

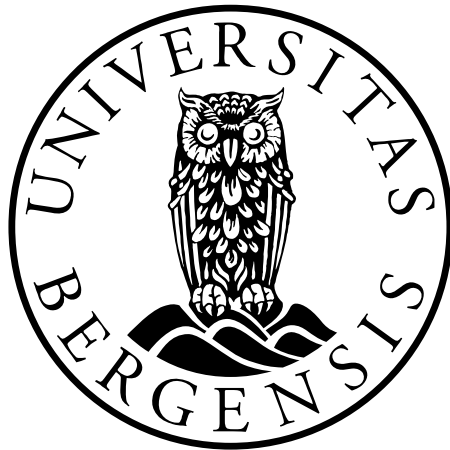
Ungdomsstraff

*- en ny straffereaksjon overfor
mindreårige lovbryttere*

Kandidatnummer: 187965

Veileder: Stein Husby

Antall ord: 12 244



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2013

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1-4
1.1 Lovendring og grunnlaget for lovendring	1
1.2 Hensiktsmessigheten av bruk av reaksjoner i frihet overfor mindreårige	1-2
1.3 Problemstilling	2-3
1.4. Avgrensning og presentasjon av oppgaven	3
1.5 Metode	3-4
2. Nåværende rettsstilstand – bruk av samfunnsstraff og ubetinget fengsel	4-7
2.1 Kort om bruk av samfunnsstraff overfor mindreårige lovbrøyttere – straffeloven § 28a	4-5
2.2 Kort om bruk av ubetinget fengsel overfor mindreårige lovbrøyttere – straffeloven § 18	5-7
3. Ungdomsstraff – en ny straffart	7-24
3.1 Generelt	7
3.2 Innholdet i ungdomsstraff	7-8
3.3 Straffeloven 1902 § 28c	8-24
3.3.1 Første ledd – 4 kumulative vilkår for anvendelse	8-9
3.3.2 Bokstav a – krav om alder	9-12
3.3.3 Bokstav b – anvendelsesområdets begrensning nedad	12-18
3.3.4 Bokstav c – krav om samtykke og bosted	18-20
3.3.5 Bokstav d – anvendelsesområdets begrensning oppad	20-22
3.3.6 Andre ledd	22-24
4. Rettspraksis	24-29
4.1 Relevansen av rettspraksis for en bestemmelse som enda ikke er trådt i kraft	24
4.2 Sentralt for vurderingen om ubetinget fengsel eller samfunnsstraff skal idømmes – betydningen for idømmelse av ungdomsstraff	24-25
4.3 Dommer på ubetinget fengsel – kunne ungdomsstraff vært idømt?	26-28
4.4 Dommer på samfunnsstraff – kunne ungdomsstraff vært idømt?	28-29
5. Konklusjon	29
6. Litteraturliste	30-31

1. Innledning

1.1 Lovendring og grunnlaget for lovendring

20. januar 2012 trådte lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) *delvis* i kraft.¹ Oppgaven fokuserer i hovedsak på endringene i straffeloven som gjelder den nye straffarten ungdomsstraff. Ungdomsstraff er vedtatt av lovgiver, men enda ikke trådt i kraft.

Ungdomsstraffen trer først i kraft når alle landets konfliktråd får tilsatt ungdomskoordinatorer. Det pågår prøveprosjekter med straffarten i Sør-Trøndelag og Telemark. Som følge av mangel på lovhjemmel idømmes ungdomsstraff der som betinget dom med vilkår tilsvarende innholdet av ungdomsstraff.²

Ungdomsstraff er i likhet med samfunnsstraff en reaksjon i frihet. Motivasjonen bak vedtagelsen er regjeringens mål om at mindreårige ikke skal settes i fengsel. Ved ikrafttredelsen vil domstolen få ytterligere et alternativ til idømmelse av ubetinget fengsel. Dette vil gjøre straffeloven mer i harmoni med FNs barnekonvensjon, som i utgangspunktet kun hjemler frihetsberøvelse av mindreårige der andre alternativer er vurdert og funnet utilstrekkelige.³

1.2 Hensiktsmessigheten av bruk av reaksjoner i frihet overfor mindreårige

Det er relativt få mindreårige som hvert år dømmes til ubetinget fengsel. Tall fra 2009 viser at totalt 115 personer under 18 år ble idømt enten ubetinget fengsel eller ubetinget og betinget fengsel. Av alle typer straffereaksjoner som ble ilagt mindreårige utgjør de ubetingede fengselsreaksjonene 1,99 prosent av de totalt 5781 reaksjoner som ble ilagt i 2009.⁴ På grunn av den høye terskelen for idømmelse av ubetinget fengsel overfor mindreårige og de senere års utstrakte bruk av samfunnsstraff som alternativ reaksjon følger det at idømmelse til ubetinget fengsel i all hovedsak fordrer at det er begått alvorlig eller gjentatt kriminalitet.⁵

En domfellelse på samfunnsstraff fordrer at "lovbryteren samtykker og har bosted i Norge", jf strl. § 28a (1) bokstav c. Der dette ikke er oppfylt, kan idømmelse av ubetinget fengsel være eneste mulighet for straffereaksjon for handlinger av en viss alvorlighetsgrad, og fengselsstraff kan dermed bli idømt selv om det ikke er begått alvorlig eller gjentatt kriminalitet.

Selv om statistikken gjelder få personer står disse som regel for mange lovbrudd og har ofte store og sammensatte problemer. De er enten i en kriminell løpebane

¹ Kgl. res. 20. januar 2012 (nr. 41) med hjemmel i lov 20. januar 2012 nr. 6

² Se www.krad.no/nyhetsarkiv/443-historisk-dom-om-ungdomsstraff (Det kriminalitetsforebyggende råd (KRÅD))

³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 9-10

⁴ Ibid s. 18-19

⁵ Se eksempelvis Rt-2010-1313 der samfunnsstraff ble idømt for fem ran og et ransforsøk.

eller står i det minste i stor fare for å ende opp i en kriminell løpebane. Derfor er det viktig at tiltak som kan stoppe en slik utvikling iverksettes. Mindreårige er i en utviklingsfase og er særlig mottakelige for uønsket innflytelse. Fengsel kan være særlig belastende og gi de skadevirkninger som følger av å omgås kriminelt belastede miljøer. At de blir holdt vekk fra ordinære lærings- og sosialiseringarenaer i en alder hvor type innflytelse kan være særlig avgjørende for fremtidig oppførsel er også uheldig.⁶

Derfor er det hensiktsmessig å unngå bruk av fengsel i den grad det er mulig. Det bør heller tilstrebes å bruke reaksjoner i frihet med et innhold som best mulig ivaretar den mindreåriges interesser. Det er blant annet dette den nye straffarten ungdomsstraff legger opp til og derfor det har vært et ønske fra lovgiver om å øke bruken av samfunnsstraff overfor mindreårige lovbrøtere.⁷

Det er likevel viktig at mindreårige blir stilt til ansvar for sine handlinger og at det blir reagert på en måte som ivaretar hensynene til hvorfor vi straffer. Straffens preventive formål - hensynet til individualprevensjon og allmennprevensjon - gjør seg også gjeldende overfor mindreårige, selv om det kan være i varierende grad.⁸ Det samme gjelder hensynet til samfunnsvern og straffens bidrag til den sosiale ro.⁹ Derfor kan det også i visse tilfeller være nødvendig å sette mindreårige i fengsel.¹⁰

Statistikken viser likevel at et stort antall av personer under 18 år som har sonet fengselsstraff begår ny kriminalitet.¹¹ Dette innbyr til ny tenkning om hvordan vi straffer denne særlig sårbare gruppen. Ungdomsstraff er nettopp en ny måte å tenke straff på og har som mål å få statistikken med unge lovbrøtere som vender tilbake til kriminalitet ned.

1.3 Problemstilling

I Rt-2013-67, som gjaldt straffutmåling overfor en mindreårig lovbrøter, uttaler førstvoterende nederst på avsnitt 18 at det "(...) når ungdomsstraffen trer i kraft (...) bli(r) behov for en nærmere grenseoppgang mellom samfunnsstraff og ungdomsstraff, ettersom ungdomsstraffen er tenkt som et alternativ til en del tilfeller hvor det i dag anvendes ubetinget fengsel samt de strengeste samfunnsstraffdommene, jf Prop. 135 L (2010-2011) side 115-116."

Ungdomsstraff skal etter forarbeidene som straffart ligge mellom ubetinget fengsel og samfunnsstraff.¹² Som Høyesterett her er inne på må det avklares hvordan ungdomsstraffen virker i forhold til samfunnsstraff. Da ungdomsstraff

⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 12

⁷ Se Prop. 135 L (2010-2011) s. 10 og s. 95. Se også oppgavens punkt 2.1 om samfunnsstraff og punkt 3.2 om innholdet i ungdomsstraff.

⁸ Se oppgavens punkt 3.3.5

⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78

¹⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115

¹¹ Ibid s. 12

¹² Ibid s. 114

skal grense oppad mot ubetinget fengsel må også forholdene mellom disse to straffartene avklares.

Basert på vilkårene for anvendelse i straffelovens fremtidige bestemmelse om ungdomsstraff er oppgavens hovedproblemstilling derfor hva som skal til for at straffarten kommer til anvendelse og hvordan ungdomsstraff skal passe inn i straffutmålingssystemet i forhold til de tilstøtende straffarter, samfunnsstraff og ubetinget fengsel.

1.4 Avgrensning og presentasjon av oppgaven

Først redegjøres det for den nåværende rettstilstands adgang til å idømme mindreårige ubetinget fengsel og samfunnsstraff. Dette skaper en hensiktsmessig ramme for den videre redegjørelse av ungdomsstraffens vilkår for anvendelse, da straffarten skal inn i straffutmålingssystemet mellom de to straffartene.

Deretter presenteres straffelovens nye § 28c om ungdomsstraff nærmere. Her gis det i hovedsak svar på oppgavens hovedproblemstilling, da vilkårene for anvendelse i bestemmelsens første ledd blir drøftet. Andre ledd i § 28c presenteres deretter kort.

Opgaven er avgrenset mot bestemmelsens tredje til åttende ledd, da disse leddene ikke byr på nevneverdige tolkningsproblemer eller vanskeligheter.

Endelig blir rettspraksis hvor mindreårige ble idømt ubetinget fengsel eller streng samfunnsstraff presentert nærmere. Her drøftes det om tilfellene kan kvalifisere til ungdomsstraff, basert på hvordan bestemmelsen etter oppgavens del 3 og punkt 4.2 bør forstås og anvendes.

1.5 Metode

Ved idømmelse av strafferettslige reaksjoner krever legalitetsprinsippet at det må foreligge hjemmel i lov, jf Grunnloven § 96. For å ivareta legalitetsprinsippet må derfor lovtekst utgjøre fundamentet for avgjørelsen av hva som kan møtes med straffarten ungdomsstraff.

Bestemmelsen om ungdomsstraff må tolkes i samsvar med ordlydens naturlige betydning, slik at de grunnleggende hensynene til forutberegnelighet og demokratisk legitimitet blir ivare tatt.

Forarbeidene til bestemmelsen vil ha en stor og avgjørende betydning for hvordan bestemmelsen skal forstås. En aktiv bruk av forarbeider ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet. Da bestemmelsen om ungdomsstraff enda ikke er trådt i kraft foreligger det ingen rettspraksis som kunne gi veiledning til hvordan bestemmelsen skal tolkes og forstås. Som følge av mangelen på denne vektige kilden vil forarbeidene få en enda mer fremtredende rolle enn normalt.

Her vil likevel rettspraksis som har utmålt ubetinget fengsel og streng samfunnsstraff bli brukt fordi det kan gi et inntrykk av hvilke saker som kan kvalifisere til ungdomsstraff. En viss tolkningsverdi i forhold til selve bestemmelsen kan slik rettspraksis også ha da bestemmelsen om ungdomsstraff har tilnærmet like vilkår som bestemmelsen om samfunnsstraff, jf henholdsvis strl. §§ 28c (ikke ikrafttrådt) og § 28a.

2. Nåværende rettstilstand – bruk av samfunnsstraff og ubetinget fengsel

2.1 Kort om bruk av samfunnsstraff overfor mindreårige lovbrøyttere – straffeloven § 28a

Samfunnsstraff het tidligere samfunnstjeneste og ble innført som egen hovedstraff i 1991 etter å ha fungert i et prøveprosjekt siden 1984 som særskilt vilkår ved betinget dom. Samfunnsstraff ble innført til erstatning for samfunnstjeneste i 2002.¹³ Samtidig ble anvendelsesområdet for reaksjoner i frihet utvidet da samfunnsstraffen også skulle omfatte tilfeller som tidligere lå "(...) i skjæringspunktet mellom betinget og ubetinget og i nedre del av det "ubetingede området".¹⁴

Lovgiver har det flere ganger uttrykt at samfunnsstraff er ansett som særlig egnet for unge lovbrøyttere.¹⁵ Dette har ført til økende bruk av straffarten siden innføringen og den er i dag en sentral straffereaksjon overfor denne gruppen.¹⁶

Av de 5781 straffereaksjonene som ble ilagt mindreårige i 2009 var 378, eller 6,55 prosent av reaksjonene, samfunnsstraff.¹⁷

I utgangspunktet kan ikke samfunnsstraff idømmes dersom det ellers ville ha blitt idømt fengsel i mer enn 1 år, jf strl. § 28a (1) bokstav a. Etter (2) kan regelen blant annet fravikes dersom "sterke grunner taler for at samfunnsstraff idømmes." Rettspraksis har brukt denne unntaksregelen som grunnlag for å fravike utgangspunktet om 1 års fengsel der det er tale om idømmelse av samfunnsstraff til mindreårige, jf eksempelvis Rt-2010-1313 avsnitt 8.

Ved lov av 20. januar 2012 nr. 6 trådte også en endring i straffeloven § 28a i kraft som utvidet adgangen til bruk av samfunnsstraff overfor mindreårige.

Blant annet som følge av rettspraksis bruk av eksisterende unntaksregler mente departementet i forarbeidene at det ikke var nødvendig med lovendring for å øke bruken av samfunnsstraff overfor mindreårige. Endringen ble likevel gjort for å "(...) sende et viktig signal til påtalemyndigheten og domstolen om at

¹³ Se lov av 15.mars 1991 nr. 4 og lov av 18.mai 2001 nr. 21 (trådte i kraft 1.mars 2002) og Prop. 135 L (2010-2011) s. 95

¹⁴ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 124

¹⁵ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 126, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 253 og Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) s. 54

¹⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 95

¹⁷ Ibid s. 18

samfunnsstraff i større utstrekning bør brukes som straffereaksjon overfor barn.”¹⁸

Ytterligere en unntaksbestemmelse ble dermed tilført (2) som hjemler fravikelse fra utgangspunktet i (1) bokstav a der ”lovbryteren var under 18 år på handlingstidspunktet.”

At lovendringen ble gjort for å sende signal til påtalemyndigheten og domstolen tilsier at reaksjoner i frihet overfor mindreårige må brukes i enda større grad enn det gjøres i dag. Dette er i tråd med utviklingen gjennom hele 2000-tallet, hvor det har vært et pågående ønske fra lovgiver om å stadig utvide anvendelsesområdet for samfunnsstraff.¹⁹

Noe av årsaken til ønske om utvidelse av bruk av reaksjoner i frihet skyldtes Norges forpliktelser i henhold til FNs Barnekonvensjon. Etter artikkel 3 og 37 bokstav b, som gjelder med trinnhøyde foran norsk lov, skal henholdsvis ”barnets beste være et grunnleggende hensyn” og ”frihetsberøvelse (...) bare benyttes som en siste utvei og for kortest mulig tidsrom”, jf menneskerettsloven § 3, jf § 2 nr. 4. Det synes alminnelig enighet om at ”barnets beste” ikke er å bli satt i fengsel.²⁰ Det er dermed i tråd med FNs Barnekonvensjon at bruken av samfunnsstraff øker.

2.2 Kort om bruk av ubetinget fengsel overfor mindreårige lovbrøttere – straffeloven § 18

Ved lov av 20. Januar 2012 nr. 6 fikk straffeloven en ny § 18. Der fremgår det at ubetinget fengselsstraff bare kan idømmes til personer ”som var under 18 på handlingstidspunktet (...) når det er særlig påkrevd”, jf første punktum.

Før lovendringen hadde straffeloven ingen generell bestemmelse om begrenset bruk av ubetinget fengsel overfor mindreårige lovbrøttere.²¹ Det følger likevel av rettspraksis at ung alder trekker i formildende retning, jf eksempelvis Rt-2003-1455 og Rt-2004-804. Det følger også av Norges forpliktelser i henhold til barnekonvensjonen at bruk av frihetsberøvelse overfor barn skal begrenses og kun benyttes som en siste utvei, jf særlig artikkel 37 bokstav b. De senere års utvidede bruk av samfunnsstraff overfor mindreårige innebærer også en begrensning i bruken av frihetsstraff. Lovendringen skal derfor i prinsippet ikke medføre store endringer i fengslingspraksis overfor mindreårige.

Ordlyden ”særlig påkrevd” gir anvisning på at domstolene skal være restriktive med bruk av ubetinget fengsel overfor mindreårige. Lovbruddets art og forholdene ellers er avgjørende for om vilkåret er oppfylt. Der fengselsstraff er

¹⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 97

¹⁹ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 126, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 253 og Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) s. 54

²⁰ Se eksempelvis Innst. 83 L (2011-2012) 5. avsnitt under ”Komiteens merknader” og Rt-2010-1313

²¹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 253 og Prop. 135 L (2010-2011) s. 98

aktuelt bør alternative reaksjonsformer være prøvd overfor lovbrysteren tidligere og funnet uhensiktsmessige. Hva det gjelder førstegangsbrytere må forutsetningen for at ubetinget fengselsstraff idømmes være at det gjelder en alvorlig straffbar handling.²²

Tidligere gjaldt det også et vilkår om at varetektsfengsling av mindreårige måtte være "særlig påkrevd", jf straffeprosessloven § 184 (2) andre setning, jf § 174. Ved lov av 20. Januar 2012 nr. 6 fikk strpl. § 184 en selvstendig setning i andre ledd hvor terskelen for varetektsfengsling av mindreårige ble hevet til "tvingende nødvendig". Til forskjell fra ordlyden "særlig påkrevd" hvor andre reaksjoner enn ubetinget fengsel som hovedregel skal idømmes, innebærer ordlyden "tvingende nødvendig" et "(...) absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til varetektsfengsling."²³

Hvilke straffbare handlinger som kvalifiserer til ubetinget fengsel og hvor idømmelse således er "særlig påkrevd" antydes i forarbeidene hvor ungdomsstraffens øvre grense omtales. Selv om departementet ikke vil avgrense mot konkrete lovbrudd hva det gjelder anvendelsesområdet for ungdomsstraff, som grenser oppad mot ubetinget fengsel, så uttrykkes det at det vanskelig kan tenkes at annet enn fengselsstraff er aktuelt for de tilfeller der mindreårige har begått alvorlige seksuallovbrudd eller drap.²⁴ Dette er likevel svært alvorlige straffbare handlinger og forandrer ikke utgangspunktet om at terskelen for idømmelse av ubetinget fengsel er høy.

Etter § 18 andre setning kan lengden på fengselsstraffen "ikke overstige 15 år".

Etter forarbeidene skal bestemmelsen ses på "(...) som et uttrykk for departementets syn på at domstolene skal være tilbakeholdne med å bruke ubetinget fengselsstraff overfor unge lovbrysterne, og særlig varsomme med å idømme langvarig fengselsstraff, jf første punktum."²⁵

Før lovendringen var lengste straff en mindreårig kunne bli idømt 20 år i fengsel, jf strl. § 17 (1) bokstav a. Det gjaldt i tilfeller hvor forbrytelsen var ledd i organisert kriminalitet etter strl. § 60a og i tilfeller det var begått flere straffbare handlinger i konkurrans etter strl. § 62. Selv om § 17 (1) bokstav a også lister opp § 61 som en hjemmel til å utvide strafferammen til 20 års fengsel, fremgår det av § 61 (2) at bestemmelsen ikke gjelder for personer under 18 år. Mindreårige kunne heller ikke få 21 års fengsel, jf strl. § 55.²⁶

Andre setning i § 18 tjener nå som et unntak fra § 17 (1) bokstav a og det vil nå ikke være mulig å idømme mindreårige til fengsel i mer enn 15 år. Behovet for å ha adgang til å idømme lengre straffer synes heller ikke være til stede da 15 års fengsel er det lengste som noen gang er idømt mindreårige gjerningspersoner, jf

²² Prop. 135 L (2010-2011) s. 162, jf Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435

²³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 171

²⁴ Ibid s. 115

²⁵ Ibid s. 162

²⁶ Ibid s. 100

Rt-1992-833.²⁷ Dette var også en svært alvorlig og spesiell sak som det må antas meget sjelden inntreffer.

Utmålingen av straff overfor mindreårige skal etter forarbeidene foregå i samsvar med de gjeldende straffutmålingsprinsipper. Det må foretas "(...) en helhetsvurdering, der barnets individuelle behov, likhetshensyn, hensynet til samfunnsvern og allmennpreventive hensyn, samt lovbruddets art og grovhet inngår som momenter." Fordi mindreårige ikke har den samme vurderingsevnen som voksne og fordi straff virker mer belastende på dem må de likevel bedømmes mildere.²⁸ At mindreårige bedømmes mildere gir også strl. § 55 eksplisitt uttrykk for.

3. Ungdomsstraff – en ny straffart

3.1 Generelt

Bestemmelsen skal plasseres i straffeloven 1902 § 28c. Konfliktrådet skal ha ansvaret for gjennomføringen av straffen, og konfliktrådsloven får et nytt kapittel III som regulerer hvordan gjennomføringen skal skje.²⁹

Straffarten er ment til å ligge mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel i "straffestigen". Den vil derfor være en strengere reaksjon enn samfunnsstraff og en mildere reaksjon enn ubetinget fengsel.

Innføringen av straffarten vil få betydning for praktiseringen av strl. § 18. Dette fordi domstolen vil ha ytterligere et alternativ til idømmelse av frihetsstraff. Det vil derfor i utgangspunktet være flere tilfeller hvor idømmelse av ubetinget fengsel ikke er "særlig påkrevd" fordi domstolen etter ordlyden som hovedregel skal ha prøvd andre reaksjoner.³⁰

3.2 Innholdet i ungdomsstraff

Konfliktrådsloven kapittel III regulerer detaljert hvordan gjennomføringen av ungdomsstraff skal foregå, jf §§ 18-26.³¹

Først avholdes ungdomsstormøte hvor en ungdomsplan skal utformes, jf konfrådl. §§ 18 og 19. Ungdomsstormøte skal bestå av en rekke aktører som lovbyteren, lovbyters private nettverk, kriminalomsorgen, politiet og ungdomskoordinator. Ungdomskoordinator leder møte. Aktørene skal bidra til å lage en individuelt tilpasset oppfølging, kalt en ungdomsplan. Etter eget ønske kan fornærmede også involveres.

²⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 100

²⁸ Ibid s. 102

²⁹ Se Innst. 83 L (2011-2012) del V

³⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 162, jf Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435

³¹ Se Innst. 83 L (2011-2012) del V

For domfelte er formålet med ungdomsstraff blant annet å gi økt forståelse for konsekvensene de straffbare handlingene har hatt for de som er berørt, samtidig som domfelte skal få den hjelp som er nødvendig. Det sentrale er å styrke domfeltes ressurser og vilje til å ta et oppgjør med sin livsførsel og kriminalitet. Ungdomsstraff er en krevende reaksjon som forutsetter at domfelte reflekterer over sin livssituasjon og sine valg.³²

3.3 Straffeloven 1902 § 28c

3.3.1 Første ledd – 4 kumulative vilkår for anvendelse

Dersom vilkårene i bokstav a til d er oppfylt "kan" ungdomsstraff idømmes, jf strl. § 28c (1).

Ordlyden henspeler til rettens fakultative skjønn for om ungdomsstraff skal idømmes når vilkårene er oppfylt. Det kan likevel stilles spørsmål ved om bestemmelsen bør forstås slik.

Straffeloven § 28b omhandler rettens adgang til å avgjøre om den subsidiære fengselsstraffen skal fullbyrdes når det foreligger brudd på vilkårene for gjennomføringen av samfunnsstraff eller når domfelte har foretatt en ny straffbar handling under gjennomføringstiden av samfunnsstraffen. Ved vilkårsbrudd som ikke består i ny straffbar handling er det Kriminalomsorgen som vurderer både om brudd foreligger og som begjærer omgjøring på bakgrunn av vilkårsbrudd, jf § 28b (1) bokstav a. For at retten ikke skal være bundet av Kriminalomsorgens skjønn, har retten en fakultativ omgjøringsadgang hva det gjelder omgjøring av den subsidiært idømte fengselsstraffen. Tidligere måtte retten omgjøre dersom Kriminalomsorgen begjærte det.³³

At retten etter § 28b har et fakultativt skjønn stammer altså fra en helt annen situasjon enn tilfellet vil være for idømmelse av ungdomsstraff. Etter § 28c er det retten som prøver om vilkårene for anvendelse foreligger eller ikke, som er svært forskjellig fra der et forvaltningsorgan prøver om vilkår for omgjøring er tilstede. Retten har dermed ikke det samme behovet for å ha et fakultativt skjønn etter § 28c som retten har etter § 28b. Dette kan tilsi at bestemmelsen bør forstås som at retten ikke har valgfrihet til å idømme ungdomsstraff dersom vilkårene er oppfylt.

På den andre siden ville en slik anvendelse av regelen legge en uheldig begrensing på retten. Dersom vilkårene for idømmelse av ungdomsstraff er oppfylt, er eksempelvis idømmelse av samfunnsstraff i alle tilfeller ikke utelukket. Hvis retten finner det mer hensiktsmessig at samfunnsstraff idømmes, bør retten ikke være utelukket fra å kunne velge denne mindre inngripende straffarten.

³² Prop. 135 L (2010-2011) s. 10

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 302

Der vilkårene for idømmelse av ungdomsstraff er oppfylt, er vilkårene for idømmelse av samfunnsstraff også oppfylt såfremt "hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet", jf strl. § 28a (1) bokstav b. For personer under 18 år har ikke bestemmelsen om samfunnsstraff noen begrensning for den fengselsstraff som ellers skulle vært utmålt, slik at anvendelse ikke er utelukket selv om det er tale om "alvorlig eller gjentatt kriminalitet", jf henholdsvis § 28a (2) og § 28c (1) bokstav b. I slike tilfeller kan dermed både ungdomsstraff og samfunnsstraff idømmes.

En av grunnene til at retten fikk en fakultativ omgjøringsadgang etter § 28b var at man skulle unngå omgjøring ved bagatellmessige vilkårsbrudd.³⁴ Det skulle med andre ord gis rom til forholdsmessighet i reaksjonsvalget. Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende overfor § 28c. Retten bør alltid kunne idømme den reaksjon som er minst inngripende når den finner det hensiktsmessig. Der dette er samfunnsstraff bør retten kunne idømme dette selv om vilkårene for idømmelse av ungdomsstraff også er oppfylt. Å begrense rettens muligheter i slike tilfeller vil derfor være uheldig.

Ordlyden "kan" må dermed forstås i tråd med den naturlige forståelse og retten kan velge om ungdomsstraff skal idømmes dersom vilkårene er oppfylt.

3.3.2 Bokstav a – krav om alder

For det første må lovbryteren ha vært "under 18 år på handlingstidspunktet", jf bokstav a.

Bestemmelsen byr ikke på nevneverdige tolkningsproblemer. Såfremt den mindreårige er over 15 og under 18 år på tidspunktet for den eller de kriminelle handlinger som er grunnlaget for domfellelsen er vilkåret i bokstav a oppfylt.

At domfelte må være over 15 år skyldtes den kriminelle lavalder, jf strl. § 46. Pådømmelse kan selvsagt skje etter fylte 18 år, såfremt handlingen(ene) som ligger til grunn for domfellelsen ble gjort da lovbryteren var under 18 år.

I helt særlige tilfeller kan det oppstå spørsmål om når man regner at en person har fylt år. Dersom en kriminell handling er begått etter kl. 00.00 den dag vedkommende fyller 15 år, men før det tidspunkt vedkommende ble født det døgnet, blir spørsmålet om når vedkommende regnes for å ha fylt 15 år. Det samme spørsmålet oppstår i tilfeller det er tvil om en gjerningsperson hadde fylt 18 år på gjerningstidspunktet i forhold til om ungdomsstraff kan anvendes.

Andenæs hevder at det riktige må være at vedkommende regnes for å ha fylt år i strafferettslig forstand fra det døgn vedkommende er født. Dette fordi det harmonerer med alminnelig språkbruk og rettsoppfatning.³⁵ Rettstekniske hensyn taler også for at dette er en hensiktsmessig bruk da det nøyaktige tidspunkt for fødsel og for når en forbrytelse har funnet sted ikke alltid er lett å bringe på det rene.

Det kan likevel oppfattes som urimelig at bestemmelsen skiller så absolutt på alder. Dette fordi det fører til ulike reaksjoner for de som befinner seg rett under og rett over 18 år på handlingstidspunktet for en kriminell handling. Særlig

³⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 302

³⁵ Andenæs, Alminnelig strafferett (2004), s. 296

gjelder dette i tilfeller hvor en kriminell handling er begått av flere i fellesskap hvor det gjerne skiller lite mellom de deltagende i alder, noe som ikke er helt upraktisk hva det gjelder ungdomskriminalitet. Selv om alle deltagerne har vært like mye deltagende og således har handlet like straffverdige kan reaksjonene bli (totalt) forskjellig for deltagerne fordi noen er rett under og noen er rett over 18 år.

Problemstillingen med ulike reaksjoner er sett av departementet, men det er ikke funnet hensiktsmessig å foreslå adgang til å fravike 18-årsgrensen.³⁶

Noe av årsaken til å vi straffer mindreårige på en mildere måte er fordi de ikke er fullt utviklet og dermed ikke har de samme forutsetninger til å handle ut i fra de samme rasjonelle overveielser som voksne har – noe hensynet til allmennprevensjon forutsetter.³⁷ Grunnen til å straffe, eller straffverdigheten av den kriminelle handling, er derfor ikke like stor. En tilsvarende umodenhet kan gjøre seg like gjeldende for personer som er rett over 18 år på handlingstidspunktet. Derfor kan det hevdes at ungdomsstraff også burde gjelde for personer over 18 år, og at det avgjørende for om straffarten kunne anvendes var en skjønnsmessig helhetsvurdering av domfeltes modenhetsnivå hvor det blant annet ble lagt vekt på vedkommendes evne til å forstå konsekvensene av sine handlinger.

Dersom ungdomsstraff viser seg egnet til å forebygge ny kriminalitet åpner forarbeidene for at straffarten også kan idømmes til personer mellom 18 og 23 år.³⁸ Lovgiver anerkjenner derfor muligheten for at anvendelsesområdet kan utvides hva det gjelder aldersgrupper. Begrunnelsen for å ha en utvidelse er likevel en annen enn den i avsnittet over. En eventuell utvidelse kan skje dersom straffarten er egnet til å forebygge ny kriminalitet, altså med grunnlag i de virkninger straffarten kan gi. Dette er en annen grunn enn den over, hvor det hevdes at de grunner som gjør at vi straffer unge lovbrøyttere mildere og annerledes kan gjøre seg like gjeldende for personer som er rett over den gjeldende aldersgrense, og at personer over aldersgrensen derfor ikke automatisk burde bli ekskludert. Forarbeidene støtter derfor ikke en utvidelse av anvendelsesområdet til å inkludere personer eldre enn 18 år basert på modenhetsnivå.

At grensen for hvordan unge lovbrøyttere straffes går bastant på 18 år er i stor utstrekning i samsvar med rettspraksis. Se for eksempel Rt-2011-206 (avsnitt 22) der det uttales at det for handlinger begått etter fylte 18 år blir "(...) ein markert skilnad i val av reaksjon (...)." Der andre momenter trekker i formildende retning kan en ung lovbrøytters umodenhet i noen tilfeller likevel få betydning.³⁹

³⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 114

³⁷ Se Rt-2004-804 avsnitt 25

³⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 114

³⁹ Morten Holmboe. Merknader til straffeloven 1902 § 18 på www.lovdato.no. Merknad datert 02.06.2012, syvende siste avsnitt.

Det første som kan innvendes mot en skjønnsmessig regel er at den er retts teknisk vanskelig å praktisere. Dette er også en av begrunnelsene bak at den kriminelle lavalder er 15 år og ikke beror på en nærmere vurdering av vedkommendes modenhetsnivå.⁴⁰ For det andre vil en skjønnsmessig regel gi rom for at like tilfeller kan bli behandlet ulikt.

Et av formålene med lovendringen og vedtagelsen av ungdomsstraff var at den norske strafferettspleie skulle harmonere bedre med FNs Barnekonvensjon. Artikkel 1 i konvensjonen definerer mennesker som barn frem til fylte 18 år. En rekke særrettigheter gjelder frem til dette tidspunkt, blant annet at fengsling skal være siste utvei, jf artikkel 37 bokstav b. Det vil derfor ikke harmonere med formålet med lovendringen om ungdomsstraff skulle gjelde personer over 18 år.⁴¹

I tilfeller hvor en ung lovbrøyer har begått kriminelle handlinger før og etter fylte 18 år og det skal avsies en felles dom for de kriminelle handlinger kan det stilles spørsmål ved om ungdomsstraff bør kunne anvendes.

I forarbeidene uttales det at det "(...) ikke kan utelukkes at lovbrudd som nevnt i Rt. 2010 nr. 1317, vil kunne bli møtt med den nye ungdomsstraffen."⁴²

Saken gjaldt straffutmåling for i hovedsak overtredelse av strl. § 239, for uaktsomt drap forøvet med motorvogn, begått før fylte 18 år, og for overtredelse av strl. § 228, jf § 232, begått etter fylte 18 år. Saken ble pådømt etter strl. § 62, hvor det da ble idømt en felles frihetsstraff for handlingene til fengsel i 1 år og 7 måneder, hvorav 11 måneder ble gjort betinget.

Skal bokstav a brukes etter ordlyden og lovgivers intensjoner kunne det ikke vært idømt ungdomsstraff i dette tilfellet fordi legemsfornærmelsen ble begått etter fylte 18 år.⁴³ Selv om det hadde vært slik at den mest alvorlige handlingen, det uaktsomme drapet, hadde ført til at den mindreårige lovbrøyer hadde vært i målgruppen for ungdomsstraff, vil det mer bagatellmessige forholdet begått dagen etter vedkommendes 18-årsdag ødelegge for muligheten til å idømme straffarten. Lovbruddene isolert sett kunne muligens ha ført til idømmelse av ungdomsstraff, slik forarbeidene antyder, men idømmelse av ungdomsstraff i tilfellet i Rt-2010-1317 hadde vært utelukket.

Det kan oppfattes som lite hensiktsmessig at mindre alvorlige forhold begått etter fylte 18 år skal ødelegge for bruk av straffarten når forholdene ellers er slik at tilfellet er i målgruppen for idømmelse.

En mer skjønnsmessig vurdering i et slikt tilfelle ville muligens derfor vært mer hensiktsmessig. Mot en skjønnsmessig vurdering kan retts tekniske hensyn tale. Spørsmål som hvor lenge etter fylte 18 år lovbrudd kunne bli begått og hvor

⁴⁰ Se Andenæs, *Alminnelig Strafferett* (2004), s. 295.

⁴¹ Se Prop. 135 L (2010-2011) s. 114

⁴² *Ibid* s. 116

⁴³ Se oppgavens punkt 3.3.2 øverst

alvorlige de kunne være før muligheten til å idømme ungdomsstraff gikk tapt er spørsmål som kan by på vanskelige vurderinger og som kan føre til ulik behandling.

Dette kunne likevel langt på vei vært løst ved å ha en regel der de vesentlige kriminelle handlinger måtte ha blitt begått før fylte 18 år. De handlinger begått etter fylte 18 år måtte være av mindre alvorlig eller bagatellmessig karakter, og eksempelvis ikke vært begått etter fylte 19 år. Dette ville ført til at man i tilfeller hvor flere forhold pådømmes samtidig ikke ville utelukke bruk av ungdomsstraff ved tilfeller der små eller bagatellmessige kriminelle handlinger er begått etter fylte 18 år.

Mot en slik regel taler hvordan strl. § 55 tolkes og anvendes. Etter bestemmelsen kan straffen for handlinger "forøvd før det fylte 18de år" ikke møtes med lovens maksimumsstraff, kan settes under det lavmål som er bestemt for handlingen og kan være av en mildere straffart. I tilfeller der flere forhold pådømmes samtidig og en av tilfellene er begått etter fylte 18 år eller der en fortsatt forbrytelse først opphører etter fylte 18 år, kan bestemmelsen ikke anvendes.⁴⁴ En helhetlig tolkning og bruk av bestemmelsene i straffeloven om straffutmåling overfor mindreårige taler dermed mot en løsning som skissert i avsnittet over.

Slik loven nå er utformet er det klart at den stenger for den anvendelse av bestemmelsen skissert over. Selv om det møter motstand fra et sammenlignbart område i straffeloven er det likevel noe lovgiver burde vurdere, da det gir en hensiktsmessig og god løsning.

3.3.3 Bokstav b – anvendelsesområdets begrensning nedad

For det andre må lovbrysteren ha begått "gjentatt eller alvorlig kriminalitet", jf bokstav b.

Ordlyden "alvorlig kriminalitet" tilsier både at handlingen må falle innunder straffebed med høy strafferamme og at bruddet på bestemmelsen i seg selv er av alvorlig karakter. Det legges altså opp til en vurdering av lovbruddets art og grovhet.

Etter forarbeidene vil det "(...) være naturlig å ta utgangspunkt i strafferammen (...) for fastleggelsen av om det foreligger "alvorlig kriminalitet". Det uttales videre at begrepet "(...) bør forbeholdes straffebed med en øvre strafferamme på fengsel i 3 år eller mer."⁴⁵

Det uttales ikke direkte noe om at selve bruddet på en bestemmelsen med strafferamme på fengsel i 3 år eller mer må være av alvorlig karakter, slik en naturlig ordlydsforståelse legger opp til. Hvis kun lovbruddets art og ikke

⁴⁴ Magnus Matningsdal. Note 535. Lovkommentar til § 55 på www.rettsdata.no og Andenæs, Alminnelig Strafferett (2004) s. 440

⁴⁵ Prop. 135 L (2010-2011) 163-164

lovbruddets grovhet vektlegges kan det fort bli et noe unyansert bilde av hva som er "alvorlig kriminalitet".

Strafferammen for eksempelvis tyveri er fengsel inntil 3 år, og vil etter en vurdering av lovbruddets art være "alvorlig kriminalitet", jf strl. § 257 (2). Dette gjelder selv om forholdet er slik at gjenstanden som er borttatt så vidt overskred verdigrensen ned mot naskeri etter strl. § 391 a. Dette er ikke en formålmessig tolkning og bruk av bestemmelsen med tanke på målgruppen til ungdomsstraff. Et simpelt tyveri som beskrevet over vil normalt sett verken kvalifisere til ubetinget fengsel eller streng samfunnsstraff, helst en bot.

Årsaken til at departementet mener begrepet "alvorlig kriminalitet" bør forbeholdes straffebud med en øvre strafferamme på fengsel i 3 år eller mer er at de mener det er hensiktsmessig å se hen til tilfeller mindreårige faktisk blir idømt ubetinget fengsel i dag. I samtlige saker med nyinnsettelse på dom i 2010 var strafferammen på fengsel i inntil 3 år eller mer.⁴⁶

At det ble idømt ubetinget fengsel skyldtes ikke bare at strafferammen for lovbruddet var fengsel i 3 år eller mer. Grovheten av bruddet på bestemmelse(n)e må også har vært av en viss alvorlighetsgrad. I den forstand kan forarbeidene indirekte forstås slik at de også mener at bruddet på bestemmelsen i seg selv må være av en viss alvorlighetsgrad.

Videre uttales det at "(l)ovbrudd med en lavere strafferamme enn fengselsstraff inntil 3 år skal (...) ikke betraktes som alvorlig kriminalitet (...)." ⁴⁷ Hvis eksempelvis simpel narkotikaforbrytelse etter strl. § 162 (1) eller simpel legemsfornærmelse etter strl. § 228 (1) ikke skal kvalifisere til ungdomsstraff bør heller ikke et simpelt tyveri som beskrevet over kvalifisere, bare fordi det har en strafferamme på 3 års fengsel. Det ville ikke vært særlig harmonisk om et brudd på 162 (1) som i et gitt tilfelle hadde gitt 6 mnd fengsel ikke kvalifiserer til ungdomsstraff, mens et brudd på § 257 som i et gitt tilfelle hadde gitt en bot skulle kvalifisere.

Ungdomsstraff skal være en strengere reaksjon enn samfunnsstraff.⁴⁸ Ved idømmelse av samfunnsstraff er det ikke strafferammen som er avgjørende for om det kan idømmes eller ikke. Det er den utmålte straff som i utgangspunktet er noe av det avgjørende, jf strl. § 28 a (1) bokstav a. Bestemmende for utmåling av straff er blant annet hvor alvorlig eller hvor grovt forholdet er. Det vil si at samfunnsstraff også kan idømmes der strafferammen for bruddet er mer enn 3 års fengsel.

For å få et klart skille mellom når samfunnsstraff kan anvendes og når ungdomsstraff kan anvendes bør det for ungdomsstraffens del også settes en alvorlighetsterskel basert på grovheten av den kriminelle handling.

⁴⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s.163

⁴⁷ Ibid s. 164

⁴⁸ Ibid s. 116

En størrelse det da kan opereres med er lengden på den fengselsstraff som subsidiært skal idømmes for bruddet. Både for ungdomsstraff og samfunnsstraff skal det utmåles en subsidiær fengselsstraff ”som skal svare til den fengselsstraff som ville ha blitt idømt” uten ungdomsstraff eller samfunnsstraff, jf henholdsvis strl. §§ 28c (2) bokstav b og 28a (3) bokstav b.

Når målgruppen for ungdomsstraff er der det blir idømt de strengeste samfunnsstraffer er det hensiktsmessig å se på den subsidiære fengselsstraff utmålt i saker hvor streng samfunnsstraff har blitt idømt.⁴⁹ Dette kan gi veiledning til hvor streng subsidiær fengselsstraff som bør kreves før et tilfelle kvalifiserer til ungdomsstraff.

Eksempler på dommer hvor streng samfunnsstraff ble idømt er Rt-2010-1313 og Rt-2011-206. Der ble det idømt henholdsvis samfunnsstraff på 417 timer med subsidiær fengselsstraff på 2 år og 6 måneder og samfunnsstraff på 419 timer med subsidiær fengselsstraff på 1 år og 4 måneder.

Dette er den strengeste samfunnsstraff som det er mulig å idømme, fratrukket antall døgn utholdt varetektsfengslet som utgjør en time samfunnsstraff per døgn, jf § 28a (3) bokstav a. Dette kan tilsa at subsidiære fengselsstraffer på både 1 år og 4 måneder og 2 år og 6 måneder er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret ”alvorlig kriminalitet”.

Utgangspunktet for utmåling av antall timer samfunnsstraff er at den skal korrespondere med den subsidiære fengselsstraffen hvor normen skal være 30 timer per måned subsidiær fengselsstraff ved lengre samfunnsstraffer.⁵⁰ Da maks antall timer samfunnsstraff som kan idømmes etter § 28a (3) bokstav a er 420 timer vil dette utgangspunktet kun være mulig å overholde opp til der den subsidiære fengselsstraff er på 1 år og 2 måneder (14 mnd x 30 timer = 420 timer).

Alvorlighetsgraden i to tilfeller hvor det er idømt maks antall timer samfunnsstraff vil derfor ikke nødvendigvis være like, og den subsidiære utmålte fengselsstraff vil være en bedre indikator i så måte for slike tilfeller. I de to dommene skiller det 1 år og 2 måneder i de subsidiære fengselsstraffer. Det tilsier at tilfellet i Rt-2010-1313 var mer alvorlig og det er mer nærliggende at et slikt tilfelle vil kvalifisere til ungdomsstraff gjennom å oppfylle vilkåret ”alvorlig kriminalitet” enn tilfellet i Rt-2011-206. Dette også fordi en subsidiær fengselsstraff på 1 år og 4 måneder er betraktelig nærmere utgangspunktet om maksimum 1 års fengsel i § 28a (1) bokstav a og derfor er bedre egnet for samfunnsstraff enn det andre tilfellet.

Da begge tilfellene likevel i utgangspunktet skal kvalifisere til ungdomsstraff på bakgrunn at de begge er strenge samfunnsstraffer kan også en subsidiær fengselsstraff på 1 år og 4 måneder være nok til å oppfylle vilkåret til ”alvorlig kriminalitet”.

⁴⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 114

⁵⁰ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 176 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 298

Det kan videre hevdes at når lovgiver mener strenge samfunnsstraffer skal kunne kvalifisere til ungdomsstraff kan tilfeller helt ned til subsidiær fengselsstraff på 1 år og 2 måneder kvalifisere til ungdomsstraff. Dette fordi at en subsidiær fengselsstraff på 1 år og 2 måneder etter utgangspunktet for utmåling av samfunnsstraff skal gi 420 timer samfunnsstraff, som er den strengeste samfunnsstraff som kan ilegges, jf § 28a (3) bokstav a.⁵¹ Sammenholdt med dette kan det da i hvert fall slås fast at en subsidiær fengselsstraff på 2 år og 6 måneder som i Rt-2010-1313 er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret til "alvorlig kriminalitet."

For å få markert at ungdomsstraff er en strengere straffart enn samfunnsstraff kan det likevel være hensiktsmessig at lengden på den subsidiære straffen er som i Rt-2010-1313 for at vilkåret skal være oppfylt, og heller ha en skjønsmessig vurdering for de tilfeller der subsidiær fengselsstraff er på mellom 1 år og 2 år hvor både samfunnsstraff og ungdomsstraff kan være en hensiktsmessig straffutmåling. At ungdomsstraff må velges i et slikt tilfelle kan eksempelvis tenkes hvis "straffens formål (...) taler mot en reaksjon i frihet" etter § 28a (1) bokstav b, men ikke "med tyngde" etter § 28c (1) bokstav d. For å ivareta barnets beste gjennom en reaksjon i frihet bør dermed en straffbar handling som ellers ville ha gitt mellom 1 år og 2 år i fengsel i et slikt tilfelle betegnes som "alvorlig kriminalitet".

Fra forarbeidene fremgår det likevel at av de 115 dommene mot mindreårige på ubetinget fengsel i 2009 var lengden på straffen i 57 prosent av tilfellene på under 90 dager.⁵² Dette reiser spørsmål om vurdering av lengde på fengselsstraff som betegnet over er et hensiktsmessig vurderingsmoment ved fastleggelsen av hva som betegnes som "alvorlig kriminalitet" når målgruppen til ungdomsstraff også er det som i dag blir idømt ubetinget fengsel.

Det fremgår ikke fra forarbeidene om årsaken til at det i de tilfellene ikke ble idømt samfunnsstraff var fordi de domfelte ikke samtykket til samfunnsstraff eller fordi de ikke oppfylte kravet til "bosted", jf § 28a (1) bokstav c. Da dette også er krav for idømmelse av ungdomsstraff, hadde dette medført at de uansett ikke hadde kvalifisert for en reaksjon i frihet, jf § 28c (1) bokstav c.

Faren med å operere med et krav til lengde på subsidiære fengselsstraff som gjengitt over er at noen lovbrytere kan "falle mellom to stoler". Dersom en kriminell handling vil gi under 1 år i fengsel, men hvor samtidig "hensynet til straffens formål (...) taler mot en reaksjon i frihet" etter § 28a (1) bokstav b vil både samfunnsstraff og ungdomsstraff være utelukket. Samfunnsstraff fordi "straffens formål" utelukker det og ungdomsstraff fordi handlingen ikke oppfylder vilkåret "alvorlig kriminalitet", jf § 28c (1) bokstav b. Reaksjonsformen som da gjenstår vil som hovedregel være ubetinget fengsel, noe som vil være lite rimelig da mer alvorlige straffbare handlinger vil kunne gi en reaksjon i frihet (ungdomsstraff) og dermed virke mindre inngripende for en handling som er mer alvorlig.

⁵¹ Ot.prp. nr.5 (2000-2001) s. 176 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 298

⁵² Prop. 135 L (2010-2011) s. 130-131

Det kan likevel være noe upraktisk da det vanskelig kan tenkes tilfeller der den subsidiære straff er under 1 år, men hvor samtidig "straffens formål (...) taler mot en reaksjon i frihet. Dette fordi lovgiver har sendt signal om at bruken av samfunnsstraff skal utvides og fordi de individualpreventive hensyn av straffens formål, som tilsier en reaksjon i frihet når det gjelder mindreårige, skal være særlig tungtveiende.⁵³

Forarbeidene legger likevel opp til at de som blir idømt kortere ubetingede dommer også skal kunne kvalifisere til ungdomsstraff. Minimumstiden for gjennomføring av ungdomsstraff er satt til seks måneder, jf § 28c (2) bokstav a første setning. Gjennomføringstiden skal fastsettes "(...) uavhengig av den subsidiære utmålte fengselsstraffen(...)." Dette fordi det er i samsvar med alminnelige prinsipper for utmåling av frihetsstraff at reaksjonens varighet er lengre enn ved ubetinget fengselsstraff.⁵⁴ Det betyr at en minimum gjennomføringstid på seks måneder kan idømmes selv om den subsidiære fengselsstraffen er kortere enn seks måneder. Dette innebærer indirekte at ungdomsstraff også kan idømmes der kortere fengselsstraffer enn det som det legges opp til i drøftelsen over.

Dette trenger likevel ikke være avgjørende for tolkningen av ordlyden "alvorlig kriminalitet". Flere straffbare handlinger begått av samme person kan gjøre at ungdomsstraff kan anvendes fordi kriminaliteten betegnes som "gjentatt", jf bokstav b og under. Dette kan kvalifisere til en kortere lengde ubetinget fengsel og således ivareta de forutsetninger som ligger til grunn for drøftelsen omkring gjennomføringstid hva det gjelder lengde på fengsel som kreves for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

På den andre siden kan det oppfattes som en motstand mot at "alvorlig kriminalitet" først konstateres ved minimum ned mot et års fengsel og at grensen derfor ikke bør settes så bastant. Dette gjelder særlig når målgruppen for ungdomsstraff er de som i dag får ubetinget fengsel, uten at det blir presisert nærmere om dette må gjelde ubetinget fengsel av en viss lengde. Når et av formålene bak vedtagelsen av ungdomsstraff var å unngå at mindreårige blir satt i fengsel, tilsier det at forhold må karakteriseres som "alvorlig kriminalitet" der ubetinget fengsel i dag er aktuelt fordi "straffens formål (...) taler mot en reaksjon i frihet, jf henholdsvis strl. §§ 28c (1) bokstav b og 28a (1) bokstav b.

Ordlyden "alvorlig kriminalitet" bør dermed tolkes som brudd på straffebud med strafferamme på fengsel i 3 år eller mer og grovheten må være av en slik karakter at det kvalifiserer til ubetinget fengsel fordi samfunnsstraff ikke kan idømmes da "straffens formål (...) taler mot en reaksjon i frihet", jf § 28a (1) bokstav b. Handlinger som kvalifiserer til streng samfunnsstraff, hvor "straffens formål (således) ikke taler mot en reaksjon i frihet", kan likevel betegnes som "alvorlig kriminalitet" da målgruppen til ungdomsstraff også omfatter de som i dag blir idømt streng samfunnsstraff. Med streng samfunnsstraff menes her de

⁵³ Se oppgavens punkt 2.1 og innledende drøftelse under punkt 3.3.5

⁵⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 130-131

tilfeller som kvalifiserer til samfunnsstraff på 420 timer og der den subsidiære fengselsstraff overstiger 1 år og 2 måneder. Subsidiære fengselsstraffer som overstiger 1 år og 2 måneder vil normalt gi like streng samfunnsstraff som fengselsstraffer på 1 år og 2 måneder da 1 måned normalt skal gi 30 timer samfunnsstraff. For at det fortsatt skal være rom for å benytte den strengeste samfunnsstraffen overfor mindreårige og for at lengre subsidiære fengselsstraffer bør gi en strengere reaksjon er det tilfeller der den subsidiære fengselsstraffen overstiger 1 år og 2 måneder som bør kvalifisere til ungdomsstraff ved å oppfylle vilkåret til "alvorlig kriminalitet".

Denne ordlydsforståelsen innebærer også at tilfeller der det skal pådømmes flere kriminelle handlinger samtidig kan rubriseres som "alvorlig kriminalitet". De kriminelle handlinger som vurderes opp mot ordlyden må likevel kun være de som har en strafferamme på 3 års fengsel eller mer. Lovbrudd som skal pådømmes samtidig og har en strafferamme på mindre enn 3 års fengsel kan ikke tas med i grovhetsvurderingen eller i vurderingen av lengde på subsidiær straff. Dette fordi det etter forarbeidene kun er straffbare handlinger som har strafferamme på fengsel i 3 år eller mer som kan oppfylle kravet til "alvorlig kriminalitet".⁵⁵ Derfor vil det være en omgåelse av forarbeidene om lovbrudd som ikke skal kvalifisere fikk betydning for om vilkåret var oppfylt ved å ha betydning for grovhetsvurderingen eller for vurderingen av lengde på subsidiær straff.

Det kan være naturlig å lese forarbeidene slik at det kun er der det er begått ett lovbrudd at det kan være tale om å ha blitt begått "alvorlig kriminalitet".⁵⁶ Der det hadde blitt begått to eller flere lovbrudd måtte da alltid bli vurdert etter kriteriet "gjentatt (...) kriminalitet", noe som for mange tilfeller er svært unaturlig. Det klareste eksempelet er der det blir begått to eller flere lovbrudd ved en handling (idealkonkurrens). Forarbeidene må dermed leses slik at "alvorlig kriminalitet" også kan foreligge der det har blitt begått flere kriminelle handlinger, noe formuleringene for så vidt heller ikke direkte utelukker.

Ordlyden "gjentatt (...) kriminalitet" tilsier at det må ha blitt begått en rekke lovbrudd.

Etter forarbeidene skal begrepet tolkes vidt, slik at det i en konkret sak vil kunne være tilstrekkelig med to lovbrudd. Dette fordi hensikten med bestemmelsen er å kunne fange opp unge lovbrøyttere på et tidlig stadium for å forhindre en kriminell løpebane, og da kan det konkrete tilfellet tilsi at to forhold er tilstrekkelig.⁵⁷

Skal ordlyden harmonere med den terskel det legges opp til for at et forhold skal kunne kategoriseres som "alvorlig kriminalitet" bør lovbruddene likevel være av en viss alvorlighetsgrad. I hvert fall i de tilfeller bestemmelsen anvendes ved to lovbrudd. Det vil eksempelvis være uhensiktsmessig å idømme ungdomsstraff, med den store ressursbruk og oppfølging gjennomføring av slik straff forutsetter,

⁵⁵ Prop 135 L (2010-2011) s. 164

⁵⁶ Se Prop. 135 L (2010-2011) s. 163-164

⁵⁷ Ibid s. 164

overfor en mindreårig som har gjort seg skyldig i noen få brudd på straffeloven § 391a (naskeri).⁵⁸

At målgruppen reaksjonsformen skal ramme er mindreårige som i dag blir idømt ubetinget fengsel og de strengeste samfunnsstraffer gjør også at lovbruddene som skal kvalifisere til "gjentatt (...) kriminalitet" må være av en viss alvorlighetsgrad.

Sett i sammenheng med at formålet også er å fange opp lovbrutere på et tidlig stadium, for å forhindre en kriminell løpebane, vil det likevel være formålmessig også å reagere med ungdomsstraff i de tilfeller hvor det er begått en rekke lovbrudd av mindre alvorlig karakter, da dette kan være en klar indikator på at en kriminell løpebane er i anmarsj. Men når det er av mer bagatellmessig karakter bør det være en rekke forhold.

Av samme formål bør strafferegisteret kunne brukes som et moment på når det er tale om "gjentatt (...) kriminalitet". Den kriminelle forhistorien vil kunne kaste lys på om lovbruteren er i en kriminell løpebane og således er egnet for ungdomsstraff.

For at ordlyden skal harmonere med ordlyden "alvorlig kriminalitet" kan *det i det minste* slås fast at det er tale om "gjentatt (...) kriminalitet" der lovbruddene er så grove at "straffens formål taler mot en reaksjon i frihet", slik at samfunnsstraff ikke kan idømmes, jf strl. § 28a (1) bokstav b. Der det ikke er tilfelle, men hvor den subsidiære fengselsstraff overstiger 1 år og 2 måneder, er det også tale om "gjentatt (...) kriminalitet".⁵⁹

Ellers bør ordlyden "gjentatt (...) kriminalitet" tolkes som to eller flere straffbare forhold, med den presisering at antallet forhold regulerer grovheten som kreves. Jo færre forhold det er tale om, jo mer alvorlige må forholdene være.

3.3.4 Bokstav c – krav om samtykke og bosted

For det tredje må lovbruteren samtykke til idømmelse av ungdomsstraff og ha "bosted i Norge", jf bokstav c.

Ungdomsstraff bygger på prinsippene for "restorative justice", hvor det er en forutsetning at domfelte er motivert. Det er derfor nødvendig med samtykke. Gyldig samtykke forutsetter at det er frivillig og at domfelte er informert om hva ungdomsstraff innebærer. Foreldre eller verge må også samtykke.⁶⁰

Lovbruteren må ha "bosted i Norge". Etter forarbeidene er det ikke et vilkår at vedkommende er norsk statsborger, men "bosted" må forstås som at bosettingen

⁵⁸ Se oppgavens punkt 3.2 om innholdet i ungdomsstraff

⁵⁹ Sammenlign med konklusjonen om hvordan ordlyden "alvorlig kriminalitet" bør forstås over. Forskjellen er at det her ikke er noe krav til strafferamme på lovbruddene.

⁶⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

må ha "(...) vært av en viss varighet og er ment til å vare ved en viss tid". Dette fordi det kreves en del aktivitet av domfelte under straffegjennomføringen.⁶¹ Hva som ligger i "en viss varighet og er ment til å vare en viss tid" er ikke nærmere presisert annet enn at det skal forstås ut i fra begrepet "bosted".

At bosetningen "er ment til å vare en viss tid" er naturlig da det kreves en del aktivitet av domfelte under straffegjennomføringen. Minimumstiden for bosetningen må dermed antas i det minste å være lengden på gjennomføringstiden av straffen retten etter (2) bokstav a fastsetter.

At bosetningen vil vare i tidsrommet gjennomføringstiden settes til bør kunne fastslås med stor sikkerhet. Mindreårige asylsøkere hvor fremtidig opphold er usikkert bør dermed i utgangspunktet være uegnet for ungdomsstraff. En annen omstendighet er at asylsøkere som begår straffbare handlinger står i større fare for ikke å få opphold, slik at en reaksjon som består i stor ressursbruk virker u hensiktsmessig dersom vedkommende uansett vil bli utvist etter gjennomført straff.⁶²

At manglende tilknytning kan være grunn for at reaksjon i frihet ikke kan idømmes er LA-2011-187926 (Agder Lagmannsrett) et eksempel på. En utenlandsk gutt på 15 år og 2 måneder på gjerningstiden ble funnet skyldig i overfallsvoldtekt. For idømmelse av samfunnsstraff er det et tilsvarende vilkår som etter bokstav c om "bosted i Norge", jf strl. § 28 a (1) bokstav c. Retten uttaler at samfunnsstraff er uaktuelt fordi "(...) domfelte ikke har fast bopel i Norge (...)." Harmonibetraktninger taler for at det samme må gjelde etter § 28c (1) bokstav c når ordlyden er lik. Manglende tilknytning og usikkerhet omkring fremtidig opphold kan dermed være grunn god nok til å ikke idømme ungdomsstraff.

At oppholdet i Norge må ha "vært av en viss varighet" er ikke uten videre naturlig i relasjon til forutsetningene for å kunne gjennomføre en ungdomsstraff. I forarbeidene presiseres det at "(...) utfordringer knyttet til flerkulturell- og flerspråklig bakgrunn ikke skal være diskvalifiserende."⁶³ Utfordringer knyttet til språk og kultur kunne nettopp vært en naturlig forklaring på hvorfor oppholdet må ha "vært av en viss varighet", da en straffegjennomføring som krever mye av den enkelte til en viss grad forutsetter noe kjennskap til dette.

Fordi det er et tilsvarende krav til "bosted i Norge" for at samfunnsstraff kan anvendes, kan veiledning for anvendelse av dette vilkåret i § 28c (1) søkes i forarbeidene til strl. § 28a (1) bokstav c.

Etter forarbeidene til strl. § 28a (1) bokstav c er det "(a)v hensyn til muligheten til å føre kontroll og behovet for å kunne avhente en domfelt som ikke møter til gjennomføringen (...)" at det er et krav om at domfelte er bosatt i Norge.⁶⁴ Tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende ved gjennomføringen av ungdomsstraff. Det er også et krav for å kunne idømme samfunnsstraff at bosetningen må ha vært av en viss varighet og er ment til å vare en viss tid. Det er likevel ikke

⁶¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

⁶² Se utlendingsloven §§ 28 og 66-68

⁶³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115

⁶⁴ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 127

presisert nærmere hvorfor bosetningen må ha vart en stund og hvor lenge dette må ha vært.⁶⁵

I forarbeidene til straffeloven 2005 fremgår det av kommentarene til ordlyden "bosted i Norge" i § 5 (1) bokstav b, om straffelovgivningens anvendelse på handlinger i utlandet, at det "(...) kreves et opphold i riket av en viss varighet (normalt ikke mindre enn ett år)(...)." Uttrykket "bosted i Norge" er kun ment til å erstatte uttrykket "hjemmehørende" i straffeloven av 1902 og tar ikke sikte på noen realitetsendring.⁶⁶

Hensynet til en helhetlig og lik tolkning og bruk av vilkår i straffeloven tilsier dermed at bosetningen må ha vart i minimum ett år også for å kunne kvalifisere til ungdomsstraff.

Ordlyden "bosted i Norge" bør dermed tolkes som at oppholdet i Norge må ha vart en stund, normalt over et år og er ment til å vare en stund, minimum lengden på gjennomføringstiden for ungdomsstraff. Videre bør det kunne fastslås med stor sikkerhet at domfelte vil være hjemmehørende i Norge under gjennomføringstiden.

3.3.5 Bokstav d – anvendelsesområdets begrensning oppad

For det fjerde må "hensynet til straffens formål ikke med tyngde tale(r) mot en reaksjon i frihet", jf (1) bokstav d.

Etter forarbeidene skal vilkåret trekke den øvre grensen for ungdomsstraffens anvendelsesområde, opp mot ubetinget fengsel. Ordlyden "med tyngde" skal understreke den høye terskelen for at ubetinget fengsel heller idømmes.⁶⁷

Ordlyden "straffens formål" henspeler til de hensyn som ligger til grunn for hvorfor ulike handlinger er sanksjonert med straff. Formålet med å straffe er "(...) å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig."⁶⁸

Straffen skal styre adferd i fremtiden ved å virke allmennpreventiv og individualpreventiv. Med allmennpreventiv menes at straffen skal virke avskrekkende på befolkningen, slik at de avstår fra å begå kriminelle handlinger. Med individualpreventiv menes at straffen skal virke avskrekkende på den enkelte slik at vedkommende avstår fra å begå kriminelle handlinger i fremtiden.⁶⁹

Etter forarbeidene må "(...) de individualpreventive hensyn veie meget tungt ved straffutmålingen (når lovbrøteren er barn). For at straffen skal ha

⁶⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 95

⁶⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 402

⁶⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

⁶⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77

⁶⁹ Ibid s. 78 -79

individualpreventiv virkning, må straffereaksjonen ta sikte på å gjøre noe med de av barnets problemer som en vet øker risikoen for ny kriminalitet.”⁷⁰ Når tilbakefallet til kriminalitet er høyt for mindreårige lovbrøyttere som soner fengselsstraff⁷¹, tilsier det at fengselsstraff ikke er ”egnet til å gjøre noe med de av barnets problemer som øker risikoen for ny kriminalitet.” Det er dermed ikke individualpreventivt å sette mindreårige i fengsel.

Fordi de individualpreventive hensyn er meget tungtveiende ved straffutmålingen er ”straffens formål” best ivaretatt dersom straffereaksjonene foregår i frihet. Dette innebærer ikke at hensynet til allmennprevensjon eller hensynet til samfunnsvern ikke er en del av ”straffens formål”. Men fordi vektleggingen av individualprevensjon, som her tilsier en reaksjon i frihet, er så fremtredende og skal vektlegges mer enn hensynet til allmennprevensjon og samfunnsvern, betyr det at straffens formål i utgangspunktet tilsier at reaksjoner mot mindreårige skal foregå i frihet.

Ordlyden ”med tyngde” tilsier da at de hensyn som begrunner en reaksjon som ikke skal være frihet, som allmennprevensjon og hensynet til samfunnsvern, må være særlig tungtveiende for at ungdomsstraff ikke skal være aktuell. Og enda mer tungtveiende enn ordlyden isolert sett skulle tilsi da ”straffens formål” også i utgangspunktet, basert på fokuset på individualprevensjon, tilsier at straffereaksjoner mot mindreårige skal foregå i frihet.

Om ”straffens formål med tyngde” gjør at ungdomsstraff ikke kan idømmes må etter forarbeidene bero på en skjønsmessig helhetsvurdering der ”(...) lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risikonivå (er) elementer i den individuelle vurderingen av om den enkelte ungdom er egnet til å gjennomføre ungdomsstraff.”⁷²

Det legges dermed opp til en individuell vurdering av personlig egnethet som har store likheter med en tradisjonell straffutmålingsvurdering.⁷³

En vurdering av lovbruddets art er i stor grad en objektiv vurdering. Etter bokstav b, som representerer ungdomsstraffens nedre terskel, fastslår forarbeidene at straffebed som utgjør ”alvorlig kriminalitet” må ha en strafferamme på fengsel i 3 år eller mer.⁷⁴ Videre begrenses normalt anvendelsesområdet for ungdomsstraff oppad ved forbrytelser som drap eller alvorlige seksuallovbrudd.⁷⁵ Forsettelig/overlagt drap og alvorlige seksuallovbrudd kan straffes med fengsel inntil 21 år, jf henholdsvis straffeloven §§ 233 (2) og 195 (3). Selv om det etter forarbeidene ikke oppstilles noen begrensning med hensyn til strafferamme kan det likevel sies at en forbrytelse som etter sin art kan kvalifisere til ungdomsstraff *som hovedregel* har en

⁷⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 102

⁷¹ Ibid s. 12

⁷² Ibid s. 115

⁷³ Se oppgavens punkt 2.2 siste avsnitt

⁷⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

⁷⁵ Ibid s. 115

strafferamme på minimum fengsel i 3 år og opp til forbrytelser som ikke en strafferamme på fengsel i 21 år.

Det må likevel tas med i betraktning at ordlyden "gjentatt (...) kriminalitet" i bokstav b åpner for at en rekke brudd på bestemmelser med strafferamme på mindre enn 3 års fengsel kan gjøre at loven kommer til anvendelse. Hva som etter lovbruddets art kvalifiserer til ungdomsstraff etter bokstav d må dermed også ses i forhold til dette.

En vurdering av lovbruddets grovhet må gjøres konkret. Hvor grovt et lovbrudd er vil ofte være styrende for hvor sterke allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende og for om dom på ungdomsstraff er forsvarlig. Men selv om et lovbrudd er forøvd på en grov måte og det således foreligger sterke allmennpreventive hensyn som tilsier fengselsstraff, må det tas med i vurderingen at individualpreventive hensyn og hensynet til barnets beste i utgangspunktet veier tyngre og at idømmelse av fengselsstraff derfor starter i motbakke.

Ved vurderingen av alder er det naturlig at hensynet til individualprevensjon veier tyngre desto nærmere 15 år den mindreårige er. Dette støttes opp av uttalelsen i Rt-2010-1313 om at "(j)o yngre barnet er, desto mer må til" av tungtveiende allmennpreventive hensyn for at en reaksjon i fengsel kan idømmes, jf avsnitt 15.⁷⁶

Konkrete behov en domfelt har vil i utgangspunktet kunne ivaretas bedre ved dom på ungdomsstraff, hvor gjennomføringen bærer preg av å være skreddersydd for den enkelte lovbrøyer.⁷⁷

En vurdering av risikonivå må bero på om den mindreårige er skikket til å gjennomføre en reaksjon i frihet. Der det er stor fare for ny kriminalitet ved reaksjon i frihet vil ungdomsstraff normalt sett ikke være en egnet straffutmåling.⁷⁸

Om "hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet" må dermed avgjøres etter en skjønnsmessig helhetsvurdering som har store likhetstrekk med en tradisjonell straffutmålingsvurdering. Som følge av den store fremhevingen og vektleggingen av individualpreventive hensyn skal det svært mye til før "straffens formål (...) med tyngde taler mot en reaksjon i frihet."

3.3.6 Andre ledd

Etter (2) bokstav a første setning skal retten fastsette "(e)n gjennomføringstid (på) mellom seks måneder og to år".

⁷⁶ Se oppgavens punkt 4.1 og 4.2 for hvorfor dommen har overføringsverdi til vilkåret

⁷⁷ Se oppgavens punkt 3.1.1. om ungdomsstraffens innhold

⁷⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115

Etter forarbeidene skal lengden på gjennomføringstiden avgjøres etter en "(...) helhetsvurdering der barnets individuelle behov, lovbruddets art og grovhet inngår som momenter."⁷⁹

I tilfelle brudd på vilkår skal det etter (2) bokstav b utmåles en subsidiær fengselsstraff. Det presiseres i forarbeidene at gjennomføringstiden etter (2) bokstav a første setning "(...) skal fastsettes uavhengig av den subsidiære fengselsstraffen (...)." ⁸⁰ Varigheten vil som regel være lenger enn ved ubetinget fengselsstraff. Dette fordi det er "i samsvar med alminnelige prinsipper for utmåling av frihetsstraffer" og fordi mange av tiltakene må gå over en viss tid for å ha effekt.⁸¹

Dette skiller seg fra utmåling av gjennomføringstid for samfunnsstraff "som normalt skal svare til den subsidiære fengselsstraffen", jf § 28a (3) bokstav c.

Etter (2) bokstav a andre setning kan en gjennomføringstid på inntil 3 år fastsettes dersom "den fengselsstraff som ville ha blitt idømt uten ungdomsstraff er klart lengre enn to år."

Grunnen til at departementet ønsket å ha med denne utvidelsen var at det ville være uheldig å ekskludere barn fra ungdomsstraff i tilfeller hvor fengselsstraffen ville ha blitt klart lengre enn to år, gitt at en "(...) helhetsvurdering for øvrig tilsier at ungdomsstraff er en passende reaksjon."⁸²

Det er noe motstridende at forarbeidene i tilknytning til første setning uttaler at gjennomføringstiden fastsettes uavhengig av den subsidiære fengselsstraffen, når vilkåret for utvidelse av gjennomføringstiden inntil 3 år i andre setning er at den subsidiære fengselsstraffen klart overstiger to år.

Harmonibetraktninger tilsier at lengden på den subsidiære fengselsstraff inngår som et moment i vurderingen av lengden på gjennomføringstiden. Dette kan ytterligere støttes opp av at forarbeidene også uttaler at fastsettelsen av gjennomføringstiden etter (2) bokstav a første setning beror på en helhetsvurdering, der lovbruddets art og grovhet inngår som momenter.⁸³ Lengden på subsidiær fengselsstraff fastsettes nettopp blant annet ut ifra lovbruddets art og grovhet, slik at momentene som vurderes etter fastsettelsen av gjennomføringstiden er sammenfallende. Meningen til forarbeidene synes å være at det ved kortere subsidiære straffer kan fastsettes en gjennomføringstid som ikke sammenfaller med varigheten av den subsidiære straffen, for at oppfølgingen i ungdomsstraff skal ha best mulig effekt. Vurderingsmomentene vil likevel være sammenfallende, selv om det må differensieres på dette punkt.

⁷⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 165

⁸⁰ Ibid s. 130

⁸¹ Ibid s. 131

⁸² Ibid s. 131

⁸³ Ibid s. 164-165

Etter (2) bokstav b første setning skal en "subsidiær fengselsstraff, som skal svare til den fengselsstraff som ville ha blitt idømt uten ungdomsstraff" fastsettes. Dette innebærer også at den minste subsidiære straff er 14 dager fordi rammene på den subsidiære straff må tilsvare rammene for den fengselsstraff som ellers ville ha blitt idømt, jf strl. § 17 (1) bokstav a.⁸⁴

Etter (2) bokstav b andre setning fremgår det at § 25 gjelder tilsvarende ved fastsetting av subsidiær fengselsstraff. Dette innebærer at subsidiær frihetsstraff inntil 4 måneder fastsettes i dager og subsidiær frihetsstraff over 4 måneder fastsettes i måneder og år, jf strl. § 25.

4. Rettspraksis

4.1 Relevansen av rettspraksis for en bestemmelse som enda ikke er trådt i kraft

Ungdomsstraffens målgruppe er de som i dag blir idømt ubetinget fengsel og streng samfunnsstraff.⁸⁵ Dommer som har utmålt slik straff vil dermed kunne gi veiledning til hvilke tilfeller som kan kvalifisere til ungdomsstraff og gi et inntrykk av hvilket nivå ungdomsstraff ligger på i forhold til de tilstøtende straffarter.

Forarbeidene til bestemmelsen om ungdomsstraff presenterer også flere sentrale dommer for grensegangen mellom ubetinget fengsel og samfunnsstraff, med hentydning til at ungdomsstraff kunne ha vært en passende straffart i slike tilfeller.⁸⁶

4.2 Sentralt for vurderingen om ubetinget fengsel eller samfunnsstraff skal idømmes – betydningen for idømmelse av ungdomsstraff

Bestemmende for om domfellelsen skal lyde på samfunnsstraff eller ubetinget fengsel har i de siste års rettspraksis vært vurderingsmomentene som fremkom av Rt-2010-1313.⁸⁷

Som følge av den senere tids utvidede bruk av samfunnsstraff og FN's Barnekonvensjons bestemmelser om barnets beste og bruk av frihetsberøvelse som siste utvei, falt Høyesterett ned på at strl. § 28a (1) bokstav b må tolkes og anvendes med dette som bakgrunn, jf barnekonvensjonen artikkel 3, 37 b og 40. Dette innebærer at "(d)er domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves (...) tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger

⁸⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 165

⁸⁵ Ibid s. 114

⁸⁶ Se eksempelvis Prop. 135 L (2010-2011) s. 115-116

⁸⁷ Se eksempelvis Rt-2010-1317, Rt-2011-206, Rt-2012-34, Rt-2012-1322 og Rt-2013-67

særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff.”⁸⁸

Dette betyr at følgende må være tilfelle for at ubetinget fengsel kan idømmes fremfor samfunnsstraff: For det første må allmennpreventive hensyn veie tyngre enn hensynet til individualprevensjon eller hensynet til barnets beste. Her må de allmennpreventive hensyn være særlig tungtveiende. For det andre må ikke de allmennpreventive hensyn kunne ivaretas med en reaksjon i frihet.⁸⁹

Bestemmelsen om ungdomsstraff har tilsvarende vilkår som samfunnsstraff i § 28a (1) bokstav b med den forskjell at hensynet til straffens formål ikke ”med tyngde” må tale mot en reaksjon i frihet for at ungdomsstraff kan idømmes, jf § 28c (1) bokstav d. Da vilkåret i bestemmelsene bortsett fra dette er like, tilsier harmonibetraktninger at de samme vurderingsmomenter kan anvendes.

Fordi de samme vurderingsmomenter kan anvendes og fordi vilkåret i bestemmelsen om ungdomsstraff representerer straffartens begrensning oppad mot ubetinget fengsel blir spørsmålet derfor hvilken betydning vurderingsmomentene i Rt-2010-1313 får for skillet mellom når ubetinget fengsel eller ungdomsstraff skal idømmes.

Selv om Rt-2010-1313 ble avsagt før lovendringen 20. januar 2012 som utvider adgangen til bruk av samfunnsstraff overfor mindreårige, og selv om nyere rettspraksis betegner dommen som et normalt tilfelle og ikke lenger et ytterpunkt (Rt-2013-67 avsnitt 17), er vurderingsmomentene fortsatt høyst aktuelle – også med overføringsverdi til anvendelsesområdet for ungdomsstraff. Dette fordi forarbeidene til lovendringen henviser til vurderingsmomentene i lys av drøftelsen av begrepet ”med tyngde” og fordi Rt-2013-67 normaliserer dommen ut i fra typetilfelle, og har ikke innvendinger mot vurderingsmomentene som de for så vidt slutter seg til, jf avsnitt 14.⁹⁰

Da straffens formål ”med tyngde” må tale mot en reaksjon i frihet må de allmennpreventive hensyn være enda mer tungtveiende enn for skillet mellom ubetinget fengsel og samfunnsstraff hvor det kun er tale om at ”straffens formål (...) (må) tale(r) mot en reaksjon i frihet”, jf § 28a (1) bokstav b. Dette innebærer at de allmennpreventive hensyn må være enda mer tungtveiende enn særlig tungtveiende. Videre kan sterkere allmennpreventive hensyn ivaretas ved en dom på ungdomsstraff enn samfunnsstraff da ungdomsstraff er en strengere straffart.

Den meget høye terskel dommen tolket i samsvar med bestemmelsen om ungdomsstraff legger opp til stemmer dermed godt med den terskel bestemmelsen etter ordlyden må tolkes til å ha.⁹¹

⁸⁸ Se dommens avsnitt 9-15

⁸⁹ Se Ingun Fornes, Bruk av samfunnsstraff overfor barn nye tendenser i Høyesteretts praksis, s. 96

⁹⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115

⁹¹ Se oppgavens punkt 3.3.5 om § 28c (1) bokstav d

4.3 Dommer på ubetinget fengsel – kunne ungdomsstraff vært idømt?⁹²

For å se om ungdomsstraff hadde vært en aktuell straffart å anvende ved tilfeller der mindreårige ble idømt ubetinget fengsel, er det vilkåret som regulerer ungdomsstraffens grense oppad som er aktuelt, jf strl. § 28c (1) bokstav d. At det i her er tale om "gjentatt eller alvorlig kriminalitet" er derfor ikke problematisk, jf § 28c (1) bokstav b.

I LB-2011-39351 (Borgarting lagmannsrett) ble tiltalte som var 17 år og 6 mnd på tidspunktet for ugjerningene dømt til fengsel i to år, hvorav ett år betinget med en prøvetid på tre år, for grovt ran (hjemmeran) og legemsbeskadigelse begått under særdeles skjerpene omstendigheter, jf strl. §§ 268 (2), jf 267 (1) og 229 andre straffalternativ, jf 232.

Lagmannsretten så dette tilfellet som grovere enn tilfellet i Rt-2010-1313 og Rt-2011-206, hvor samfunnsstraff ble idømt for henholdsvis fem ran og et ransforsøk og grovt ran og frihetsberøvelse. Sammenholdt med at vedkommende ikke var i noen rehabiliteringssituasjon kunne samfunnsstraff ikke anvendes.

Avgjørende for om ungdomsstraff kunne vært idømt i dette tilfellet er om "hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet", jf strl. § 28c (1) bokstav d.

Grove integritetskrenkelser utløser sterke allmennpreventive hensyn. Særlig når det er gjort på en så utspekulert måte som her. Tilfeller som utløser allmennpreventive hensyn som veier tyngre enn hensynet til individualprevensjon hva det gjelder mindreårige ligger oppimot gjentatte grove lovbrudd eller grove seksualforbrytelser og drap. Her er lovbruddene som er begått grove. Vedkommende ble også domfelt for grovt tyveri og trusler for handlinger begått dagen etter ranet og legemsbeskadigelsen (rettskraftig avgjort i tingretten), slik at det til en viss grad kan sies å foreligge gjentatt grov kriminalitet.

At domfelte hadde begått ny kriminalitet etter denne saken, eller i hvert fall var domfelt i en instans for et forhold og siktet for et annet forhold, gjorde at han ikke var i noen rehabiliteringssituasjon og ikke hadde orientert seg bort fra sitt tidligere kriminelle miljø. I den skjønsmessige vurderingen vilkåret legger opp til er det et moment om den domfelte står i stor fare for å begå ny kriminalitet ved en reaksjon i frihet. Da vil ungdomsstraff normalt være utelukket. Her er det klare indikasjoner på at domfelte vil begå ny kriminalitet ved en reaksjon i frihet.

Det må også tas hensyn til at ubetinget fengsel først kan idømmes der det er "særlig påkrevd", jf strl. § 18. Bestemmelsen innebærer at ubetinget fengsel, med unntak for svært grove tilfeller, som hovedregel bare kan idømmes der andre

⁹² Se oppgavens punkt 3.3.5 om § 28c (1) bokstav d for veiledning om hvordan punktets aktuelle bestemmelse bør tolkes og forstås

reaksjonsformer er prøvd og funnet uhensiktsmessige.⁹³ Fra dommen fremgår det ingenting om at domfelte tidligere er straffet, slik at andre reaksjonsformer tidligere ikke kan ha vært prøvd.

Sammenholdt med at tilfellet må sies å være i nedre sjikt av gjentatt grov kriminalitet da de grove forholdene ble begått i løpet av to dager, og forholdene som ble rettskraftig avgjort i tingretten ikke er så grove som de forholdene som ble behandlet i lagmannsretten taler ikke "hensynet til straffens formål (...) med tyngde (...) mot en reaksjon i frihet", jf strl. § 28c (1) bokstav d.

Ungdomsstraff kunne dermed vært idømt i dette tilfellet.

I Rt-2013-67 kom Høyesterett til at ubetinget fengselsstraff var "særlig påkrevd" for tiltalte som var mellom 17 år og 2 måneder og 17 år og 7 måneder da de straffbare handlinger ble begått, jf strl. § 18. Domfellelsen gjaldt tre overtredelser av strl. § 229 første straffealternativ, jf § 232, én overtredelse av strl. § 229 andre straffealternativ, to legemsfornærmelser, et tilfelle av trusler og salg av 500 hasj, samt noen andre forhold av mindre alvorlighetsgrad. Fengselsstraffen ble utmålt til 1 år og 6 måneder, hvorav 6 måneder betinget med en prøvetid på 2 år.

Fengselsstraff ble ansett påkrevd fordi det var tale om eskalerende, gjentatt og alvorlig kriminalitet. Tiltalte var også tidligere domfelt for lignende kriminalitet og var ikke i noen rehabiliteringssituasjon. Høyesterett uttaler at "(...) hans kriminelle utvikling later til å ha kommet til et punkt hvor det – av såvel individual- og allmennpreventive grunner som ut fra hensynet til samfunnsvernet – er påkrevd med den skarpere markering som ligger i en dom på ubetinget fengselsstraff."⁹⁴

Høyesterett går muligens noe for langt når de mener at individualpreventive hensyn overfor en mindreårig taler for fengselsstraff. Etter forarbeidene og tidligere rettspraksis er det aldri individualpreventivt overfor barn å bli satt i fengsel, da dette ikke er til barnets beste og ikke er egnet til å forhindre ny kriminalitet.⁹⁵ Fengsling av barn kan først forsvares der det begrunnes med at de allmennpreventive hensyn og hensynet til samfunnsvern er så tungtveiende at de utveier hensynet til individualprevensjon.⁹⁶

Avgjørende for om ungdomsstraff kunne vært idømt her er om "hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet", jf strl. § 28c (1) bokstav d.

⁹³ Se oppgavens punkt 2.2 om bruk av ubetinget fengsel overfor mindreårige lovbrøyttere

⁹⁴ Rt-2013-67 avsnitt 19

⁹⁵ Se Prop. 135 L (2010-2011) s. 102, Rt-2010-1313 og punkt 3.3.5 om strl. § 28c (1) bokstav d

⁹⁶ Se vurderingsmomentene som fremkom av Rt-2010-1313 presentert i punkt 4.2

Den type kriminalitet det her er tale om utløser sterke allmennpreventive hensyn da den er grov og gjentatt. Samfunnet har også et klart behov for vern mot slike personer.

Samtidig er de individualpreventive hensyn, som for mindreårige utelukkende tilsier en reaksjon i frihet, særdeles tungtveiende. Selv om de straffbare handlinger er alvorlige er de ikke av de groveste, som de i utgangspunktet må være dersom de skal utløse så sterke allmennpreventive hensyn som må til for å utveie de individualpreventive.

At domfelte ikke er i noen rehabiliteringssituasjon og således står i fare for å begå ny kriminalitet dersom en reaksjon i frihet velges må få stor betydning. At han under behandlingen i Høyesterett satt varetektsfengslet på grunn av å ha erkjent ny voldskriminalitet forsterker et bilde av at faren for at det begås ny kriminalitet er stor.

Fordi det er tale om gjentatt og alvorlig kriminalitet og med avgjørende vekt på at det er stor sannsynlighet for at domfelte vil begå ny kriminalitet dersom en reaksjon i frihet velges, taler "hensynet til straffens formål (...) med tyngde mot en reaksjon i frihet", jf § 28c (1) bokstav d.

Ungdomsstraff kunne dermed ikke vært idømt i dette tilfellet.

4.4 Dommer på samfunnsstraff - kunne ungdomsstraff vært idømt?⁹⁷

Der retten har utmålt samfunnsstraff taler "hensynet til straffens formål ikke (...) mot en reaksjon i frihet", jf strl. § 28a (1) bokstav b. Hensynet til straffens formål vil dermed heller ikke "med tyngde" tale mot en reaksjon i frihet, jf § 28c (1) bokstav d. Det avgjørende for om samfunnsstrafftilfellene vil kvalifisere til ungdomsstraff er derfor om de eller det straffbare forhold er "gjentatt eller alvorlig kriminalitet", jf § 28c (1) bokstav b.

I LB-2012-98902 (Borgarting lagmannsrett) ble en gutt på rundt 17 år på gjerningstiden, idømt 300 timer samfunnsstraff, subsidiært fengsel i 10 måneder. Straffen var i hovedsak for to tilfeller av utpressing, ett tilfelle av farlig kjøring og legemsfornærmelse med særlig farlig redskap i forbindelse med dette. Domfellelsen gjaldt også en rekke andre forhold, eksempelvis overtredelse av strl. § 257 og overtredelse av strl. § 270 (1) nr. 1, jf (2), jf § 49.

For om det i dette tilfellet kunne vært idømt ungdomsstraff blir det avgjørende om de straffbare handlinger kan kategoriseres som "gjentatt (...) kriminalitet", jf § 28c (1) bokstav b.

På bakgrunn av den subsidiært utmålte straffen kan forholdet ikke betegnes som "gjentatt (...) kriminalitet".⁹⁸

⁹⁷ Se oppgavens punkt 3.3.3 om § 28c (1) bokstav b for veiledning om hvordan punktets aktuelle bestemmelse bør tolkes og forstås

⁹⁸ Se oppgavens punkt 3.3.3 om ordlyden "gjentatt (...) kriminalitet"

Fordi det er tale om en rekke lovbrudd, hvorav flere er av alvorlig karakter, er det nærliggende å anta at domfelte er kommet inn i en kriminell løpebane, eller i det minste er på vei inn i en kriminell løpebane. Vedkommende er dermed i målgruppen både etter vilkåret og for straffarten generelt. Sammenholdt med at en rekke lovbrudd begått over tid naturlig omfattes av ordlyden "gjentatt", er det her tale om "gjentatt (...) kriminalitet".

Ungdomsstraff kunne dermed vært idømt i dette tilfellet.

I LA-2012-147960 (Agder Lagmannsrett) ble en gutt på 16 år og 11 måneder på gjerningstiden dømt til 420 timers samfunnsstraff, subsidiært fengsel i 2 år og 6 måneder, for voldtekt av en ung jente, jf strl. § 192 (1) bokstav b, jf (2) bokstav a.

Avgjørende for om det her kunne vært idømt ungdomsstraff er om det er tale om "alvorlig kriminalitet", jf § 28c (1) bokstav b.

Siden strafferammen for voldtekt er fengsel i 3 år eller mer og den subsidiært utmålte straff overstiger fengsel i 1 år og 2 måneder er det her begått "alvorlig kriminalitet".⁹⁹

Ungdomsstraff kunne dermed vært idømt i dette tilfellet.

5. Konklusjon

Oppgaven viser at det er en forholdsvis høy terskel for anvendelse av ungdomsstraff. Dette harmonerer med at det skal være en streng straffart.¹⁰⁰

Gjennomgangen av rettspraksis viser at ungdomsstraff kan anvendes på tilfeller hvor det i dag blir idømt ubetinget fengsel. Færre mindreårige vil dermed i utgangspunktet måtte sone fengselsstraffer, noe som gjør straffarten egnet til å oppfylle noe av formålet med hvorfor den ble vedtatt.¹⁰¹

Samtidig viser gjennomgangen at ungdomsstraff også kan anvendes der det i dag blir idømt streng samfunnsstraff. Unge lovbryttere vil dermed i større utstrekning kunne få bedre oppfølging og ha større mulighet til å komme seg ut av en kriminell løpebane – i tråd med noe av grunnen til at straffarten ble vedtatt.¹⁰²

Deler av bestemmelsen kunne likevel med fordel vært annerledes. De beste grunner taler for at ungdomsstraff burde kunne idømmes der det skal avsies en felles dom for kriminelle handlinger begått før og etter fylte 18 år, hvor de kriminelle handlinger begått etter fylte 18 kun er av bagatellmessig karakter.¹⁰³

⁹⁹ Se oppgavens punkt 3.3.3 om hvordan ordlyden "alvorlig kriminalitet" bør forstås

¹⁰⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115

¹⁰¹ Se oppgavens punkt 1.1

¹⁰² Se oppgavens punkt 1.2

¹⁰³ Se oppgavens punkt 3.3.2

6. Litteraturliste

Lover:

- *Grunnloven* (Grl.) – Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
- *Straffeloven* (strl.) – Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10.
- *Straffeprosessloven* (strpl.) – Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
- *Konfliktrådsloven* (konfrådl.) – Lov 15. mars 1991 nr. 3 om megling i konfliktråd.
- *Lov om endringer i straffeloven mv. (samfunnstjeneste)* – Lov 15. mars 1991 nr. 4.
- *Menneskerettsloven* (mnskr.) – Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
- *Straffegjennomføringsloven* (strgjfl.) - Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (Her med fordi den var endringslov til straffeloven 1902 § 28a.)
- *Straffeloven 2005* (strl. 2005) - Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff. (ikke ikrafttrådt)
- *Utlendingsloven* (utlendl.) – Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.
- *Lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)* – Lov 20. januar 2012 nr. 6.

Forarbeider:

- *Ot.prp. nr. 5 (2000-2001)*. Om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).
- *Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)*. Om lov om straff (straffeloven).
- *NOU-2008-15*. Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll.
- *Prop. 135 L (2010-2011)*. Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).
- *Innst. 83 L (2011-2012)*. Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).

Rettpraksis:

Høyesterett:

- Rt-1992-833
- Rt-2003-1455
- Rt-2004-804
- Rt-2010-1313
- Rt-2010-1317
- Rt-2011-206
- Rt-2012-1322
- Rt-2013-67

Lagmannsrettene:

- LA-2011-187926
(Agder lagmannsrett)
- LB-2011-39351
(Borgarting lagmannsrett)
- LB-2012-98902
(Borgarting lagmannsrett)
- LA-2012-147960
(Agder lagmannsrett)

Litteratur:

- *Andenæs, Johs. (2004): Alminnelig strafferett.* 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 4. opplag 2010. Universitetsforlaget AS, Oslo.
- *Fornes, Ingun (2012): Bruk av samfunnsstraff overfor barn nye tendenser i Høyesteretts praksis.* Lov og Rett, 2012 nr. 2, s. 87-103.

Annet:

- *FNs Barnekonvensjon* – De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. November 1989 om barnets rettigheter.
- *Holmboe, Morten (2012): Merknad for alle - lov-19020522-010 § 18.* Merknad til straffeloven 1902 § 18, datert 02.06.2012, www.lovdato.no. Link: http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftzsok?bas=nl&emne1=straffelov*&button=S%F8k&sok=fast. Hentet 03.04.2012.
- *Kongelig resolusjon av 20. Januar 2012 nr. 41* med hjemmel i lov av 20. Januar 2012 nr. 6 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff) del XIII
- *Matningsdal, Magnus (2012): Note (535).* Lovkommentar til straffeloven 1902 § 55, www.rettsdata.no. Link: <http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19020522z2D10z2EzA755>. Hentet 14.04.2013.
- *Ukjent (Ukjent): Historisk dom om ungdomsstraff* (Kilde: Konfliktrådet). Det kriminalitetsforebyggende råd (KRÅD). Link: www.krad.no/nyhetsarkiv/443-historisk-dom-om-ungdomsstraff. Hentet 29.04.2013.