Fornes (2018) s. 68–69.

<sup>52</sup>Grøndahl (2019) s.201.

<sup>53</sup>Grøndahl (2019) s. 202.

<sup>54</sup>Mer om beskyttelsesfaktorer i Fornes (2018) s. 70.

<sup>55</sup>Voldsrisiko ved alvorlig psykisk lidelse (2018) kap. 9.1.

<sup>56</sup>SIFER (u.å.).

<sup>57</sup>LA-2017-112563.



sakkyndige har funnet at det er lav risiko for vold». Ifølge lagmannsretten forelå det ikke tilstrekkelig fare for gjentakelse, slik at vilkårene for forvaring ikke var innfridd. Vi skal i punkt 3.5 se på problemstillingen om hvilken terskel som kreves før vilkåret om gjentakelsesfare er innfridd når tiltalte er barn. Først skal høyesterettspraksis analyseres for å se hvilke momenter domstolene vektlegger i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare.

## **3.4 Momentene som har betydning i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare**

### **3.4.1 Momentene i straffeloven § 40 fjerde ledd**

I straffeloven § 40 fjerde ledd fremkommer flere momenter som «skal» vektlegges i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. Ifølge forarbeidene er ikke lovtekstens oppramsing uttømmende, da det verken er «mulig eller ønskelig å angi i lovteksten alle momenter» som kan vektlegges.<sup>58</sup> Enkelte av momentene i lovteksten skal kun vektlegges i vurderingen etter andre ledd, der det må være «nærliggende fare» for gjentakelse. De andre momentene får betydning i vurderingen etter både andre og tredje ledd. Videre i oppgaven skal de ulike momentene presenteres.

### **3.4.2 Det begåtte lovbruddet**

Etter straffeloven § 40 fjerde ledd første punktum skal særlig «det begåtte lovbruddet» sammenholdt med lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne vektlegges etter både annet og tredje ledd. Etter ordlyden har lovbruddet som begrunner forvaringen betydning. Ifølge forarbeidene danner dette lovbruddet «selve utgangspunktet» for farevurderingen.<sup>59</sup> I denne vurderingen har forbrytelsens art og omfang betydning.<sup>60</sup> Av forskning fremkommer det at det er en sterk risikofaktor at personen tidligere har begått

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 107.

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 107.

<sup>60</sup> Drake s. 300.

lovbrudd, og at særlig tidligere voldslovbrudd øker sjansen for drap.<sup>61</sup> Arten, omfanget og måten lovbruddet ble begått på vektlegges av Høyesterett i begge sakene der de har idømt mindreårige forvaring. I HR-2017-290-A uttales det at handlingen var «godt planlagt» og at A viste «sterk gjennomføringsevne-og vilje».<sup>62</sup> I HR-2019-832-A vektlegges det at drapsforsøket pågikk over tid, A hadde tatt pauser og byttet kniv, og «stanset ikke før han ble avbrutt av at fornærmedes kjæreste snarrådig grep inn».<sup>63</sup> Det var ingen foranledning til drapet, og han angrep et ukjent og tilfeldig offer. Fellesnevneren i dommene er at de to ulike drapene ikke var begått i affekt, men hadde pågått over tid. Begge domfelte kunne avbrutt handlingen, men valgte å gjennomføre. Dermed var det ikke en impulshandling, men en gjennomtenkt forbrytelse. Arten, omfanget og måten lovbruddet ble begått på talte for at det forelå gjentakelsesfare. En slik vektlegging av voldslovbruddene samsvarer med risikofaktorene og dermed også med ordlyden i bestemmelsen. Det må være «nærliggende fare» for gjentakelse.

### **3.4.3 Om lovbrøyteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd**

Etter § 40 fjerde ledd andre punktum skal det kun i vurderingen etter andre ledd vektlegges om lovbrøyteren «tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd». Momentet får betydning etter tredje ledd som vilkår for å idømme forvaring ved mindre alvorlig lovbrudd. Vektleggingen av tidligere begåtte lovbrudd i vurderingen av gjentakelsesfare samsvarer med forskning om risikofaktorer. Ifølge forskning er tidligere lovbrudd en risikofaktor for nye lovbrudd og «lovbrudd begått før fylte 14 år den viktigste risikofaktoren for at barn skal begå drap». En vektlegging i rettspraksis av tidligere begåtte lovbrudd er dermed i tråd med ordlyden om at det må være «nærliggende fare» for gjentakelse, samtidig som det ivaretar formålet med forvaringen; samfunnsvernet.

For at tidligere lovbrudd skal kunne vektlegges er det ikke krav om at siktede er domfelt for tidligere lovbrudd.<sup>64</sup> Kravet til bevis for et tidligere lovbrudd er «det samme som ved bevis for skyldspørsmålet», altså strafferettens beviskrav.<sup>65</sup> Av HR-2019-832-A følger det at strafferettens beviskrav bare gjelder der «farevurderingen er avhengig av om det kan legges til

---

<sup>61</sup> Se mer i Fornes (2018) s. 69 med videre henvisninger.

<sup>62</sup> Avsnitt 45.

<sup>63</sup> Avsnitt 35.

<sup>64</sup> Rt. 2004 s. 209 avsnitt 14.

<sup>65</sup> Rt. 2004 s. 209 avsnitt 14.

grunn at tiltalte har gjort seg skyldig i en eller flere konkrete tidligere begåtte straffbare handlinger».<sup>66</sup> I dommen fra 2019 var det ikke et like strengt beviskrav fordi det var en større mengde informasjon som ga et samlet bilde av barnets negative utvikling. Deler av informasjonen var opplysninger om forhold som kunne være straffbare.<sup>67</sup> Dermed gjaldt ikke et like strengt beviskrav.

Kravet om at tiltalte ikke trenger å være domfelt for tidligere lovbrudd er særlig aktuelt for siktede under 18 år. Kriminelle handlinger foretatt før 15-årsdagen kan ikke barnet straffes for. Barn som idømmes forvaring vil derfor sjeldent være dømt for tidligere lovbrudd. Et eksempel er HR-2017-290-A. A begikk flere voldelige handlinger i årene før drapet, men disse skjedde «før hun var fylt 15 år, og hun er følgelig ikke tiltalt eller dømt for disse».<sup>68</sup> Tidligere lovbrudd og voldslovbrudd er en risikofaktor, og talte for gjentakelsesfare. I HR-2019-832-A hadde ikke gjerningspersonen tidligere begått lovbrudd som kunne begrunnet forvaring. Men ifølge Høyesterett kunne også «mindre alvorlig kriminalitet (...) kaste lys over farevurderingen».<sup>69</sup> Det var et samlet og godt dokumentert inntrykk av en negativ utvikling med omfattende bruk av trusler og vold. I løpet av et år før han fylte 15 år var han registrert med «et stort antall saker, herunder ran, trusler og tyverier».<sup>70</sup> De tidligere lovbruddene gjerningspersonen ikke var domfelt for ble sett i sammenheng med guttens utvikling generelt, og talte for forvaring.

### 3.4.4 Lovbryterens atferd

Lovbruddet som begrunner forvaringen skal særlig sammenholdes med «lovbryterens atferd» og sosiale og personlige funksjonsevne.<sup>71</sup> Ifølge forarbeidene sikter man til atferden både før og etter lovbruddet. Har lovbryteren tidligere utvist voldelig atferd, taler det for at det foreligger gjentakelsesfare.<sup>72</sup> Ifølge forarbeidene er det lettere å konstatere gjentakelsesfare der det er en «sammenhengende forbrytelse begått ved flere enkelthandlinger, eller flere handlinger som pådømmes samtidig», enn der det er en enkeltstående impulshandling.<sup>73</sup> Er det begått flere lovbrudd kan det vise et voldelig handlingsmønster, noe som kan tale for

---

<sup>66</sup> Avsnitt 43.

<sup>67</sup> Avsnitt 43.

<sup>68</sup> Avsnitt 49.

<sup>69</sup> Avsnitt 40.

<sup>70</sup> Avsnitt 48.

<sup>71</sup> Strl. § 40 fjerde ledd første punktum.

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 107.

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 107.

forvaring. Dette vektla Høyesterett i begge dommene der de idømte mindreårige forvaring. I HR-2017-290-A uttales det at A «i årene rett før drapshandlingen [har] hatt et handlingsmønster med repeterende voldelig atferd, til dels av svært alvorlig karakter».<sup>74</sup> Den repeterende voldelige atferden talte for at det forelå gjentakelsesfare. Det samme fremkom i HR-2019-832-A, der Høyesterett peker på at lovbruddene gjerningspersonen begikk i varetektsperioden viste «mye av det samme handlingsmønsteret». Dette «forsterker inntrykket av en høyst reell fare for gjentakelse».<sup>75</sup> Det voldelige handlingsmønsteret talte for gjentakelsesfare, og dermed for forvaring.

### 3.4.5 Tiltaltes «sosiale og personlige funksjonsevne»

Ordlyden av at tiltaltes «sosiale og personlige funksjonsevne» skal tillegges vekt taler for at det vektlegges hvordan gjerningspersonen fungerer i samfunnet. I forskningen anses dårlig funksjonsevne som en risikofaktor. Fornes uttaler at det «er en klar forbindelse fra det å utvise antisosial atferd i barndommen til å begå lovbrudd i tenårene og som voksne».<sup>76</sup> Ifølge forarbeidene må man blant annet se på lovbrysterens «sykdomsutvikling». De sakkyndiges uttalelser om «sykdommens art, om lovbrysterens atferd og sannsynlig eller mulig fremtidig utvikling» skal vektlegges.<sup>77</sup> Det er ikke en snever forståelse av «sykdom», som tilfeller der det er noe fysisk galt, men også tilfeller der lovbrysteren har en anormal atferd eller utvikling. Eksempler på dette er atferdsforstyrrelser eller utviklingsforstyrrelser. En atferdsforstyrrelse er når barnet har «et vedvarende mønster av klare brudd på sosiale forventninger ut i fra barnets alder».<sup>78</sup> Dersom barnets utvikling er så avvikende fra en normal utvikling at det på en negativ måte påvirker barnets hverdag er det tale om en utviklingsforstyrrelse.<sup>79</sup> Slike atferdsforstyrrelser ble vektlagt i HR-2017-290-A. Tiltalte hadde en personlighetsforstyrrelse, en blandet dissosiativ lidelse og en usosialisert atferdsforstyrrelse.<sup>80</sup> Usosialisert atferdsforstyrrelse «kjennetegnes ved en kombinasjon av usosial eller aggressiv atferd der barnet har et betydelig og gjennomgripende avvikende forhold til andre barn».<sup>81</sup> Barnet hadde derfor en dårlig funksjonsevne, noe som økte gjentakelsesfaren.

---

<sup>74</sup> Avsnitt 49.

<sup>75</sup> Avsnitt 38.

<sup>76</sup> Fornes (2018) s. 58 med videre henvisninger.

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 108.

<sup>78</sup> Se Fornes (2018) s. 53.

<sup>79</sup> Fornes (2018) s. 53.

<sup>80</sup> Avsnitt 57.

<sup>81</sup> Se Snoek (2002) s. 254.

I tillegg vektlegges ifølge forarbeidene «sannsynlig eller mulig fremtidig utvikling». Dermed har det betydning hvordan sykdommen vil påvirke barnets voldsrisiko i fremtiden. Som eksempel vises til HR-2017-290-A. Det var etter de sakkyndiges syn vanskelig å se for seg noen bedring av tiltalte. For å få til endring måtte A være motivert til det, noe hun ikke var.<sup>82</sup> At det i fremtiden var vanskelig å se for seg bedring talte for forvaring. Er bedring sannsynlig, taler det mot å anvende forvaring.

Etter både andre og tredje ledd skal også barnets «personlige funksjonsevne» vektlegges. Av forarbeidene fremkommer det at dette er særlig aktuelt hvis lovbryteren er psykisk utviklingshemmet. Mer overordnet er dette en vurdering av lovbrysterens «tilstand og funksjonsevne, både på gjerningstidspunktet og på domstidspunktet».<sup>83</sup> Man må dermed vurdere barnets evne til å mestre egen livssituasjon og til å vurdere sitt eget forhold til omverdenen. Disse risikofaktorene fremkommer og i forskningen. Blant annet er det en risikofaktor at gjerningspersonen har dårlige skoleprestasjoner. Også utvisning fra skolen, atferdsforstyrrelser og en positiv holdning til lovbrudd er risikofaktorer.<sup>84</sup> I HR-2019-832-A ble det vektlagt at gjerningspersonen fungerte dårlig som en del av samfunnet, særlig innenfor områder som «handler om kommunikasjon, sosial samhandling og det å fungere i et miljø sammen med andre mennesker».<sup>85</sup> Dette talte for å anvende forvaring.

Selv om Høyesterett også peker på lovbruddet som begrunner forvaringen og tidligere begåtte lovbrudd, fremstår gjerningspersonens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne som det avgjørende momentet. Mindreårige har tidligere begått alvorlige lovbrudd uten å bli idømt forvaring.<sup>86</sup> Det som skiller forvaringsdommene fra fengselsdommene er barnas gjennomføringsvilje og de store utfordringene de hadde med å fungere på en normal måte. I HR-2017-290-A hadde gjerningspersonen en atferdsforstyrrelse som medførte aggressiv atferd, noe som fremtrådte i hennes tidligere atferdsmønster. I HR-2019-832-A slet gjerningspersonen med å fungere i samfunnet, og hadde vist et repeterende voldelig atferdsmønster. I tillegg viste de en sterk vilje til å gjennomføre de alvorlige lovbruddene, og stoppet ikke selv om de fikk mulighet til å tenke over det de gjorde. Barna hadde stor vilje til å utøve vold, noe som skilte seg fra de tilfellene der domstolene ikke idømte forvaring.

---

<sup>82</sup> Avsnitt 60.

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 108.

<sup>84</sup> Fornes (2018) s. 69.

<sup>85</sup> Avsnitt 58.

<sup>86</sup> Se eksempelvis Rt. 2011 s. 774.

### 3.5 I hvilken grad vil det påvirke vurderingen at lovbrysteren var et barn?

Etter straffeloven § 40 første ledd første setning «kan» forvaring idømmes dersom vilkårene er innfridd. Domstolen har en valgfrihet, noe som medfører at andre hensyn enn samfunnsfaren kan få betydning. Dermed kan domstolene ta hensyn til at tiltalte er et barn. Av rettspraksis fremkommer det at særlig når «den konkrete skjønnsanvendelsen skaper tvil, og det dreier seg om en så ung lovbryster, kunne en slik skjønsmessig vurdering likevel ha en realitetsbetydning».<sup>87</sup> Både rettspraksis og ordlyden åpner for at andre hensyn enn samfunnsvern får betydning. Som gjennomgått innledningsvis har hensynet til barnets beste stor vekt når det kommer til forvaring av barn.<sup>88</sup> Spørsmålet er hvordan dette hensynet, og det at tiltalte er et barn generelt, påvirker vurderingen av gjentakelsesfaren.

Hensynet til barnets beste taler klart i mot bruk av forvaring. Forvaring innebærer et tidsbestemt element, samtidig som farlighetsstempelet kan oppleves stigmatiserende.<sup>89</sup> Selv om forvaring er ment å ha et mer behandlende element enn fengsel, fremkommer det i rettspraksis at det «ikke [kan] legges til grunn at det vil være særlig forskjell i soningsforholdene» ved fengsel eller forvaring.<sup>90</sup> Dermed må det anses mer belastende å idømmes forvaring enn fengsel.<sup>91</sup> Hensynet til barnets beste har flere ganger blitt tillagt vekt av Høyesterett. I Rt. 2010 s. 1313 uttales det at hensynet til barnets beste medfører at der domfelte var under 18 år på gjerningstidspunktet «forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn».<sup>92</sup> Det er det som alt i alt «best tjener barnets interesser» som trer i forgrunnen.<sup>93</sup>

Vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare vil være særlig vanskelig der tiltalte er barn. I forarbeidene fremkommer det at for barn vil «forutsigelser om fremtidig farlighet (...) være særlig usikre (...) på grunn av deres potensial for modning og endring».<sup>94</sup> Risikofaktorer

---

<sup>87</sup> I dommen var gjerningspersonen rundt 17–18 år da det aktuelle ranet fant sted.

<sup>88</sup> Punkt 2.2.1.

<sup>89</sup> Prop. 135 L s. 104; Drake (2019) s. 295.

<sup>90</sup> Avsnitt 74.

<sup>91</sup> Avsnitt 74.

<sup>92</sup> Avsnitt 11.

<sup>93</sup> At Høyesterett legger økt vekt på våre folkerettslige forpliktelser fremgår og av Matningsdal (2015) s. 282, der det fremkommer at utviklingen «preges særlig av en økt bevissthet med hensyn til de folkerettslige pliktene som følger av barnekonvensjonen».

<sup>94</sup> NOU 2002: 4 s. 253.

og beskyttelsesfaktorer sier noe om risikoen for nye lovbrudd, men vurderingen av gjentakelsesfaren vil likevel være usikker. Det kan foreligge mange risikofaktorer uten at barnet noen gang er i nærheten av å begå lovbrudd.<sup>95</sup> Vurderingen av hvor stor faren for gjentakelse er, er derfor svært usikker når gjerningspersonen er et barn. Dette har fått betydning i rettspraksis. I TKISA-2017- 78612 mente de sakkyndige det ikke forelå gjentakelsesfare, men tingretten kom til motsatt konklusjon. Tingretten pekte blant annet på at beskyttelsesfaktorene også forelå før drapene, og gikk bort fra de sakkyndiges slutning. Dette til tross for at det i forarbeidene fremkommer at domstolene i vurderingen av gjentakelsesfaren må vektlegge de «sakkyndiges vurderinger».<sup>96</sup> Dommen ble anket, og lagmannsretten kom til motsatt konklusjon.<sup>97</sup> Ifølge lagmannsretten var ikke kravet om gjentakelsesfare innfridd, da domstolen ikke var «berettiget å kunne se bort fra at de tre rettspsykiatriske sakkyndige har funnet at det er en lav risiko for vold». Lagmannsretten tok hensyn til barnets utvikling, og at denne kan være usikker, i farevurderingen. Det at gjerningspersonen er et barn vil dermed innvirke på vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare, siden barnets utvikling ofte vil være usikker. Dette fremkommer og i TJARE-2019-11414, der domstolen uttaler at det er «forbundet med betydelig usikkerhet å angi prognose for voldsrisiko». Spørsmålet videre er om hensynet til barnets beste medfører en høyere terskel før vilkåret om gjentakelsesfare anses innfridd.

I høyesterettspraksis finnes det eksempler der barnets beste har blitt ilagt avgjørende vekt i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. I Rt. 2002 s. 1677, der en ung mann ble domfelt for ran, ble ikke forvaring idømt. Gjentakelsesfare forelå, men denne var ikke kvalifisert nok til å idømme forvaring. Hensynet til barnets beste taler for en høy terskel før forvaring kan idømmes. Dette henger sammen med belastningen forvaringen påfører barn. Skal et barn idømmes forvaring bør det foreligge en velbegrunnet frykt for samfunnsvernet, ikke bare en mulighet for at lovbrudd kan forekomme. Dermed er ikke terskelen i § 40 andre ledd tilstrekkelig. I tilfeller der barn er tiltalt bør terskelen etter tredje ledd legges til grunn. Faren for tilbakefall må være «særlig nærliggende», ikke bare «nærliggende».<sup>98</sup> Dette vil ivareta hensynet til barnets beste. Siden begrunnelsen for forvaringen er at samfunnet må

---

<sup>95</sup> Grøndahl (2019) s. 202.

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) s. 108.

<sup>97</sup> LA-2017-112563.

<sup>98</sup> Drake (2018) s. 309.

vernes, er det en forutsetning at barnet er farlig for at det skal idømmes forvaring. Dette formålet bør stå sterkt, spesielt når forvaringen kan få så store konsekvenser for barnet.



# **4 Utgangspunktet om at forvaring kun kan idømmes dersom «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet»**

## **4.1 Generelt om vurderingen av om grunnvilkåret er innfridd**

Etter straffeloven § 40 første ledd første punktum kan forvaring kun idømmes dersom «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet».<sup>99</sup> Vilkåret omtales i rettspraksis som et grunnvilkår og gir uttrykk for formålet med forvaring; å verne samfunnet.<sup>100</sup> Domstolene skal vurdere om den domfelte vil være en fare for samfunnet på et eventuelt løslatelsestidspunkt.<sup>101</sup> Vurderingen av om fengselsstraff er tilstrekkelig beror på en helhetsvurdering. Løslatelsestidspunktet er ofte langt frem i tid, noe som gjør dette til en krevende oppgave for domstolene. Videre i oppgaven vil jeg se på hvilke momenter domstolene vektlegger i vurderingen av om grunnvilkåret er innfridd, og hvordan det påvirker denne vurderingen at tiltalte er et barn.

## **4.2 De ulike momentene som vektlegges**

### **4.2.1 Lengden på den alternative fengselsstraffen**

Utgangspunktet for drøftelsen av om fengselsstraff gir tilstrekkelig samfunnsvern er lengden på den alternative fengselsstraffen. En lengre fengselsstraff vil oftere gi samfunnet

---

<sup>99</sup> Gröning m.fl. (2016) s.617 flg..

<sup>100</sup> Gröning m.fl. (2016) s.617 flg.; Se blant annet HR-2017-290-A der Høyesterett omtaler det som et «grunnleggende vilkår» for forvaring, og HR-2019-832-A, der det tales om «grunnvilkåret».

<sup>101</sup> Storvik (2013) s. 30; Eskeland (2017) s. 400.

tilstrekkelig vern enn en kortere fengselsstraff.<sup>102</sup> Selv om det er spørsmål om å idømme forvaring må domstolene derfor ta stilling til hva den alternative fengselsstraffen er. I vurderingen av om den alternative fengselsstraffen gir tilstrekkelig vern skal det legges til grunn at hele fengselsstraffen sones, uten å tas hensyn til eventuell prøveløslatelse.<sup>103</sup> Etter det er tatt stilling til hvor lang den alternative fengselsstraffen er, må det vurderes om den gir samfunnet tilstrekkelig vern mot gjerningspersonen på løslatelsestidspunktet.<sup>104</sup>

Den alternative fengselsstraffen har dermed stor betydning i forvaringsspørsmålet. For barn gjelder særlige regler om utmålingen av fengselsstraffen. Mindreårige kan ikke idømmes fengselsstraffer lengre enn 15 år, se straffeloven § 33. I tillegg skal det vektlegges i formildende retning at lovbrøtteren var «under 18 år på handlingstidspunktet», se straffeloven § 78 bokstav i. Alternativ fengselsstraff for barn vil dermed ofte være kortere enn den er for voksne. I HR-2017-290-A peker Høyesterett på at en alternativ fengselsstraff for en voksen for dette lovbruddet ville vært 18 år. For domfelte var den 8–9 år grunnet ung alder. Spørsmålet ble dermed om 8–9 års fengsel ga tilstrekkelig samfunnsvern.<sup>105</sup> Ifølge forarbeidene har forvaring sitt hovedanvendelsesområde ved korte fengselsstraffer, da samfunnsvernet ved slike dommer er begrenset.<sup>106</sup> Barnas lavere alternative fengselsstraff kan tale for forvaring siden samfunnsvernet i disse tilfellene er begrenset. Barnas lave alder taler dermed i deres disfavør.<sup>107</sup> Et annet eksempel er HR-2019-832-A. Den alternative fengselsstraffen var fire år på grunn av ung alder og fordi det var en forsøkshandling. Behovet for samfunnsvern strakk seg utover disse årene, noe som talte for å anvende forvaring.<sup>108</sup> I stedet for en lengre fengselsstraff idømmes barna forvaring, som anses som lovens strengeste straff. Dette er problematisk sett hen til hensynet til barnets beste, som taler mot forvaring. Barnas lave alder, som skal være et formildende element, medfører dermed en straff som er enda mer belastende enn alternativene.

## 4.2.2 Muligheten for behandling av domfelte

---

<sup>102</sup> NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner – Straffelovkommisjonens delutredning IV, s. 113.

<sup>103</sup> Se HR-2017-290-A avsnitt 66.

<sup>104</sup> Storvik (2013) s. 30.

<sup>105</sup> Avsnitt 40.

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993–94) s. 86; NOU 1990: 5 s. 113.

<sup>107</sup> Se Drake (2019) s. 296.

<sup>108</sup> Avsnitt 67 og 68.

I tillegg vektlegger domstolene hvilken mulighet det er for å behandle domfelte. Medfører domfeltes psykiske tilstand samfunnsfare, og denne ikke kan behandles, taler det for forvaring. Rettspraksis viser at særlig gjerningspersonens behov for langvarig behandling får betydning. I HR-2017-290-A peker Høyesterett på at domfelte hadde et skadet sinn. Det ville ifølge rettspsykiaterne «være en ekstremt krevende oppgave å få til bedring, og at det uansett er grunn til å tro det vil ta meget lang tid».<sup>109</sup> I siste dom der Høyesterett idømte en mindreårig forvaring fremkommer det at gjerningspersonens handlinger over en lengre tid talte for høy gjentakelsesfare. Risikoen kunne «i beste fall reduseres etter betydelig innsats over tid».<sup>110</sup> Gjerningspersonens dårlige sosiale og personlige funksjonsevne kunne ikke forventes å endre seg vesentlig, «i alle fall ikke i et kortvarig perspektiv».<sup>111</sup> I begge dommene talte behovet for langvarig behandling for forvaring, siden domstolene da har mulighet til å forlenge frihetsberøvelsen ved behov. Kan gjerningspersonens diagnoser enkelt behandles er det ikke et like stort behov for forvaring. Særlig gjelder dette for barn, som vil motta samme tilbud enten de soner en fengselsstraff eller en forvaringsdom.<sup>112</sup>

### **4.2.3 Domfeltes mulighet til å få hjelp og oppnå bedring utenfor anstalten**

Domstolene vektlegger også om andre tiltak er aktuelle substitutter for forvaring. I tillegg til å vurdere om fengsel vil ivareta samfunnsvernet, vurderes det om andre tiltak kan iverksettes. Dette kan blant annet være tiltak i regi av barnevernet, tvangstiltak i medhold av lov om kommunale helse- og omsorgstjenester,<sup>113</sup> eksempelvis § 10-2 om tilbakehold i institusjon uten samtykke eller tvangsinnleggelse i psykiatrisk sykehus etter lov om psykisk helsevern § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav b.<sup>114</sup> Momentet gir uttrykk for minste middels prinsipp. Forvaring skal kun anvendes dersom andre mindre inngripende tiltak ikke kan gi tilstrekkelig samfunnsvern. Høyesterett vurderer alternative tiltak i begge dommene der de idømmer mindreårige forvaring. I HR-2017-290-A peker Høyesterett på at det er usikkert om gjerningspersonen fyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Høyesterett kunne derfor ikke se at «muligheten for innleggelse i psykiatrisk sykehus gir tilstrekkelig trygghet».<sup>115</sup> I

---

<sup>109</sup> HR-2019-832-A avsnitt 68.

<sup>110</sup> HR-2019-832-A avsnitt 68.

<sup>111</sup> HR-2019-832-A avsnitt 69.

<sup>112</sup> HR-2017-290-A avsnitt 74.

<sup>113</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

<sup>114</sup> Lov 2. juli 1997 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven); se eksempelvis HR-2017-290-A avsnitt 69 og HR-2019-832-A avsnitt 70.

<sup>115</sup> Avsnitt 69.

dommen fra 2019 peker Høyesterett på at barnevernstiltak var uaktuelle på grunn av gjerningspersonens alder, og heller ikke tvangstiltak etter helse-og omsorgstjenesteloven kunne iverksettes.<sup>116</sup> Dermed fantes ingen andre muligheter for samfunnsvern enn forvaring.

#### 4.2.4 I hvilken grad kan den domfelte dra nytte av fengselsoppholdet?

Et annet moment domstolene vektlegger er i hvilken grad det må antas at den domfelte kan dra nytte av fengselsoppholdet.<sup>117</sup> Vil en fengselsstraff ha en forbedrende effekt og forhindre at domfelte begår nye lovbrudd, taler det for at fengselsstraff skal anvendes. Har gjerningspersonen tidligere sonet flere fengselsstraffer uten at dette har medført bedring, vil trolig heller ikke et nytt fengselsopphold redusere gjentakelsesfaren.<sup>118</sup>

Særlig under dette momentet oppstår spørsmålet om hvordan det påvirker vurderingen at domfelte er barn. Mennesker mellom 15 og 18 år har sjeldent sonet en tidligere fengselsstraff, siden den kriminelle lavalder er 15 år.<sup>119</sup> Handlinger foretatt før dette tidspunktet kan man ikke straffes for. Et eksempel på dette er HR-2017-290-A. Før gjerningspersonen hadde fylt 15 år hadde hun forsøkt å tenne på sengen til faren og samboeren mens de sov, samt angrepet andre personer med machete.<sup>120</sup> Forholdene fant sted før hun fylte 15 år, og hun var verken tiltalt eller dømt for de. Unge mennesker har dermed sjeldent fått den korreksjonen som ligger i en fengselsstraff. I Rt. 2007 s. 791 og Rt. 2014 s. 495 var det spørsmål om det skulle idømmes forvaring for voldtekt. I førstnevnte dom ble gjerningspersonen dømt for fire tilfeller av voldtekt, og i sistnevnte dom ble gjerningspersonen dømt for ett tilfelle av voldtekt til samleie og ett forsøk på voldtekt til seksuell omgang. I begge dommene forelå gjentakelsesfare. Høyesterett peker, i begge dommene, på gjerningspersonens unge alder og at de ikke tidligere hadde sonet fengselsstraff. Dette talte for at det «i det minste er slik tvil om det er tilstrekkelig grunn til forvaring at dette må slå gjennom».<sup>121</sup> Ifølge flertallet måtte det, siden tiltalte ikke var tidligere straffet, antas at fengselsstraff hadde virkning og at forvaring ikke var nødvendig.<sup>122</sup> Også i HR-2017-290-A var den domfelte tidligere ustraffet. Høyesterett viste til at momentet var vektlagt i tidligere dommer, men det ble ikke avgjørende

---

<sup>116</sup> HR-2019-832-A avsnitt 70.

<sup>117</sup> Storvik (2013) s. 31.

<sup>118</sup> Storvik (2013) s. 31

<sup>119</sup> Strl. § 20 første ledd bokstav a.

<sup>120</sup> Avsnitt 9 og 20.

<sup>121</sup> Rt. 2014 s. 495 avsnitt 44.

<sup>122</sup> Rt. 2014 s. 495 avsnitt 39.

i dette tilfellet.<sup>123</sup> Selv om momentet var relevant, medførte det ikke at fengsel ble ansett tilstrekkelig til å verne samfunnet. Det kan virke som Høyesterett i HR-2017-290-A og HR-2019-832-A anser gjentakelsesfaren så stor at domfelte ikke vil dra nytte av en alminnelig fengselsstraff.

#### **4.2.5 Hvordan vektlegges momentene av domstolene?**

Utgangspunktet for drøftelsen av grunnvilkåret er lengden på den alternative fengselsstraffen, men i rettspraksis fremstår muligheten for behandling av domfelte som det sentrale momentet. I sakene mindreårige har vært idømt forvaring har det gjennomgående vært behov for langvarig behandling.<sup>124</sup> Det er også i disse tilfellene formålet med forvaringen gjør seg særlig gjeldende. Vil gjerningspersonen være en fare for samfunnet i en lengre periode enn det den alternative fengselsstraffen utgjør, har samfunnet behov for vern. Domstolene har behov for en sikkerhetsventil, noe de får i form av at forvaringen kan forlenges. En sterk vektlegging av behovet for langvarig behandling samsvarer derfor med formålet med forvaringen, nemlig at samfunnet skal vernes mot farlige lovbrytere.

---

<sup>123</sup> Avsnitt 79.

<sup>124</sup> Punkt 3.5.

# 5 Alderskravet

## 5.1 Veien videre

Av straffeloven § 40 første ledd siste punktum følger det at dersom «siktete [er] under 18 år» må det foreligge helt ekstraordinære omstendigheter for å idømme forvaring. I denne delen av oppgaven drøftes det hvilket tidspunkt vilkåret om at «siktete [er] under 18 år» knytter seg til. Etter en gjennomgang av lovtekst, forarbeider og rettspraksis i punkt 5.2 og 5.3 drøftes det i punkt 5.4 om Høyesteretts tolkning av vilkåret ivaretar Norges forpliktelser etter barnekonvensjonen og Grunnloven § 104.

## 5.2 Hvordan tolkes alderskravet i dag?

Ifølge § 40 første ledd andre punktum må «siktete» være «under 18 år». Av straffeprosessloven § 82 følger det at mistenkte får status som siktet blant annet «når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet».<sup>125</sup> Ordlyden er uklar på om det siktelsestidspunktet som er avgjørende eller om det kun må være et tidspunkt der personen er siktet. Etter ordlyden kan vilkåret om at siktete må være «under 18 år» knytte seg til både tidspunktet for siktelsen og domstidspunktet.

For andre straffereformer er tilhørende lovbestemmelser klare på at aldersmomentet knytter seg til gjerningstidspunktet. Etter straffeloven § 33 kan den som var under 18 år «på handlingstidspunktet» kun idømmes ubetinget fengselsstraff når det er særlig påkrevd. Gjerningstidspunktet er også lagt til grunn i rettspraksis. I Rt. 2004 s. 1949 hadde domfelte hatt samleie med sin da ni år gamle søster. Høyesterett uttalte at det veide tungt i straffeutmålingen at domfelte var 16 år på «gjerningstidspunktet», selv om han på domstidspunktet var 26 år. Samme tidspunkt er lagt til grunn etter strl. § 52a om ungdomsstraff. Et av vilkårene for å idømme ungdomsstraff er at lovbrøteren var under 18 år «på handlingstidspunktet».<sup>126</sup> En kontekstuell tolkning av tilgrensende lovbestemmelser taler for at gjerningstidspunktet skal legges til grunn etter § 40 om forvaring.

---

<sup>125</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

<sup>126</sup> Se bokstav a.

De ulike straffeformene skal derimot ivareta ulike hensyn. Bestemmelsene om fengsel og ungdomsstraff er tuftet på skyldprinsippet, og formålet er å utvise klander.<sup>127</sup>

Gjerningspersonen skal straffes for den utviste skyld. Vilkåret i § 33 om at fengselsstraff må være «særlig påkrevd» når siktede var under 18 år på gjerningstidspunktet, må ses i sammenheng med barns reduserte skylddevne. Barnets kognitive evner er under utvikling, noe som medfører at de ikke har samme evne som voksne til å ta gode beslutninger.<sup>128</sup> I tillegg er barn mindre fremtidsorienterte, og vil ta større risiko enn voksne.<sup>129</sup> Disse trekkene fører til at barn ofte er mindre å klandre enn voksne for samme handling. Siden grunnlaget for fengselsstraffen er den utviste skylden på gjerningstidspunktet er det naturlig at gjerningstidspunktet legges til grunn i vurderingen av om fengsel skal idømmes. Formålet med forvaring er derimot å verne samfunnet. Dette behovet kan være like stort uansett om gjerningstidspunktet eller domstidspunktet legges til grunn. Siden formålet ikke er like sterkt tilknyttet gjerningstidspunktet, taler det for at et annet tidspunkt legges til grunn etter § 40 første ledd siste punktum enn etter § 33. Legges domstidspunktet til grunn, vil også vurderingen av barnets utvikling være sikrere. I rettspraksis antas det at usikkerhetsmomentet ved vurdering av gjentakelsesfare for barn vil avta med årene.<sup>130</sup> Hvis man i vurderingen av om forvaring skal idømmes legger gjerningspersonens alder på domstidspunktet til grunn, kan det medføre at vurderingen av gjentakelsesfaren blir sikrere.

I forarbeidene fremkommer det noen uttalelser om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn etter § 40. Av Prop. 135 L (2010–2011) følger det at forvaring «bare kan idømmes barn under 18 år dersom det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter».<sup>131</sup> At barn under 18 år ikke kan «idømmes» forvaring, taler for at domstidspunktet er avgjørende. Senere samme sted fremkommer det imidlertid at forvaring «tilnærmet aldri» skal anvendes på «lovbrytere som var mindreårige på handlingstidspunktet». Dette taler for at gjerningstidspunktet legges til grunn.

Alderskravet i straffeloven 2005 § 40 ble foreslått innført samtidig som § 39 c i straffeloven 1902. Etter straffeloven 1902 § 39 c siste ledd fremkommer det at det må foreligge helt ekstraordinære omstendigheter dersom «siktede var under 18 år på handlingstidspunktet». Endringsforslagene til bestemmelsene ble fremmet samtidig, og har samme forarbeider og

---

<sup>127</sup> Gröning m.fl. (2016) s.50 flg..

<sup>128</sup> Fornes (2018) s. 48.

<sup>129</sup> Fornes (2018) s. 49.

<sup>130</sup> Rt. 2006 s. 641 avsnitt 12; HR-2017-290-A avsnitt 78.

<sup>131</sup> S. 167.

samme begrunnelse. Ifølge forarbeidene er det alderen på «handlingstidspunktet» som er avgjørende.<sup>132</sup> Forarbeidene forklarer ikke hvorfor bestemmelsene i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 har ulik ordlyd. Dette kan tilsi at bestemmelsene var ment å ha samme innhold, og at ulikheten i utformingen har hendt ved et uhell.<sup>133</sup> Ses denne ubegrunnede forskjellen i sammenheng med at det i norsk rett har vært en etablert oppfatning om at gjerningstidspunktet er avgjørende ved både fengsel og ungdomsstraff, taler det for at gjerningstidspunktet er avgjørende.<sup>134</sup> Skulle lovgiver avveket fra dette, burde det vært begrunnet i forarbeidene.

### 5.3 Motstridende praksis i Høyesterett

Tidligere høyesterettspraksis taler for at Høyesterett legger gjerningstidspunktet til grunn i § 40-tilfellene, se blant annet HR-2017-290-A. I dommen hadde en 15 år gammel jente drept en ansatt på en barnevernsinstitusjon, og ble idømt forvaring. Et viktig moment som talte mot forvaring var at det «tilnærmet aldri» skulle anvendes forvaring overfor barn under 18 år.<sup>135</sup> Dette gjaldt «selv om mesteparten av soningen vil skje etter at domfelte har fylt 18 år».<sup>136</sup> Lovbryterens alder på gjerningstidspunktet var avgjørende, ikke om hun på domstidspunktet var fylt 18 år. Nyere praksis fra Høyesterett taler derimot for at domstidspunktet legges til grunn. I HR-2019-832-A hadde domfelte, i en alder av 17 år og tre måneder, forsøkt å drepe et tilfeldig offer. Høyesterett mente det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter» på grunn av drapsforsøket, domfeltes øvrige atferdsmønster og funksjonsevne.<sup>137</sup> Selv om vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» kom til anvendelse, uttaler Høyesterett at «de hensyn vilkåret hviler på [får] etter mitt syn noe mindre vekt når lovbryteren på domstidspunktet godt og vel har passert 18-årsdagen».<sup>138</sup> Høyesterett legger dermed større vekt på gjerningspersonens alder på domstidspunktet enn i HR-2017-290-A.

---

<sup>132</sup> Prop. 135 L (2010–2011) s. 104.

<sup>133</sup> Fomes (2018) s. 417–418.

<sup>134</sup> Se blant annet Rt. 2004 s. 1949.

<sup>135</sup> Avsnitt 73.

<sup>136</sup> Avsnitt 73.

<sup>137</sup> Avsnitt 83.

<sup>138</sup> Avsnitt 82.



I rettspraksis er det ikke uvanlig at hensynet til barnets beste får større betydning jo yngre barnet er. I Rt. 2013 s. 776 uttales blant annet at «[d]esto yngre barnet er, desto mer må til før fengsel kan benyttes».<sup>139</sup> Videre fremkommer det at avgjørelsen av om samfunnsstraff skal benyttes beror på en helhetsvurdering, der «hensynet til barnet står sentralt, og mer sentralt jo yngre barnet er».<sup>140</sup> Utgangspunktet i Rt. 2013 s. 776 er at hensynet til barnets beste er sentralt uansett dersom siktede er under 18 år på gjerningstidspunktet, men at det får større betydning jo yngre barnet er. I HR-2019-832-A sier Høyesterett heller at hensynet til barnets beste får mindre vekt når lovbrøteren på domstidspunktet har passert 18 år, og alder på gjerningstidspunktet har derfor mindre betydning. Hensynet til barnets beste får dermed ikke like stor vekt. Slik sammenblanding av alder på gjerningstidspunktet og domstidspunktet går i mot tidligere rettspraksis fra tilgrensende områder. I blant annet Rt. 2011 s. 206 legges det til grunn at det skal være «ein markert skilnad i val av reaksjon» der barnet er under 18 år på gjerningstidspunktet og der det ikke er det.<sup>141</sup> Det hadde ikke betydning at domfelte var noen måneder eldre enn gjerningspersonen i en lignende dom, eller om de var over 18 år på domstidspunktet. Det sentrale var at begge var under 18 år på gjerningstidspunktet. Dette skillet viser Høyesterett ut når de uttaler at «de hensyn vilkåret hviler på» får mindre vekt når lovbrøteren godt og vel har passert 18-årsdagen på domstidspunktet.<sup>142</sup> Høyesterett foretar en retningsendring i HR-2019-832-A når de vektlegger gjerningspersonens alder på domstidspunktet. Spørsmålet videre i oppgaven er hvilken betydning denne endringen har. Medfører den en omgåelse av hensynet til barnets beste i Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen artikkel 3 (1)?

## **5.4 Medfører det en omgåelse av hensynet til barnets beste dersom domstidspunktet legges til grunn?**

Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal hensynet til barnets beste være et «grunnleggende hensyn» ved avgjørelser som angår barn. Det samme fremkommer i Barnekonvensjonen artikkel 3.

---

<sup>139</sup> Avsnitt 25.

<sup>140</sup> Avsnitt 29.

<sup>141</sup> Avsnitt 22.

<sup>142</sup> Avsnitt 82.

Ifølge Høyesterett i HR-2019-832-A får gjerningspersonens alder på domstidspunktet betydning og det avgjørende tidspunktet utsettes til domstidspunktet. En slik praksis visker ut skillet i rettspraksis mellom de som var under og over 18 år på gjerningstidspunktet. I stedet for å gi hensynet til barnets beste vekt ved å la alder på gjerningstidspunktet være avgjørende, får hensynet begrenset vekt fordi domstolene vektlegger at gjerningspersonen på domstidspunktet var over 18 år.

Siden sakene i norsk rett ofte har lang saksbehandlingstid kan retningsendringen i HR-2019-832-A få stor betydning. Til tross for fristregler som at hovedforhandling skal være «påbegynt innen seks uker etter at saken kom inn til tingretten, og innen åtte uker etter at anke er henvist til ankeforhandling» når siktede er under 18 år, vil saksbehandlingen ofte være lang.<sup>143</sup> Fristreglene i straffeprosessloven blir overskredet, blant annet på grunn av anker og behov for sakkyndige vurderinger. Et eksempel på lang saksbehandlingstid er HR-2017-290-A. Siktede var 15 år og en måned på gjerningstidspunktet, og da den endelige dommen falt i Høyesterett var hun rundt 17,5 år. Dermed tok det nesten 2,5 år før rettskraftig dom var avsagt. Hadde rettsprosessen pågått et halvt år lenger, eller lovbruddet blitt begått et halvt år senere, ville hun vært 18 år på domstidspunktet. Det er derfor ikke uvanlig at en gjerningsperson som var under 18 år på gjerningstidspunktet er fylt 18 år på domstidspunktet. I HR-2019-832-A var eksempelvis gjerningspersonen 17 år og tre måneder på gjerningstidspunktet den 17. september 2017. Når Høyesteretts dom falt i mai 2019 var han godt over 18 år.

Lang saksbehandlingstid fører til at gjerningspersonens alder på domstidspunktet er tilfeldig. Prosessen frem til rettskraftig dom kan ta tid, på grunn av ulike utredninger, påtalemyndighetens arbeid eller kø i domstolene. Slik varierende saksbehandlingstid gjør at det er vilkårlig hvem som har fylt 18 år på domstidspunktet og hvem som ikke har det. En lang saksbehandlingstid er i siktedes disfavør dersom det medfører at han har fylt 18 år på domstidspunktet. Da vil ikke kravet om «helt ekstraordinære omstendigheter» tolkes like strengt. Dette er i strid med utgangspunktet i norsk rett om at siktede ikke skal straffes dersom saken drar ut, med mindre det er siktede selv sin feil. I straffeloven § 28 a fremkommer det at det i straffutmålingen skal tale i formildende retning at «det har gått lang tid siden lovbruddet, eller saksbehandlingen har tatt lenger tid enn rimelig ut fra lovbruddets art, uten at lovbrøyteren kan lastes for dette».

---

<sup>143</sup> Straffeprosessloven § 275 andre ledd.

De med kortere saksbehandlingstid kan derfor ha en fordel sammenlignet med de med lang saksbehandlingstid etter HR-2019-832-A. En slik vilkårlighet i gjerningspersonens alder på domstidspunktet medfører at det også er tilfeldig hvor høy terskelen til «helt ekstraordinære omstendigheter» er i det enkelte tilfelle. Er gjerningspersonen 15 år må det foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter», mens terskelen er lavere dersom gjerningspersonen nærmer seg 18 år. Dette er en omgåelse av hensynet til barnets beste. I tillegg til å se bort fra tolkningsprinsippet, at den tolkningen som best ivaretar barnets beste skal velges, gir man den materielle rettigheten i hensynet til barnets beste mindre vekt.<sup>144</sup> Et slikt grunnleggende hensyn bør ivaretas, uansett om gjerningspersonen er 15 år eller 17 år og 11 måneder på gjerningstidspunktet. Lang saksbehandlingstid kan ikke medføre at hensynet nedprioriteres. Dette fremkommer og i lovteksten ved at dersom siktede er under 18 år «kan forvaring ikke idømmes, med mindre» det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter. Lovteksten ilegger ikke domstolene en valgfrihet med tanke på hvilken terskel de skal legge til grunn i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Ved å tolke alderskravet som at det er alderen på domstidspunktet som er avgjørende, omgår man å bruke vilkåret slik det er ment. Vilkåret er ment å beskytte unge lovbytere. Selv om dette hensynet ikke gjør seg like sterkt gjeldende der lovbyteren er over 18 år på domstidspunktet, og forvaring ikke vil medføre like store belastninger, bør det ikke være tilfeldig hvilke unge mennesker som vernes av hensynet til barnets beste. Handlingen ble begått når de er barn, og da bør hensynet til barnets beste ha betydning selv om saksbehandlingen har dratt ut.

---

<sup>144</sup> Se punkt 2.2.1.

# **6 Hva ligger det i særvilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for å idømme forvaring?**

## **6.1 Historien bak særvilkåret**

Dersom siktede er under 18 år, må det foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» hvis han eller hun skal idømmes forvaring, jf. § 40 første ledd andre punktum. Vilket ble tilføyd ved lov 20. januar 2012 nr. 6 og trådte straks i kraft.<sup>145</sup> Ordlyden har vært uendret siden dette tidspunktet. Vilket medfører en ekstra høy terskel for å idømme barn forvaringsstraff. Videre i oppgaven drøftes hvilken terskel særvilkåret medfører i punkt 6.2, før det analyseres hvilke momenter domstolene vektlegger i punkt 6.3.

## **6.2 Terskelen for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter»**

En naturlig språklig forståelse av «helt ekstraordinære omstendigheter» taler for en høy terskel før barn kan idømmes forvaring. Inntrykket forsterkes ved at utgangspunktet er at forvaring «ikke [kan] idømmes», med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter.

En kontekstuell tolkning av straffeloven § 40 gir også uttrykk for en høy terskel. De ordinære vilkårene for å idømme en voksen forvaring medfører en høy terskel i seg selv. Som gjennomgått i punkt 3 må det være en fare for at gjerningspersonen igjen vil begå et alvorlig lovbrudd, samtidig som lovbrøyteren må utgjøre en fare for samfunnet som ikke kan avhjelpest ved en alminnelig fengselsstraff, se punkt 4. Disse vilkårene medfører at forvaring sjelden kan idømmes når det er begått lovbrudd. Kravet om at det må foreligge «helt ekstraordinære

---

<sup>145</sup> Fomes (2018) s. 418–419.

omstendigheter» medfører en enda høyere terskel før barn kan idømmes forvaring. Denne terskelen er særlig synlig i rettspraksis. Selv om § 40 er en «kan»-bestemmelse, vil voksne vanligvis idømmes forvaring hvis vilkårene er innfridd. I litteraturen pekes det på at for barn er utgangspunktet annerledes. Selv om de alminnelige vilkårene er innfridd, medfører særvilkåret at forvaring likevel ikke idømmes.<sup>146</sup>

Også forarbeidene gir uttrykk for en høy terskel. Det er en «meget snever» adgang for å idømme barn forvaring, og det skal «tilnærmet aldri» skje.<sup>147</sup> Den høye terskelen for å dømme mindreårige til forvaring er begrunnet i den store belastningen straffeforvaringen påfører barn.<sup>148</sup> I HR-2019-832-A avsnitt 79 fremkommer det at terskelen for forvaring er hevet for mindreårige lovbrøyttere. Det kreves «meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas», og faren må være større enn det som skal til for å idømme voksne forvaring. Det kan heller ikke være noen «realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet» gjennom andre virkemidler. Kravet om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» skjerper dermed terskelen før de andre vilkårene anses innfridd. Det er ikke tilstrekkelig med en «nærliggende fare» for gjentakelse, det må være en «meget stor fare». I tillegg er det krav om at det ikke kan være «noen realistisk mulighet» til å ivareta samfunnsvernet på andre måter.

Lovteksten og forarbeidene trekker ikke noen nærmere grenser for hva som skal anses som «helt ekstraordinære omstendigheter». Fornes peker på at det må være «omstendigheter som går utover det en oppfatter som mer spesielle saker».<sup>149</sup> Hvor grensene mer konkret skal gå må trekkes i rettspraksis.<sup>150</sup> Videre analyseres praksis fra Høyesterett og underrettene for å konkretisere hva som vektlegges i vurderingen av om vilkåret er innfridd.

### **6.3 Hvilke momenter vektlegges i rettspraksis i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter»?**

---

<sup>146</sup> Fornes (2018) s. 430.

<sup>147</sup> Prop. 135 L s. 167.

<sup>148</sup> At forvaring er belastende fremkommer og i HR-2017-290-A avsnitt 75.

<sup>149</sup> Fornes (2018) s. 419.

<sup>150</sup> HR-2019-832-A avsnitt 78.

### 6.3.1 Gjerningspersonens alder

I likhet med i vurderingen av de andre vilkårene vektlegges gjerningspersonens alder. Lovbryterens lave alder på gjerningstidspunktet taler i mot forvaring. Av rettspraksis følger det at aldersmomentet får større vekt jo nærmere den kriminelle lavalderen gjerningspersonen er. I HR-2017-290-A var det et «meget tungt argument» mot å idømme forvaring at gjerningspersonen var 15 år og en måned på gjerningstidspunktet. En 15-åring hadde normalt mindre forståelse av konsekvenser av sine handlinger og dårligere impuls kontroll.<sup>151</sup> Det samme ble vektlagt i LA-2018-112662, der tiltalte kun var 15 år og syv måneder på gjerningstidspunktet, noe som talte sterkt i mot forvaring. Aldersmomentet får mindre vekt dersom gjerningspersonen nærmer seg myndighetsalderen, se HR-2019-832-A. Høyesterett peker på at siden A på gjerningstidspunktet var 17 år og tre måneder, fikk hensynene vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» hvilte på, mindre vekt. Det samme fremkommer i TJARE-2017-11414. Siktede var 17 år og 10 måneder på gjerningstidspunktet, og særvilkåret måtte da praktiseres «noe mindre strengt». En slik anvendelse av aldersmomentet samsvarer med begrunnelsen for særvilkåret. En forvaringsstraff vil ikke påføre en 18-åring like stor belastning som det vil påføre en 15-åring. En alder opp mot 18 år vil dermed ikke i like stor grad tale mot å anvende forvaring.

### 6.3.2 Gjentakelsesfaren

Ifølge HR-2019-832-A må det være «meget stor fare» for at samfunnet ikke vil ivaretas uten forvaring for å idømme mindreårige forvaring. Vilket om «helt ekstraordinære omstendigheter» stiller krav om en «meget stor» gjentakelsesfare. I vurderingen av om gjentakelsesfaren er stor nok trekkes flere omstendigheter ved barnet og den kriminelle handlingen frem. Som gjennomgått i punkt 4 vil vurderingen av gjentakelsesfaren generelt være mer usikker jo yngre barnet er. Det kan fremstå som om domstolene også vektlegger denne usikkerheten i vurderingen av om vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» er innfridd. Denne usikkerheten vil ofte tale for at vilkåret ikke er innfridd.<sup>152</sup> I de sakene der mindreårige har blitt idømt forvaring har andre momenter medført at gjentakelsesfaren likevel har blitt ansett stor nok.

---

<sup>151</sup> Avsnitt 77.

<sup>152</sup> HR-2017-290-A avsnitt 78.

Domstolene vektlegger blant annet de domfeltes atferd. Både i HR-2019-832-A og HR-2017-290-A fremhever domstolene at de domfelte over lengre tid hadde hatt et negativt handlingsmønster. De hadde foretatt flere alvorlige handlinger, som medførte en «usedvanlig stor fare» for gjentakelse, og talte for å idømme forvaring. Denne gjentakelsesfaren kan reduseres hvis siktede endrer atferden i perioden forut for dommen. I HR-2019-832-A kunne det ikke vektlegges at siktede hadde falt til ro i fengselet, da det ifølge Høyesterett gjaldt «en relativt kort periode og – viktigere – i et beskyttet miljø i fengselet (...)». I LA-2018-112662 talte derimot den endrede atferden i mot bruk av forvaring. Tiltalte hadde hatt en «positiv utvikling under soning», noe som reduserte faren for nye alvorlige voldslovbrudd.

Også forhold ved lovbruddet som begrunnet forvaringen vektlegges. I HR-2017-290-A hadde gjerningspersonen, A, først kvalt den ansatte til hun ble bevisstløs. I stedet for å avbryte drapshandlingen, hadde A deretter funnet en kniv, og stukket den ansatte til døde. Høyesterett vektlegger at A hadde mulighet til å stanse, men valgte å gjennomføre drapshandlingen. Det samme fremkommer i HR-2019-832-A. Gjerningspersonen viste en sterk vilje til å gjennomføre drapsforsøket. Knivstikkingen foregikk over en lengre periode, han byttet kniv, samt tok pauser. Også i denne dommen kunne siktede avbrutt handlingen, og det har dermed ikke preg av å være en handling begått i affekt. Det fikk ikke betydning at det var et drapsforsøk, og ikke et gjennomført drap. Selv om dette skillet ofte får betydning, påvirket det ikke farevurderingen. Faren for gjentakelse var like stor uansett om det var et drapsforsøk eller et fullbyrdet drap. Også i de lavere domstolene har dette momentet fått betydning. I TKISA-2017-78612 uttaler domstolene at «iherdigheten i drapshandlingene – 60 kraftige knivstikk» var sentralt i vurderingen. Gjerningspersonen var klar over hva han gjorde, og tok et bevisst valg om å fortsette.

Et annet moment ved selve lovbruddet domstolene vektlegger er graden av planlegging. I LA-2018-112662 peker lagmannsretten på at tilfellet har flere likhetstrekk med HR-2017-290-A, blant annet fordi drapene var godt planlagt i begge sakene. I lagmannsrettsdommen hadde domfelte drept en kvinne og forsøkt å drepe en annen på et kjøpesenter. Før hun hadde dratt til kjøpesenteret hadde hun planlagt hvor hun skulle få en kniv fra, skaffet sjåfør til gjerningsstedet, og avtalt med personalet på institusjonen hun befant seg på at hun skulle gå en tur. Denne planleggingen talte for at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». I TJARE-2019-11414 ble det vektlagt at tiltalte hadde planlagt å drepe. Ved drapshandlingen hadde tiltalte vært utstyrt med hammer og teiprull, og hadde i perioden før drapet sett flere

videoer om drap med hammer. I TNOGU-2019-69775 pekes det på at nedtegnelsene tiltalte hadde gjort før drapet viste at drapshandlingen ikke var en impulshandling, men at det var noe tiltalte hadde veid for og imot, og planlagt over lengre tid. Dette talte for at vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter var innfridd.»

Disse momentene, særlig graden av planlegging og det at handlingen ikke er begått i affekt, kan anses som et uttrykk for gjerningspersonenes ønske om å utøve vold. I TNOGU-2019-69775 uttaler tingretten at denne saken skilte seg fra «mer typiske drapshandlinger, gjerne forøvet i affekt». Drapet var motivert ut fra en helt spesiell voldsfasinasjon, sammenholdt med et ønske om å ta liv og ren lyst. Dette ga seg uttrykk i planleggingen og gjennomføringen av drapshandlingen. Også i HR-2017-290-A peker Høyesterett på at A selv hadde vært tydelig på at hun ønsket å drepe, og hun hadde en interesse for drap og vold. Av rettspraksis fremstår dette som det sentrale. Planleggingen og tidsmomentet viser at gjerningspersonen ønsket å utføre handlingen. Gjerningspersonenes særlige gjennomføringsevne-og vilje er annerledes enn i de tidligere dommene. Dette talte for at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Denne voldsfasinasjonen, og ønsket om å skade andre, gjør at sakene skiller seg fra tidligere dommer. Vektleggingen av disse momentene ivaretar derfor formålet med samfunnsvernet. Når gjerningspersonene har et ønske om å skade andre, har samfunnet behov for vern, selv om lovbruterne er barn. Dette er også i tråd med uttalelsene i rettspraksis om at vilkåret oppstiller krav om «meget stor fare» for gjentakelse.

### **6.3.3 Gjerningspersonens psykiske tilstand og motivasjon for drapet**

I flere av dommene vektlegges siktedes psykiske tilstand. I HR-2017-290-A fremkommer det at siktede hadde en meget spesiell psykisk tilstand.<sup>153</sup> Hun hadde flere diagnoser, og hadde en «gjennomgripende personlighetsmessig skjevutvikling».<sup>154</sup> Det kunne derfor være vanskelig å se for seg noen vesentlig forandring av gjerningspersonens psyke. Også i HR-2019-832-A hadde siktede flere diagnoser, og hadde en dårlig fysisk og psykisk funksjonsevne. Han hadde i årene før drapet hatt et vedvarende negativt handlingsmønster, med gjennomgående bruk av vold og trusler, og fungerte dårlig sosialt. Flere av tingrettsdommene kan belyse dette momentet. Særlig i TNOGU-2019-69775 vektlegges gjerningspersonens sosiale og personlige fungering i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Tiltalte

---

<sup>153</sup> Avsnitt 80.

<sup>154</sup> Avsnitt 58.



hadde en voldsom fasinasjon for vold, og hadde gått med tanker om å drepe i rundt ett halvt års tid før drapet fant sted. Tingretten viser til tiltales egenskrevne historie om vold, samt annet materiale som ble funnet på siktedes pc, og uttaler at det «vitner om en skremmende og nesten altoppslukende voldsfasinasjon». Også i TJARE-2019-11414 vektlegges gjerningspersonens «sosiale og personlige fungering». Tiltalte hadde provoldelige holdninger. Han hadde blant annet uttalt at «drapet ikke var verre enn å begå ran eller å kjøre uten førerkort», og hadde foretatt flere bekymringsfulle søk på nettet. Dette er eksempler på at siktedes sosiale og psykiske funksjonsevne taler for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Et annet moment ved gjerningspersonens psykiske tilstand er lovbryterens behov for langvarig behandling. For gjerningspersonen i HR-2017-290-A ville behandling være svært krevende. Det var vanskelig å se for seg noen vesentlig forandring av hennes psykiske struktur.<sup>155</sup> I LA-2018-112662 konkluderte de sakkyndige med at det var behov for langvarig behandling. Her ble derimot gjerningspersonen idømt fengsel i 12 år, blant annet fordi hun hadde hatt en positiv utvikling under soningen, og derfor fungerte bedre sosialt. I TJARE-2019-11414 mente retten drapet hadde et seksuelt motiv. Når tiltalte var «fullstendig benektende til problemstilling med grafisk og seksualisert vold», ville behandling være tidkrevende og vanskelig. Behov for langvarig behandling ble knyttet til at siktede ikke ville innrømme forhold ved handlingen. Den voldsomme voldsfasinasjonen tiltalte hadde i TNOGU-2019-69775, og som ikke døde ved drapshandlingen, talte for behov for omfattende behandling. Vektlegging av gjerningspersonens anormale psykiske og sosiale fungering samsvarer med formålet med forvaring. Dersom det er behov for langvarig behandling, og man ikke vet hvor lang tid behandlingen vil ta, har man behov for en sikkerhetsventil. Domstolenes sikkerhetsventil er at de kan forlenge frihetsberøvelsen dersom gjerningspersonen fortsatt er en fare for samfunnet. Derfor kan det i disse tilfellene være behov for behandling.

Nært knyttet til gjerningspersonens psykiske fungering er hvilken motivasjon siktede har for drapshandlingen. I dommene der mindreårige er idømt forvaring har gjerningspersonen et motiv for drapet som kan virke uforståelig. I HR-2017-290-A uttales det at A ikke synes å ha hatt noe motiv for drapet. Drapshandlingen var ikke begrunnet i en eskalering av en vedvarende konflikt eller en kraftig krangel. Det påpekes av Høyesterett at «hun hadde et godt

---

<sup>155</sup> Avsnitt 59 og 60.

forhold til nattevakten og ikke hadde noe uoppgjort med henne».<sup>156</sup> Grunnen til at denne nattevakten ble drept var at hun tilfeldigvis var på vakt, var liten og ikke så sterk. Dette talte ifølge Høyesterett for at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Men også andre typer motiv kan tale for forvaring. I TNOGU-2019-69775 talte det for forvaring at drapet hadde seksuelle undertoner.<sup>157</sup> Drapet var ikke forøvet i affekt, men var «motivert ut fra en helt spesiell fasinasjon for vold sammenholdt med et ønske om å ta liv og av ren lyst».

Drapet i TNOGU-2019-69775 skiller seg fra mer typiske drapshandlinger begått i affekt, noe også tingretten påpekte. Drapet var «motivert ut fra en helt spesiell fasinasjon for vold» og gjerningspersonen fremstod som «uten hensyn til respekt for menneskelivet og uten reell anger». Dette er et element i flere av dommene der mindreårige er idømt forvaring. Gjerningspersonen har store psykiske problemer, som det vil ta svært lang tid å behandle. Dette skiller seg fra sakene domstolene har behandlet tidligere. De anormale motivene er annerledes enn drap begått i affekt, og gir uttrykk for store psykiske utfordringer. Utfordringene har tidligere ført til at barna har begått alvorlige lovbrudd, og det er stor sjanse for at det vil skje igjen. Dette taler for at gjentakelsesfaren er veldig stor, og for at det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Det er i disse tilfellene samfunnet har behov for vern, og forvaring kan begrunnes. Formålet med forvaringen vil dermed ivaretas ved å vektlegge disse momentene.

---

<sup>156</sup> Avsnitt 46.

<sup>157</sup> Også i TJARE-2019-11414 la retten til grunn at drapet hadde et seksuelt motiv, og mente dette talte for bruk av forvaring.

## 7 Avsluttende refleksjoner

Når barn idømmes forvaring vekker det ofte sterke reaksjoner. Barn oppfattes som uskyldige, og når de har begått en så grusom handling at forvaring er nødvendig, vil det for mange virke ekstremt. Barn er ikke født onde, men formes av samfunnet rundt seg. Flere av barna det har vært spørsmål om å idømme forvaring har hatt en tøff oppvekst og barndom. Deres reaksjon på de foreliggende risikofaktorene er å begå en grusom handling. Det er ikke tvil om at samfunnet i enkelte av disse tilfellene kan ha behov for vern. Men selv om forvaringen anses nødvendig, er det viktig å følge med på utviklingen av forvaringsordningen. Barna som idømmes forvaring er allerede svakerestilte, og har behov for hjelp. Det kan stilles flere spørsmål ved dagens forvaringsordning, men det å svare på spørsmålene ligger utenfor oppgavens tema.

Blant annet kan det stilles spørsmål ved om terskelen for å idømme barn forvaring ble lavere etter Høyesterett idømte første mindreårige forvaring i 2017.<sup>158</sup> Selv om forvaringsordningen hadde eksistert siden 2002 hadde ingen mindreårige tidligere blitt idømt forvaring. Også fra 2002 begikk mindreårige alvorlige lovbrudd.<sup>159</sup> Vilkårene for forvaring ble derimot ikke ansett innfridd. Om terskelen faktisk har blitt senket er usikkert, men det bør være en tankevekker at 4 mindreårige nå er idømt forvaring, selv om bare to av dommene er rettskraftige.<sup>160</sup> Forsvarsadvokat Berit Reiss-Andersen uttaler at det «er et press fra påtalemyndigheten for å utvide anvendelsesområdet».<sup>161</sup> Ifølge henne er tendensen at det nedlegges påstand om forvaring der man synes forbrytelsen er «særlig straffverdig». Ved en utvidelse av saker der det anføres forvaring, og en økning i antall forvaringsdommer mot mindreårige, er det viktig å stille spørsmål ved om den høye terskelen for å idømme barn forvaring faktisk blir opprettholdt.

I tillegg må det stilles spørsmål ved om samfunnet kan vernes fra disse ungdommene på andre måter. For selv om barna utgjør en fare for samfunnet, vil forvaring påføre dem store belastninger. Rosenqvist og Sandal uttaler seg om alternativer for voksne idømt forvaring. De mener det er «behov for mer egnede institusjoner for de sykeste forvaringsdømte». Samfunnet

---

<sup>158</sup> Nakstad (2019); HR-2017-290-A.

<sup>159</sup> Se blant annet LB-2010- 121009 og LH-2008-144448.

<sup>160</sup> HR-2017-290-A og HR-2019-832-A er rettskraftige, mens TNOGU-2019-69775 og TJARE-2019-11414 er anket.

<sup>161</sup> Reiss-Andersen (2017) punkt 9.3.

må akseptere at noen individer «må passes på kontinuerlig hvis de skal ha en akseptabel livskvalitet og samfunnet skal være rimelig beskyttet».<sup>162</sup> Det bør undersøkes om det finnes andre midler enn forvaring som kan ivareta samme formål.

Det kan også spørres om barna får den nødvendige behandlingen. I forvaringsanstalten for barn har de god oppfølging, men mange av de mindreårige som idømmes forvaring fortsetter soningen etter fylte 18 år. På dette tidspunktet flyttes de til en forvaringsinstitusjon for voksne, som har mindre ressurser. I januar 2019 mente fungerende direktør ved Ila fengsel og forvaringsanstalt Gøran Nilsson at det var på tide å slå alarm. Anstalten fikk ikke de nødvendige midlene, og hadde dermed ikke mulighet til å gi de forvaringsdømte den behandlingen de har krav på. De forvaringsdømte «får ikke vesentlig annen tilrettelegging enn andre domfelte, fordi de økonomiske tildelingene ikke er i samsvar med oppgaven».<sup>163</sup> Når barna fyller 18 år, har dermed ikke anstalten for voksne forvaringsdømte mulighet til å gi de den nødvendige behandlingen. Dette kan medføre at progresjonen stopper opp, noe som igjen kan føre til at barna sitter innesperret flere år enn nødvendig. Dermed vil både progresjonen og det nedlagte arbeidet være bortkastet. Den bedringen som allerede er oppnådd bør i størst mulig grad prøves videreført. Dette gjelder selv om barna da vil behandles bedre enn de som var over 18 år da lovbruddet ble begått.

---

<sup>162</sup> Rosenqvist og Sandal (2015), s. 85.

<sup>163</sup> Nilsson (2019).

# Litteraturliste

## Norske lover og forskrifter

<b>Grunnloven</b>	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
<b>Straffeloven 1902</b>	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.
<b>Straffeprosessloven</b>	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
<b>Endringslov 17. januar 1997 nr. 11</b>	Lov 17. januar 1997 nr. 11 om endringer i straffeloven mv.
<b>Psykisk helsevernloven</b>	Lov 2. juli 1997 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.
<b>Menneskerettsloven</b>	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
<b>Endringslov 15. juni 2001 nr. 64</b>	Lov 15. juni 2001 nr. 64 om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239).
<b>Straffeloven</b>	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
<b>Helse-og omsorgstjenesteloven</b>	Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse-og omsorgstjenester m.m.
<b>Endringslov 20. januar 2012 nr. 6</b>	Lov 20. januar 2012 nr. 6 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).
<b>Straffegjennomføringsloven</b>	Lov 1. juni 2018 nr. 25 om gjennomføring av straff mv..

<b>Forvaringsforskriften</b>	Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.
<b>Straffegjennomføringsforskriften</b>	Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring.

## **Forarbeider og andre offentlige publikasjoner**

<b>NOU 1974: 17</b>	NOU 1974: 17 <i>Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner.</i>
<b>NOU 1990: 5</b>	NOU 1990: 5 <i>Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner – Straffelovkommisjonens delutredning IV.</i>
<b>Ot.prp. nr. 87 (1993–1994)</b>	Ot.prp. nr. 87 (1993–1994) <i>Om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).</i>
<b>NOU 2002: 4</b>	NOU 2002: 4 <i>Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII.</i>
<b>Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)</b>	Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) <i>Om lov om straff (straffeloven)</i>
<b>NOU 2008: 15</b>	NOU 2008: 15 <i>Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll.</i>
<b>Prop. 135 L (2010–2011)</b>	Prop. 135 L (2010–2011) <i>Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).</i>
<b>Dok. Nr. 16 (2011–2012)</b>	Dok.nr. 16 (2010–2011) <i>Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.</i>

## **Norsk rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 2002 s. 1677 A

Rt. 2004 s. 209 A

Rt. 2004 s. 1949 A

Rt. 2007 s. 791 A

Rt. 2007 s. 1056 A

Rt. 2009 s. 534 A

Rt. 2010 s. 1313 A

Rt. 2011 s. 206 A

Rt. 2013 s. 776 A

Rt. 2014 s. 495 A

Rt. 2015 s. 93 A

HR-2017-290-A

HR-2018-2096-A

HR-2019-832-A

### **Underinstanser**

LB-2008-144448

LH-2010-121009

LA-2017-112563

LA-2018-112662

TKISA-2017-68612

TJARE-2019-11414

TNOGU-2019-69775

## **Internasjonale kilder**

### **Konvensjoner**

**Barnekonvensjonen** The UN Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989 (barnekonvensjonen).

## **General Comments fra FNs**

### **barnekomite**

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

**General Comment No. 24** General Comment No. 24 (2019) Children's rights in juvenile justice CRC/C/GC/24 (FNs barnekomite 2019)

## **Litteratur**

**Drake (2019)** Drake, Kristine Breistein, "Forvaring av barn: En analyse av vilkåret om "helt ekstraordinære omstendigheter" i straffeloven § 40" *Tidsskrift for strafferett*, 19 (2019) nr. 3, s. 288–312.

**Eskeland (2017)** Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. Utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm Akademisk (2017).

**Fornes (2006)** Fornes, Ingun, "Varetektsfengsling av barn" *Kritisk Juss*, 32 (2006) nr. 2, s. 87–107.

**Fornes (2018)** Fornes, Ingun, *Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene*, Det juridiske fakultetet, Universitetet i Bergen (2018).

**Grøndahl (2000)** Grøndahl, Pål, Sikring eller forvaring – refleksjoner over de nye særreaksjonene, *Tidsskriftet Den norske legeförening*, 120 (2000) nr. 18, s. 2159–2161.



- Grøndahl (2019)** Grøndahl, Pål, *Om drap*, 1. Utgave, Gyldendal (2019).
- Gröning m.fl. (2016)** Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 1. Utgave, Fagbokforlaget (2016).
- Haugli (2016)** Haugli, Trude, Hensynet til barnets beste, i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Kjørholt, Elin Saga, Kirsten Sandberg og Njål Høstmælingen (Red.), 3. Utgave, Universitetsforlaget (2016), s. 51–73.
- Justis-og beredskapsdepartementet (2016)** Justis-og beredskapsdepartementet, “Ungdomsenheten på Eidsvoll er åpnet”, 12. April 2016, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ungdomsenheten-pa-eidsvoll-er-apnet/id2483069/>. (sist sjekket 7. desember 2019).
- Matningsdal (2015)** Matningsdal, Magnus, *Straffeloven. Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff. Alminnelige bestemmelser. Kommentartutgave*, 1.utgave, Universitetsforlaget (2015).
- Nakstad (2019)** Nakstad, Cecilie, forsvarer, intervjuet av Erlend Frafjord, Rogaland, “Advarer mot å gi mindreårige forvaringsstraff”, NRK, 13. Mai 2019, <https://www.nrk.no/rogaland/advarer-mot-a-gi-mindrearige-forvaringsstraff-1.14542813>. (sist sjekket 7. desember 2019).
- Nilsson (2019)** Nilsson, Gøran, “Aldri har så mange vært dømt til forvaring. Men fengslene får færre ressurser. Nå slår vi alarm”, Aftenposten, 20.januar 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/P3QE5b/aldri-har-saa-mange-vaert-doemt-til-forvaring-men-fengslene-faar-faerre-ressurser-naa-slaar-vi-alarm-goeran-nilsson>. [kronikk]. (sist sjekket 7. desember 2019).

- Reiss-Andersen (2017)** Reiss-Andersen, Berit, i *Forvaring – erfaringer og utfordringer: Foredrag og innlegg på forvaringskonferanse, KRUS 12.juni 2017*, Berit Johansen (red.), utgitt av Kriminalomsorgens utdanningscenter (2017), Oslo, <https://krus.brage.unit.no/krus-xmlui/bitstream/handle/11250/160592/Forvaring.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (lest 22. november 2019).
- Rosenqvist og Sandal (2015)** Rosenqvist, Randi og Tonje Sandal, “Er forvaringsordningen tilpasset dagens forvaringsdømte?” *Tidsskrift for strafferett*, 15 (2015) nr. 1, s. 6385.
- SIFER (u.å.)** SIFER – nasjonalt kompetansesenternettverk for sikkerhets-, fengsels- og rettspsykiatri, «SAVRY (Structured assessment of violence risk in youth)», <https://sifer.no/verktoy/savry/>. (sist sjekket 5. desember 2019).
- Snoek (2002)** Snoek, Jannike Engelstad, *Ungdomspsykiatri*, 2. utgave, Universitetsforlaget (2002).
- Storvik (2013)** Storvik, Birgitte Langset, *Forvaringsstraff*, 1. utgave, Cappelen Damm (2013).
- Søvig (2009)** Søvig, Karl Harald, «Barns rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie* nr. 115, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen (2009).
- Ulfstein (2012)** Ulfstein, Geir, “Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer” *Lov og Rett*, vol. 51 (2012) nr. 09, s. 551–570.
- Voldsrisiko ved alvorlig psykisk lidelse (2018)** Nasjonale faglige råd, «Voldsrisikoutredning ved alvorlig psykisk lidelse», 25. april 2018, <https://www.helsedirektoratet.no/faglige-rad/voldsrisikoutredning-ved-alvorlig-psykisk-lidelse>. (sist sjekket 7. desember 2019).