

Når omsorgspersoner begår kriminalitet

Hvilke retningslinjer finnes i rettskildene for vektleggingen av hensynet til barnets beste i straffutmålingen?

Kandidatnummer: 22

Antall ord: 14 836



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	2
1.1 Presentasjon og problemstilling.....	2
1.2 Presisering og avgrensning.....	3
1.3 Rettskildesituasjon og metode	4
1.4 Fremstillingen videre	5
2 Sentrale hensyn	6
2.1 Hensynet til barnets beste i FNs barnekonvensjon og i Grunnloven.....	6
2.2 Hva innebærer hensynet til barnets beste?.....	7
2.3 Hensyn bak straff.....	9
2.4 Barnevernets og kriminalomsorgens forpliktelser til å ivareta hensynet til barnets beste der omsorgspersonen dømmes til fengselsstraff	10
3 Retningslinjer for straffutmålingen i loven	12
3.1 Utgangspunkter for straffutmålingen	12
3.2 Straffereaksjonene.....	13
3.3 Skjerpene og formildende omstendigheter - straffeloven §§ 77 og 78.....	14
3.4 Hensynet til barnets beste som formildende omstendighet.....	15
4 Retningslinjer i rettspraksis – en analyse av Høyesteretts praksis	17
4.1 Vektlegging av hensynet til barnets beste før FNs barnekonvensjon og Grunnloven § 104.....	17
4.2 Økonomisk kriminalitet	18
4.3 Voldskriminalitet	23
4.4 Narkotikakriminalitet	30
5 Oppsummerende refleksjoner	38
5.1 Dagens rettsstilstand.....	38
5.2 Utviklingstrekk	39
5.3 Bør hensynet til barnets beste lovfestes i straffeloven? En rettspolitisk vurdering	41
Kilderegister	44

1 Innledning

1.1 Presentasjon og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er hensynet til barnets beste når barnets omsorgspersoner begår straffbare handlinger. Problemstillingen er hvilke retningslinjer rettskildene oppstiller for vektleggingen av hensynet til barnets beste i straffutmålingen.

Det følger av FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven (mrl.) § 2, at

«[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

Grunnloven § 104 andre ledd inneholder en lignende formulering, som fastsetter at barnets beste «skal» være «et grunnleggende hensyn» ved «handling og avgjørelser som berører barn». Dette gjelder også når barnet rammes indirekte.¹

Begår omsorgspersoner straffbare handlinger, kan reaksjonsfastsettelsen få betydning for barn i lovbruterens omsorg. Ofte vil det være i barnets interesse om omsorgspersonen får sone i frihet. Samtidig kan preventive hensyn tale for at lovbruterer får en streng straff, gjerne i form av ubetinget fengselsstraff. Dermed kan det oppstå et spenningsforhold mellom hensynet til barnets beste og hensynene som begrunner straff av omsorgspersonen.

Hvilken betydning hensynet til barnets beste får i denne situasjonen er både et viktig og aktuelt tema i dagens samfunn. Spenningsforholdet mellom sentrale hensyn kan gjøre det krevende for domstolene å fastsette en passende straff. I praksis vil det ikke være mulig å oppstille regler og retningslinjer som tar høyde for alle tenkelige variabler, og dermed utelukke ethvert rom for skjønn i det enkelte tilfellet. Lovgivers tilrettelegging for dommerskjønn gjennom romslige regler for straffutmålingen tyder heller ikke på at dette er et siktemål til etterstrevelse.² Likevel er det både mulig og ønskelig i et rettssikkerhetsperspektiv å oppstille generelle retningslinjer

¹ Rt. 2011 s. 1744 avsnitt 22, og FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013), avsnitt 28

² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 684-685, se også Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 268

for utøvelsen av dommerskjønnet. Det er å hente ut slike retningslinjer fra rettskildene som er siktemålet med denne oppgaven. Dette vil jeg gjøre ved å analysere rettskildene, med særlig fokus på lovtekst og høyesterettspraksis. Basert på dette ønsker jeg også å undersøke om det har skjedd en utvikling i rettstilstanden de siste tiårene.

1.2 Presisering og avgrensning

Oppgavens formål er å kartlegge rettstilstanden når det gjelder straffutmåling for omsorgspersoner, med særlig fokus på hensynet til barnets beste etter FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. I den forbindelse er det hensiktsmessig med en begrepsavklaring innledningsvis.

Det følger direkte av ordlyden i begge bestemmelsene at hensynet gjør seg gjeldende overfor barn. I FNs barnekonvensjon er barn definert som personer under 18 år, jf. artikkel 1, som også er i tråd med bestemmelsene om myndighetsalder etter norsk rett, jf. vergemålsloven § 2 tredje jf. første ledd.

Hva som menes med å ha omsorgsansvar for barn er ikke legaldefinert i norsk eller internasjonal rett. Av barnelova § 30, som regulerer foreldreansvar, følger det likevel at fra personene med foreldreansvaret har barnet rett på «omsut og omtanke». Personer med foreldreansvar skal også fatte avgjørelser på vegne av barnet, samt sørge for «forsvarleg oppseding og forsyting». Samlet sett utgjør dette et ansvar som er naturlig å betegne som et omsorgsansvar. Dermed er det innholdet i foreldreansvaret etter barnelova § 30 som her menes med «omsorgsansvar».

Betegnelsen «straffutmåling» dekker i vid forstand både valget av straffereaksjon og omfanget av den.³ Spenningsforholdet som oppstår når både hensynet til barnets beste og hensynet til allmennprevensjonen gjør seg gjeldende, medfører ofte at de krevende spørsmålene knytter seg til lovbrudd der både soning i frihet og i fengsel er aktuelle reaksjoner. Derfor vil denne oppgaven først og fremst fokusere på valget av reaksjon. Imidlertid vil også varigheten av reaksjonen ha betydning for domfelte og deres barn, og dermed vil også dette aspektet få en plass i den videre fremstillingen.

³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 684

Videre vil jeg bemerke at når det er tale om å begrense kontakten mellom barn og deres omsorgspersoner, er det flere konvensjonsrettigheter som aktualiseres. Blant annet gjelder dette retten til privat- og familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt. Denne oppgaven knytter seg først og fremst til bruken av hensynet til barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3. Øvrige konvensjonsrettigheter faller derfor utenfor oppgavens kjerne, og vil ikke behandles.

1.3 Rettskildesituasjon og metode

De overordnede normene som utgjør bakteppet og utgangspunktet for drøftelsene er FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. I tillegg vil det vies oppmerksomhet til enkelte bestemmelser i straffeloven (strl.). Jeg bemerker at de omtalte bestemmelsene om straffereaksjonene i kapittel 3.2 viderefører de tilsvarende bestemmelsene i strl. 1902⁴. Rettspraksis med utgangspunkt i strl. 1902 er derfor av betydning.⁵

Oppgaven bygger på alminnelig juridisk metode. For å utpensle innholdet i de nasjonale bestemmelsene er det ordlyd, forarbeidsuttalelser, høyesterettspraksis og juridisk teori som står i fokus. Da premissene i de ulike avgjørelsene i stor utstrekning vil knytte seg til det konkrete saksforholdet, er det til en viss grad nødvendig å tolke konkrete avgjørelser i lys av hverandre for å kunne trekke ut generelle slutninger.

I forbindelse med inkorporasjonen av FNs barnekonvensjon i menneskerettsloven fremhevet Stortinget «det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis».⁶ Dette innebærer at man ved anvendelsen av konvensjonen må forholde seg til den folkerettslige tolkningen av den. Dermed må det ses hen til kilder utenfor de norske landegrensene for å kartlegge innholdet av bestemmelsen fullt ut. I motsetning til Grunnloven § 104, finnes det ingen forarbeider som på samme måte kan bidra til å presisere innholdet i artikkel 3 nr. 1. Derfor vil artikkelens ordlyd samt veiledende uttalelser fra FNs barnekomité være av særlig interesse.

⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 433, s. 434, s. 435-436, og s. 295-296

⁵ Når det gjelder samfunnsstraff etter strl. § 48 er det gjort et unntak i forbindelse med hvor alvorlige forbrytelser som kan møtes med samfunnsstraff, men det påvirker ikke avgjørelsens overføringsverdi i denne oppgaven.

⁶ Innst. O nr. 51 (1998-1999) pkt. 8

1.4 Fremstillingen videre

I fortsettelsen vil jeg for det første gjøre rede for de grunnleggende hensyn som problemstillingen aktualiserer, herunder hensynet til barnets beste og hensynene bak straff. Deretter vil jeg i kapittel 3 kartlegge hvilke retningslinjer for avveiningen som kan trekkes ut fra lovgivningen. I kapittel 4 vil jeg gjennomføre en analyse av høyesterettspraksis fra de siste tiår. Der vil jeg undersøke om det kan utledes generelle retningslinjer for vurderingen ut fra konkrete enkelttilfeller. Jeg vil også undersøke om det kan påvises noen utviklingstendenser i rettspraksisen som blir gjennomgått. En oppsummering av dagens rettstilstand og utviklingstrekk vil følge i kapittel 5. Der vil jeg også foreta en rettspolitisk vurdering av rettstilstanden.

2 Sentrale hensyn

2.1 Hensynet til barnets beste i FNs barnekonvensjon og i Grunnloven

FNs barnekonvensjon ble ratifisert av Norge i 1991, og ble senere inkorporert som norsk lov gjennom en tilføyelse i menneskerettsloven § 2 i 2003.⁷ Den vil ved motstrid gå foran nasjonal lovgivning, jf. mrl. § 3. Av forarbeidene til menneskerettsloven fremgår det at formålet med inkorporasjonen var å gjøre konvensjonsreglene «uttrykkjeleg operative for norske domstolar gjennom lov» for å sikre «at menneskerettar fullt ut vert lagde til grunn ved norske domstolar».⁸ Selv om Norge allerede hadde ratifisert konvensjonen, var det altså et ønske om å styrke konvensjonens stilling ved å sikre at den ville bli anvendt direkte.

En kilde som står sentralt for tolkningen av konvensjonen er kommentarene fra FNs barnekomité. Komitéens oppgave er å holde tilsyn med barnekonvensjonen og behandle rapporter fra statene. I tillegg gir de ut General Comments som har til hensikt å klarlegge konvensjonens innhold. Disse er ikke rettslig bindende, men «de er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen».⁹ Dette gjenspeiles også i Høyesteretts praksis, som i noen tilfeller har vist til uttalelsene i forbindelse med anvendelsen av barnekonvensjonen artikkel 3.¹⁰

Hensynet til barnets beste gjennomsyrrer også nasjonal lovgivning. Hensynet er lovfestet blant annet i barnelova § 48, barnevernloven § 4-1 og utlendingsloven § 38 tredje ledd. Under arbeidet med grunnlovsreformen i 2014 ble hensynet til barnets beste anerkjent som et prinsipp som gjør seg gjeldende på flere rettsområder. Lovgiver ønsket derfor å synliggjøre prinsippet gjennom å innlemme det i en egen bestemmelse i Grunnloven, uten at det skulle endre rettstilstanden.¹¹ Dette resulterte i en ny Grunnloven § 104, hvor det i andre ledd heter at hensynet til barnets beste «skal» være «et grunnleggende hensyn» ved alle «handlinger og

⁷ Lov 1. august 2003 nr. 86

⁸ Innst. O nr. 51 (1998-1999) pkt. 5, se også Bårdsen (2016) s. 3

⁹ Smith i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 27-28, se også Bårdsen i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.) (2016) s. 246

¹⁰ Se f.eks. Rt. 2011 s. 462 avsnitt 38, senere fulgt opp i Rt. 2011 s. 1744 avsnitt 22

¹¹ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 192

avgjørelser som berører barn». Som ved inkorporasjonen av FNs barnekonvensjon i 2003, var formålet å styrke og fremheve prinsippet stilling. Dette tyder på et klart ønske fra lovgiver om å styrke barns rettsstilling og øke bevisstgjøringen av prinsippet om barnets beste.

Senere har Høyesterett omtalt Grunnloven § 104 andre ledd som en «parallell» til barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.¹² Likevel er det tale om to ulike regelsett som i utgangspunktet utvikler seg uavhengig av hverandre, og det er dermed ikke gitt at innholdet i de to bestemmelsene i fremtiden vil være det samme. Dette aspektet ble adressert av Lønningsutvalget under arbeidet med grunnlovsreformen. Utvalget uttalte at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må «tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene» som hviler på Norge.¹³ Det ble også fremhevet som et ønske at «rettigheter ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn konvensjonene, ved å sørge for at konvensjonenes minimumsvern ivaretas ved tolkningen av Grunnloven».¹⁴ En naturlig slutning fra uttalelsene er at Grunnloven § 104 andre ledd skal forstås slik at den gir et minst like godt vern som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og at det må ses til konvensjonen som tolkningsbidrag når innholdet i Grunnloven § 104 andre ledd skal klarlegges. Presumpsjonsprinsippet, som det foreligger en tradisjon for å anvende ved tolkningen av Grunnloven, tilsier dessuten at § 104 andre ledd skal tolkes slik at den ikke strider med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.¹⁵¹⁶ På grunn av dette vil vurderingene i det følgende knytte seg til ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

2.2 Hva innebærer hensynet til barnets beste?

Som nevnt innledningsvis fastsetter FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 at «the best interests of the child shall be a primary consideration» i «all actions concerning children.». At hensynet til barnets beste «shall be a primary consideration» i alle handlinger som berører barn tilsier for det første at barnet som berøres av en beslutningsprosess har en rett til å få vurdert hva som er det beste for ham eller henne. Motstykket til en slik rettighet er at beslutningstakeren har en plikt til å ta barnets beste i betraktning før det fattes en avgjørelse. At det skal være «a primary

¹² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 63

¹³ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 90

¹⁴ Ibid s. 89

¹⁵ Ibid s. 88

¹⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 er illustrerende

consideration» (min utheving) tilsier videre at hensynet til barnets beste ikke nødvendigvis skal tillegges avgjørende vekt. Denne tolkningen har også FNs barnekomité lagt til grunn. Komiteen fremhever likevel at hensynet til barnets beste skal ha «high priority» og at det ikke skal være «just one of several considerations».¹⁷ Uttalelsen viser at hensynet skal tillegges stor vekt, men at det likefullt må avveies mot andre relevante hensyn.

At det må være tale om avgjørelser «concerning» barn synes videre ikke å avgrense mot avgjørelser som angår barnet direkte. Ordlyden er vid nok til at også avgjørelser som kan ramme barn indirekte er underlagt prinsippet i artikkel 3 nr. 1. Dette bekreftes av FNs barnekomité, som har uttalt at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 også gjelder ved «court decision[s], including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children».¹⁸ Under henvisning til denne kommentaren uttalte Høyesteretts mindretall i Rt. 2011 s. 462 i avsnitt 38 at «konvensjonsbestemmelsen også omfatter rettsavgjørelser som berører barn indirekte», som senere ble fulgt opp av flertallet i Rt. 2011 s. 1744 i avsnitt 22. En senere uttalelse fra FNs barnekomité levner ingen tvil; i General Comment No. 14 (2013) avsnitt 28 ble det uttalt at prinsippet gjelder overfor «children affected by the situation of their parents in conflict with the law.»¹⁹

Ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er klar på at artikkelen skal beskytte «children». Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av dette er hvilken rekkevidde bestemmelsen er ment å ha, herunder om den begrenser seg til barn som individer eller om den strekker seg til å gjelde overfor barn som generalisert samfunnsgruppe. I General Comment No. 14 (2013) avsnitt 23 uttaler FNs barnekomité at artikkel 3 nr. 1 både gjelder barn «as individuals» og «in general or as a group», og understreker at prinsippet både er «a collective and individual right». FNs barnekomité forutsetter med andre ord at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 både er en rettighet for navngitte barn i konkrete rettsspørsmål, men også en kollektiv rettighet for barn som gruppe i samfunnet.

Når det imidlertid gjelder det nærmere innholdet i «the best interests of the child» er det vanskelig å påvise noe konkret og entydig svar. Hva som er til barnets beste i en sak må

¹⁷ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 39

¹⁸ FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003) avsnitt 12

¹⁹ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 28

nødvendigvis vurderes ut fra konkrete omstendigheter, og vil kunne variere ut fra det enkelte barns livssituasjon, i tillegg til kultur og samfunnsoppfatning. Hva som til enhver tid er til barnets beste er dermed en dynamisk, rettslig standard som må kartlegges individuelt.²⁰ FNs barnekomité har uttalt at statene ikke har valgfrihet når det kommer til om de ønsker å ta hensynet i betraktning, og at kan være aktuelt å gi hensynet en større plass i vurderingene enn øvrige hensyn. Komitéen erkjenner likevel at på grunn av prinsippets vide virkeområde, kan hensynet komme i konflikt med andre rettigheter og hensyn. Da må beslutningstakeren finne et akseptabelt kompromiss.²¹

2.3 Hensyn bak straff

Den tradisjonelle definisjonen av straff er at det er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde.²² Straff er et alvorlig inngrep i den enkeltes rettssfære, og krever derfor klar hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 96. Men straffens alvorlige karakter har flere dimensjoner enn som så. Det erkjennes i straffelovens forarbeider at «når staten tilføyer sine borgere en tilsiktet lidelse, krever det en solid begrunnelse»²³. Formålet med straffinstituttet – selve grunnen til at vi straffer – må rettferdiggjøres sett opp mot det betydelige inngrepet i individets handlefrihet det utgjør.

Av forarbeidene til straffeloven fremgår det at det grunnleggende formålet med straff er å hindre uønsket atferd og å styre borgerens atferd i ønsket retning.²⁴ Der gjengjeldelse historisk sett har vært sentralt i begrunnelsen for straff, er det nå særlig tre hovedgrupper av tilsiktede virkninger som begrunner straffinstituttet. Disse hovedgruppene er individualprevensjon, allmennprevensjon, og å bidra til den sosiale ro.²⁵ Begrunnelsen for at samfunnet reagerer på visse handlinger med straff er dermed i stor utstrekning preventiv i sin natur. Ved å kriminalisere enkelte handlinger, er det altså lovgivers intensjon at det skal forebygge fremtidig kriminalitet, både ved at den enkelte skal få erfare at lovovertrødelse møtes med reaksjoner,

²⁰ FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013) avsnitt 32

²¹ Ibid avsnitt 36-40

²² Rt. 1977 s. 1207 på s. 1209

²³ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77

²⁴ Ibid s. 82

²⁵ Ibid s. 78

og at det skal være klart for allmennheten at det vanker reaksjoner for den som begår kriminalitet.

Som den videre analysen vil vise, er det særlig hensynet til allmennprevensjon som kan komme i konflikt med hensynet til barnets beste når det skal utmåles straff for omsorgspersoner. Strenge reaksjoner på lovbrudd sender tydelige signaler til allmennheten om hva man kan forvente ved visse typer lovbrudd. Særlig kan dette oppnås gjennom en fast og langvarig straffhåndheving, slik at normene får feste i samfunnet.²⁶ Denne signaleffekten kan svekkes dersom man lar hensynet til forbryterens barn veie tyngre enn hensynet til allmennprevensjon. Hvordan avveiningen foretas i praksis vil utdypes nærmere i kapittel 4.

2.4 Barnevernets og kriminalomsorgens forpliktelser til å ivareta hensynet til barnets beste der omsorgspersonen dømmes til fengselsstraff

I tilfeller der det vil være i barnets interesser at omsorgspersonen soner sin straff i frihet, men der det likevel er andre hensyn som blir avgjørende for det motsatte, aktiveres en rekke lovfestede forpliktelser både for barnevernet og for kriminalomsorgen. Dersom det er aktuelt med omsorgsovertakelse i det tilfellet at omsorgspersonen må sone i fengsel, er barnevernet forpliktet etter barnevernloven § 4-1 til å legge «avgjørende vekt» på det som er det «beste for barnet» når det skal vedtas tiltak etter lovens kapittel 4. Herunder skal det legges avgjørende vekt på det beste for barnet når det skal fattes vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12, hvor barnet skal plasseres etter § 4-14, og når retten til samvær etter § 4-19 skal utøves.

Kriminalomsorgen er på sin side forpliktet til å legge vekt på hensynet til barnets beste etter forskrift om straffegjennomføring § 1-3 andre ledd. Herunder skal kriminalomsorgen legge til rette for at de innsatte kan få besøk av sine barn, slik at besøket kan gjennomføres «på en skånsom måte», jf. straffegjennomføringsloven (strgjfl.) § 31 første og sjuende ledd. Dessuten har de innsatte rett til å sende og motta post og telefonsamtaler, med mindre noe annet følger av lov, jf. strgjfl. §§ 30 og 32. I noen tilfeller kan de innsatte også tilkjennes permisjon, jf. strgjfl. § 33. Også dette er beslutninger der barnets beste må tas i betraktning etter FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd. Disse bestemmelsene

²⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 80

innebærer at selv om barnet blir fraskilt fra sine omsorgspersoner i perioden sistnevnte må sone i fengsel, overtar de offentlige institusjonene ansvaret om å ivareta hensynet til barnets beste. Der det er til barnets beste å tilbringe tid med omsorgspersonen, må både barnevernet og kriminalomsorgen legge til rette for at dette kan skje. Slik sikrer disse instansene at barnet får sine interesser ivaretatt på best mulig måte gjennom hele soningsoppholdet.

3 Retningslinjer for straffutmålingen i loven

3.1 Utgangspunkter for straffutmålingen

Det er domstolene som foretar den konkrete straffutmålingen i den enkelte sak. For å sikre likebehandling, er domstolene avhengige av å kunne ta utgangspunkt i visse retningslinjer for vurderingen. I straffelovens forarbeider følger det at «[h]vor strengt det er adgang til å straffe, avgjøres først og fremst av hvilke strafferammer påtalemyndigheten og domstolene må forholde seg til».²⁷ Strafferammene vedtas av lovgiver og fremgår av hvert enkelt straffebud. Når straff skal fastsettes i et konkret tilfelle, har domstolene stor frihet til å fastsette straffen innenfor intervallet av øvre og nedre strafferamme.²⁸

Det finnes likevel noen begrensninger i domstolenes utmålingsfrihet utover de lovfestede strafferammene. I strl. §§ 77 og 78 listes det opp en rekke momenter som generelt sett er skjerpende og formildende. For enkelte forbrytelsestyper har lovgiver også signalisert i forarbeidene hva som skal anses som «normalstraff».²⁹ På denne måten legger lovgiver visse føringer for utgangspunktet for straffutmålingen, som likevel ikke er mer vidtrekkende enn at domstolene må vurdere i den enkelte sak om straffenivået skal senkes eller skjerpes, basert på de konkrete omstendigheter. Straffutmålingen må dessuten skje «innenfor rammen av de verdier straffelovgivningen bygger på».³⁰ Altså må domstolene være seg bevisst verdiene og formålene bak straffinstituttet, som i dagens samfunn særlig er de preventive hensyn, jf. ovenfor kapittel 2.3.

På tross av føringer fra lovgiver, er det imidlertid ikke mulig å uttømmende angi hvilken straff som er passende for hvert enkelt tilfelle. Derfor har det lenge vært opp til Høyesterett å supplere lovgivningen gjennom behandlingen av konkrete saker, og dermed legge føringer for utmåling av straff som blir bindende retningslinjer for underrettene.

²⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 125

²⁸ Eskeland og Høgberg (2017) s. 426

²⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 686

³⁰ Ibid s. 684, jf. Skoghøy (2015) s. 306

3.2 Straffereaksjonene

I strl. § 29 finner man en uttømmende liste over hvilke former for straff en lovbrøyer kan idømmes. Ettersom de mest utfordrende avveiningene mellom prevensjonshensyn og hensynet til barnets beste er der hvor det ene taler for soning i fengsel og det andre for soning i frihet, er det særlig fengselsstraff og samfunnsstraff det er av interesse å gå nærmere inn på her. Fengselsstraff er listet opp som lovens første alternativ, jf. strl. § 29 a), og kan gjøres betinget dersom retten finner grunn til det, jf. strl. § 34. Straffeloven § 29 c) stadfester at også samfunnsstraff anses som straff i lovens forstand. Eskeland har tatt til orde for at straffartenes relative strenghet kan rangeres slik at ubetinget fengselsstraff er strengest, etterfulgt av samfunnsstraff og deretter betinget fengselsstraff.³¹ En slik rangering er naturlig med utgangspunkt i hvor følbar den enkelte straffart er, som igjen har sammenheng med i hvor stor grad straffen føles som et onde, jf. den tradisjonelle definisjonen av straff som omtalt i kapittel 2.3.

Det følger av strl. § 31 at fengselsstraff kan idømmes når «dette er bestemt i straffebudet». I forarbeidene kommenteres det at «[d]e fleste straffebud har hjemmel til å idømme fengsel, enten som eneste reaksjon eller som et alternativ til bot».³² Av § 34 første ledd følger det som nevnt at denne kan gjøres «helt eller delvis» betinget, som innebærer at fullbyrdingen av straffen utsettes i en gitt prøvetid og under bestemte vilkår, enten i sin helhet eller i kombinasjon med ubetinget fengselsstraff.

Vilkårene for å idømme samfunnsstraff følger av strl. § 48. Samfunnsstraff «kan» idømmes i stedet for fengselsstraff dersom lovbruddet ikke ellers ville medført fengsel i mer enn et år (bokstav a), hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet (bokstav b), samt at lovbrøyeren samtykker og har bosted i Norden (bokstav c). Ordlyden i bokstav b) tilsier at det nettopp er hensynet til allmennprevensjon som kan tale mot bruk av samfunnsstraff. Dersom allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende med tyngde, slik at det utgjør en stor del av straffens formål, skal det etter ordlyden mye til for å dømmes til samfunnsstraff. Det påpekes at loven ikke åpner for å idømme samfunnsstraff i kombinasjon med fengselsstraff, slik det er mulig å avsi en delvis betinget dom.

³¹ Eskeland og Høgberg (2017) s. 437

³² Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 250

Imidlertid kan vilkåret i bestemmelsens bokstav a) fravikes under nærmere gitte vilkår, blant annet dersom det foreligger «sterke grunner», jf. § 48 andre ledd. Ordlyden i dette vilkåret er vag uten klare yttergrenser, og synes å forutsette at de nærmere grensene må trekkes opp i praksis. Dette bekreftes av forarbeidene, hvor det legges til grunn at «[h]vorvidt samfunnsstraff er en riktig straff, må avgjøres konkret i den enkelte sak, blant annet på bakgrunn av de retningslinjer Høyesterett har trukket opp for bruken av samfunnsstraff».³³

3.3 Skjerpene og formildende omstendigheter - straffeloven §§ 77 og 78

Under utarbeidelsen av straffeloven anså ikke Straffelovkomisjonene det å være tilstrekkelig grunn til å lovfeste generelle regler om reaksjonsvalg og straffutmåling.³⁴ Dette ble begrunnet med at Høyesterett allerede hadde en styringsfunksjon for fastsettelse og utmåling av straff, samt at reglene lett kunne bli for generelle og gi uheldige utslag i enkeltsaker. Senere ble det imidlertid fremlagt et forslag av Justis- og politidepartementet om å lovfeste de mest sentrale skjerpene og formildende omstendighetene.³⁵ Det ble nå vist til at en rekke internasjonale forpliktelser tilsa en lovfesting av momentene, og at naboland som Sverige og Danmark hadde innført generelle regler om utmåling. Departementet fremhevet også at en lovfesting av generelle straffutmålingsmomenter kunne bidra til å motvirke heving av strafferammene som et virkemiddel for å signalisere at straffen skal heves i nærmere bestemte situasjoner. Dette hadde forekommet tidligere, og departementet mente at dette «lett kan få uheldige virkninger». Forslaget ble vedtatt og ledet til dagens strl. §§ 77 og 78. Bestemmelsene inneholder ikke-uttømmende opplysninger av henholdsvis skjerpene og formildende omstendigheter som «især [skal] tas i betraktning» i straffutmålingen. Bestemmelsene skulle ikke endre rettstilstanden, men videreføre gjeldende rett.³⁶ Forslaget skulle heller ikke medføre noen endring i «rollen Høyesterett har når det gjelder gradvis å utvikle og normere norsk straffutmålingspraksis». «Bestemmelsene har likevel karakter av å være «tvingende hovedregler»», ble det lagt til grunn

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 446

³⁴ NOU 1983: 57 s. 240-242, NOU 1992: 23 s. 209-210 og NOU 2002: 4 s. 144, jf. Magnus Matningsdal, *Norsk lovkommentar: Straffeloven*, note 607, Rettsdata.no (lest 2. desember 2021)

³⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 154-156

³⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 268

i forarbeidene.³⁷ En naturlig forståelse av uttalelsen tilsier at lovgiver har pålagt domstolene å vurdere om noen av momentene i §§ 77 eller 78 gjør seg gjeldende ved straffutmålingen.

Selv om det i juridisk teori har blitt tatt til orde for at strl. §§ 77 og 78 sannsynligvis ikke vil medføre store endringer i straffutmålingspraksisen³⁸, viser bestemmelsene at det er en integrert del av norsk straffutmåling å ta hensyn til helt konkrete omstendigheter i den aktuelle saken.

3.4 Hensynet til barnets beste som formildende omstendighet

Hensynet til barnets beste kan i teorien både fungere som en skjerpende og en formildende omstendighet under straffutmålingen. I omsorgspersonens straffesak vil hensynet likevel i stor utstrekning være et argument i formildende retning, da det i mange tilfeller vil være i barnets interesser at omsorgspersonen får sone sin straff i frihet. Hensynet er ikke inntatt i strl. § 78 som et formildende moment, og synes heller ikke å ha vært aktuelt å inkludere under forarbeidene til bestemmelsen. En mulig forklaring på dette kan være at både de skjerpende og de formildende omstendighetene som er lovfestet i strl. §§ 77 og 78 relaterer seg til enten selve forbrytelsen eller forbryterens person.

Det eneste unntaket fra dette finnes i strl. § 78 e), hvor det følger at dersom det har gått «lang tid siden lovbruddet», eller «saksbehandlingstiden har tatt lengre tid enn rimelig ut fra forholdets art» uten at lovbyteren «kan lastes for dette», kan dette være et formildende moment. Av forarbeidene følger det at dette alternativet har sitt utspring i EMK artikkel 6 om «rettergang innen rimelig tid», da lang saksbehandlingstid kan aktualisere bestemmelsen.³⁹ Dette alternativet fremstår dermed som et særskilt unntak fra de øvrige opplistede momentene.

Slik sett skiller hensynet til barnets beste seg fra de lovfestede omstendighetene i strl. §§ 77 og 78, ettersom det først og fremst er et hensyn knyttet til barnets situasjon. Det er likevel på det rene at også hensynet til barnets beste skal tas i betraktning ved fastsettelse av straff overfor barnets omsorgspersoner, jf. det ovennevnte i kapittel 2.2. Noen konkrete retningslinjer for vektingen av hensynet finnes imidlertid ikke i straffeloven, utover de generelle bestemmelsene i FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd.

³⁷ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 268

³⁸ Homboe (2016) s. 79

³⁹ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 275

I en betenkning til Barnevoldsutvalget har Kirsten Sandberg tatt til orde for at hensynet til barnets beste likevel bør tas inn i straffelovens § 78 som en ny bokstav j), slik at det «især [skal] tas i betraktning» at lovbrøteren «har barn under 18 år som han har omsorgen for eller samvær med, og barnets beste tilsier en mildere straff». Forslaget tar sikte på å sørge for at hensynet blir ivaretatt og å sikre likebehandling.⁴⁰ Betenkningen er ikke fulgt opp, men det kan likevel diskuteres om det ville ført til en bedre rettstilstand. Dette vil jeg komme nærmere inn på i kapittel 5.

Ettersom straffeloven ikke gir noen videre veiledning på hvordan hensynet til barnets beste skal vektlegges ved straffutmålingen for barnets omsorgspersoner, må rettstilstanden søkes kartlagt gjennom en analyse av rettspraksis. I det følgende er det dette som står i fokus.

⁴⁰ Sandberg (2016) s. 59-60

4 Retningslinjer i rettspraksis – en analyse av Høyesteretts praksis

4.1 Vektlegging av hensynet til barnets beste før FNs barnekonvensjon og Grunnloven § 104

At hensynet til barnets beste skal vektlegges ved avgjørelser som berører barn ble som tidligere nevnt inkorporert som norsk rett i 2003, og i 2014 fikk det også grunnlovs rang. Rettspraksis viser imidlertid at hensynet har blitt vektlagt i lang tid før lovfestelsene.⁴¹

I Rt. 1950 s. 646 og Rt. 1978 s. 393, som begge gjaldt trygdebedrageri, ble de domfelte av hensyn til sine barn dømt til betinget fengsel. I Rt. 1950 s. 646 ble det lagt avgjørende vekt på at domfelte var eneforsørger i en vanskelig økonomisk stilling, samt at det hadde gått lang tid siden det straffbare forhold ble begått. I Rt. 1978 s. 393 mente retten at soning av fengselsstraff ville få «meget uheldige følger» for barna, og la avgjørende vekt på dette. I Rt. 1991 s. 510 var en 23 år gammel mann kjent skyldig i å ha brutt strl. 1902 § 196 for å ha hatt samleie med sin syv år yngre kjæreste fra hun var 14 ½ til 15 ½ år gammel. Fornærmede hadde blitt gravid, og ved domsavsigelsen var domfelte og fornærmede fortsatt sammen og foreldre til en datter. Det ble uttalt at fengselsstraff kunne ha en «uheldig virkning på forholdet mellom mor, far og barn», og retten konkluderte derfor med å reagere med straffutmålingsutsettelse. I Rt. 2002 s. 374 ble en mann kjent skyldig i å ha kjørt båt i beruset tilstand. Handlingene var så alvorlige at det måtte reageres med ubetinget fengsel, men varigheten ble satt til minimumsstraffen på 15 dager av hensyn til at han hadde eneomsorg for datteren.

De nevnte avgjørelsene viser at verken innføringen av FNs barnekonvensjon i 2003 eller grunnlovsreformen i 2014 markerte startpunktet for å ta hensyn til barnets beste ved straffutmålingen overfor barnets foreldre i Norge. Et sentralt skille er likevel at det før 2003 sjeldent ble vist til noe særlig rettskildemessig grunnlag for hvilken vekt hensynet til barna skulle få. Dermed var det i større grad opp til den enkelte dommer å foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette henger også naturlig sammen med at det ikke var før i 2003 at hensynet til barnets beste fikk en større plass i rettssystemet og skulle vektlegges

⁴¹ Se Holmboe (2016) s. 302-306

tyngre enn tidligere. For å best mulig kartlegge dagens rettskildesituasjon, vil analysen i det følgende derfor knytte seg til avgjørelser avsagt etter inkorporasjonen i 2003.

I det følgende vil analysen av rettspraksis deles inn etter tre ulike kriminalitetstyper, herunder økonomisk kriminalitet, voldskriminalitet og narkotikakriminalitet. Selv om avveiningen av hensynet til barnets beste mot andre hensyn i alle tilfeller vil avhenge av konkrete omstendigheter, er det likevel mulig å til en viss grad systematisere relevante hensyn basert på hvilken type kriminalitet det er tale om. Jeg vil påpeke at både hensynet til barnets beste og preventive hensyn gjør seg gjeldende også i andre former for kriminalitet, men at analysen her begrenses til et utvalg bestående av de nevnte tre kategoriene.

4.2 Økonomisk kriminalitet

Økonomisk kriminalitet omfatter i vid forstand både formuesforbrytelser som tyveri, ran og underslag, samt forbrytelser som først og fremst rammer kollektive interesser, som for eksempel skatteunndragelse.⁴² Begrepet dekker altså et bredt spekter av forbrytelser, med et innbyrdes stort spenn i alvorlighetsgrad. Felles er likevel at kriminaliteten rammer økonomiske interesser og verdier. I dette kapitlet vil jeg gjennomgå et utvalg av høyesterettsavgjørelser hvor domfelte er dømt for økonomisk kriminalitet, med sikte på å trekke ut retningslinjer for vektingen av hensynet til barnets beste opp mot de hensyn som ellers gjør seg gjeldende på området. Narkotikakriminalitet, som også kan kategoriseres som en form for økonomisk kriminalitet, behandles selvstendig i kapittel 4.4.

Avgjørelsen i Rt. 2005 s. 158 kan bidra til å belyse hvordan hensynet til barnets beste avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende ved økonomisk kriminalitet. Lagmannsretten hadde dømt tiltalte til 30 dagers ubetinget fengsel for å ha brutt merverdiavgiftsloven, ligningsloven og regnskapsloven over en periode på tre år gjennom sitt personlige firma. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om det var grunnlag for å reagere med samfunnsstraff for overtredelsene, jf. strl. 1902 § 28a.

⁴² Grønning, Husabø, Jacobsen og Strandbakken (2020) s. 163

Retten mente at forholdet var «alvorlig», og at det i utgangspunktet «helt klart» måtte føre til ubetinget fengselsstraff.⁴³ Høyesterett ga med dette uttrykk for at terskelen er høy for å idømme samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengselsstraff ved denne type kriminalitet. Dette er i tråd med Høyesteretts uttalelser i tidligere saker, der det flere ganger har blitt påpekt at forsømmelse av regnskapsførsel i næringslivet må anses som alvorlig, og allmennpreventive hensyn veier tungt.⁴⁴ I 1998 fant det dessuten sted en straffskjerpelse i regnskapsloven, som tilsier at det er et ønske fra lovgiver at det skal reageres strengt på slike overtredelser.⁴⁵

Spørsmålet var om det var grunnlag for å fravike dette utgangspunktet av hensyn til domfeltes sønn på 6 år. Mannen hadde nylig overtatt eneomsorgen for barnet, etter at barnets mor hadde blitt fratatt omsorgen for sine barn. Domfeltes sønn hadde ifølge barnevernstjenesten levd i en omsorgssviktsituasjon, og hadde behov for «stabilitet, forutsigbarhet og tett oppfølging av nære omsorgspersoner» i tiden framover.⁴⁶ Sønnen hadde et svært begrenset familienettverk utenom foreldrene, og det eneste alternativet til domfeltes omsorg ville være at barnevernet overtok omsorgsansvaret. Til dette uttalte Høyesterett i avsnitt 9 at det skal «svært meget» til før familiemessige forhold kan begrunne samfunnsstraff ved overtredelser som den foreliggende.

Allerede gjennom å statuere et «helt klart» utgangspunkt om at lovbruddet måtte føre til ubetinget fengselsstraff satte Høyesterett terskelen høyt for å idømme samfunnsstraff, uavhengig av hvilke formildende omstendigheter som gjorde seg gjeldende. Uttalelsen om at det skal «svært meget» til synes å skjerpe terskelen ytterligere når det er tale om å begrunne et unntak med familiemessige forhold. Dette synspunktet er en naturlig forlengelse av betraktningene rundt begrunnelsen for strl. §§ 77 og 78 ovenfor i kapittel 3.4. De lovfestede formildende hensyn knytter seg til enten forbrytelsen eller gjerningspersonen, ikke omstendigheter uten direkte tilknytning til lovbruddet. Høyesterett fremhevet at det gjorde seg gjeldende «sterke allmennpreventive grunner» som tilsa bruk av ubetinget fengselsstraff. Likevel kom retten, «ikke uten atskillig tvil», til at hensynet til domfeltes sønn måtte være avgjørende for å ilegge ham samfunnsstraff.⁴⁷

⁴³ Rt. 2005 s. 158 avsnitt 5

⁴⁴ Se Rt. 1996 s. 905 på s. 906 og Rt. 2004 s. 1074 avsnitt 20

⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 42 (1997-1998) s. 209

⁴⁶ Rt. 2005 s. 158 avsnitt 6

⁴⁷ Ibid avsnitt 10

Avgjørelsen illustrerer at hensynet til domfeltes barn kan få betydelig vekt ved straffutmålingen. Det ville ramme sønnen hardt dersom domfelte måtte sone en straff i fengsel, og dette veide tyngre enn de sterke allmennpreventive hensynene som gjorde seg gjeldende. At dommen er avsagt «ikke uten atskillig tvil» viser at saken er et grensetilfelle.

Da saken sto for Høyesterett hadde FNs barnekonvensjon fått virkning som norsk rett, men likevel finnes det ingen henvisninger til konvensjonen i dommen. I vurderingen av hvilken vekt hensynet til barnets beste skulle få, så Høyesterett til tidligere rettspraksis som gjaldt både psykiske problemer hos domfelte og samboers særlige omsorgsbehov. Selv om begge disse avgjørelsene dreide seg om familiemessige forhold hos domfelte, berører ingen av dem den særskilte problemstillingen som aktualiseres når domfelte har eneansvar for barn. Dermed er ikke avgjørelsene direkte sammenlignbare med foreliggende tilfelle. Dommen bærer preg av å ha blitt avsagt nylig etter at barnekonvensjonen ble inkorporert som norsk rett. Det vises ikke til noe konkret vurderingstema, og sammenligningsgrunnlaget er ikke særlig treffende. Høyesterett foretar en grundig vurdering av det konkrete barnets sårbarhet, men knytter det ikke nevneverdig opp til et rettslig vurderingstema.

Til sammenligning kan det vises til den senere avsatte dommen i Rt. 2010 s. 422. Domfelte hadde i denne saken blitt dømt for å ha medvirket til brudd på bestemmelser i merverdiavgiftsloven og ligningsloven. Han hadde to barn på 13 og 15 år, samt en kone som var 85 prosent ufør. Dette medførte at domfelte i praksis hadde hovedomsorgen for barna. Igjen uttalte Høyesterett at det skulle «svært meget» til før familiemessige forhold kunne begrunne bruk av samfunnsstraff.⁴⁸ Slike omstendigheter mente en enstemmig Høyesterett ikke å foreligge i denne saken. Til sammenligning var barna i denne saken betraktelig eldre, og hadde ikke noe særlig omsorgsbehov som sønnen i 2005-avgjørelsen. Dessuten hadde de en mor som var i stand til å ta vare på dem, til tross for uføret. I lys av at Rt. 2005 s. 158 fremstod som et grensetilfelle, er det naturlig at denne avgjørelsen faller utenfor det som kan begrunne samfunnsstraff på dette området. Dommen følger likevel opp vurderingsmomentene fra dommen i Rt. 2005 s. 158. Både at barna hadde en annen omsorgsperson, at de var eldre og mindre sårbare enn sønnen i 2005 synes å ha vært sentralt for rettens oppfatning om at det ikke var grunnlag for å fravike utgangspunktet om ubetinget fengselsstraff. Dette tilsier at når det er

⁴⁸ Rt. 2010 s. 422 avsnitt 21

spørsmål om å fravike et utgangspunkt om ubetinget fengsel, vil det i stor utstrekning bero på disse momentene.

I Rt. 2011 s. 462 var et av de sentrale spørsmålene om det var grunnlag for å ilegge domfelte samfunnsstraff for et ran på en bensinstasjon, tre tyverier og forsøk på to grove tyverier. Lagmannsretten hadde under dissens dømt tiltalte til ubetinget fengsel i et år. Høyesteretts flertall opprettholdt lagmannsrettens dom, mens et mindretall på to dommere mente det var grunnlag for å anvende samfunnsstraff.

Under rettssaken hadde domfeltes forsvarer fremholdt at det burde reageres med samfunnsstraff. Domfelte hadde vært deprimert og nylig blitt arbeidsledig da han begikk ranet, og hadde dessuten eneomsorg for to barn på 12 og 13 ½ år. Her bærer saken likhetstrekk til avgjørelsen i Rt. 2010 s. 422, hvor domfelte også hadde omsorg for barn i samme alder. Dersom domfelte måtte sone i fengsel var det ikke usannsynlig at barnevernet måtte overta omsorgen for dem, noe som ville medføre at de måtte flytte og bytte skole. Dette la også flertallet til grunn. I den forbindelse uttalte førstvoterende at «barnets interesser [vil] være et relevant hensyn som må tillegges vekt ved straffutmålingen», og at det samme fulgte av barnekonvensjonen artikkel 3. Likevel trengte ikke dette å medføre at det «i den konkrete sak får noen avgjørende betydning for straffastsettelsen».⁴⁹ Med dette skiller avgjørelsen seg fra Rt. 2005 s. 158 og Rt. 2010 s. 422 både ved at det vises til barnekonvensjonen artikkel 3, og ved at det slås fast at barnets interesser *skal* tas i betraktning, selv om den konkrete vektingen vil variere.

Høyesteretts flertall la under henvisning til tidligere rettspraksis raskt til grunn at «det klare utgangspunkt» er at det skal reageres med «ubetinget fengsel av lengre varighet» ved lovovertridelser som det var snakk om i denne saken.⁵⁰ I likhet med i dommen i Rt. 2005 s. 158 gir flertallet her klart uttrykk for at terskelen for å anvende samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengselsstraff i utgangspunktet er høy uavhengig av konkrete omstendigheter. Selv om avgjørelsene dreide seg om ulike lovovertridelser, gjaldt det altså lignende høye terskler for idømmelse av samfunnsstraff. Det bør her likevel påpekes at det i denne saken blant annet var tale om et ran, et lovbrudd som ikke kun krenker økonomiske verdier, men som også inneholder et voldselement. Objektivt fremstår derfor denne forbrytelsen som mer alvorlig enn

⁴⁹ Rt. 2011 s. 462 avsnitt 26

⁵⁰ Ibid avsnitt 24

lovbruddene i Rt. 2005 s. 158 og Rt. 2010 s. 422, som er omtalt over. Dermed er det nærliggende å anta at terskelen for å fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel kan ha vært høyere her enn i de andre dommene.

Flertallet fremhevet at hensynet til allmennprevensjon står sterkt ved ran av den karakter som det foreliggende, og at dette er relevant opp mot vurderingen av om «hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet», jf. strl. § 28a (1) b). Førstvoterende uttalte imidlertid at bestemmelsen må «tolkes og anvendes i lys av» barnekonvensjonen artikkel 3.⁵¹ Dette viser at artikkel 3 ikke bare gir en selvstendig rettighet, men også et tolkningsmoment. Førstvoterende la til grunn at det ville være i barnas interesse om domfelte ble ilagt samfunnsstraff, men la likevel avgjørende vekt på de allmennpreventive hensyn. Det ble lagt vekt på at barna var relativt store, og det fantes ingen opplysninger om at de var spesielt sårbare. Det ble også vist til at barnevernet og kriminalomsorgen var bundet av barnekonvensjonens artikkel 3, og dermed pliktige til å ivareta hensynet til barnas beste mens faren sonet.

Flertallets argumentasjon i denne saken viser at hensynet til barnets beste ikke alltid får utslagsgivende vekt, selv om det er i barnas interesse at domfelte soner i frihet. Uavhengig av sakens utfall, stadfester avgjørelsen også at momentene som ble trukket frem i Rt. 2005 s. 158 og Rt. 2010 s. 422 er sentrale vurderingsmomenter i straffutmålingen for omsorgspersoner. I Rt. 2005 s. 158 var sønnen seks år gammel og sårbar etter å ha levd i en omsorgssviktsituasjon, som ble avgjørende for å idømme faren samfunnsstraff. I Rt. 2010 s. 422 og i foreliggende tilfelle var barna både betraktelig eldre og mindre sårbare enn sønnen i 2005-avgjørelsen. En naturlig tolkning av dette resultatet tilsier at barnets alder og sårbarhet er av betydelig vekt. Også om det finnes alternative omsorgspersoner spiller en sentral rolle. Vektingen av hensyn i Rt. 2010 s. 422 tyder på at dersom det finnes andre som kan ivareta omsorgen for barna, vil dette være et sterkt argument mot å vektlegge hensynet til barnets beste tungt. Er det imidlertid ingen andre omsorgspersoner tilgjengelig, kan dette tale for en mildere straff. Rt. 2011 s. 462 tyder likevel på at dette ikke alltid er tilfellet all den tid kriminalomsorgen og barnevernet også har plikt til å ivareta hensynet til barnets beste.

⁵¹ Rt. 2011 s. 462 avsnitt 27

Dissensen på tre mot to dommere viser at saken dreide seg om et grensetilfelle. For å klarlegge rettstilstanden på best mulig måte er det også relevant å se hvilke hensyn som ble avgjørende for mindretallet. De synes å ha lagt mer vekt på hensynet til barna enn flertallet. Som utgangspunkt viste mindretallet til at det etter rettspraksis skulle «noe helt spesielt til for å kunne reagere med samfunnsstraff» for ran av bensinstasjoner på nattetid, av hensyn til allmennprevensjonen.⁵² Etter mindretallets oppfatning kunne «et eneansvar for omsorgen [...] være et slikt familiemessig forhold som etter omstendighetene kan begrunne samfunnsstraff i de tilfeller der omsorgsalternativet for barnet ellers blir for usikkert».⁵³ Spørsmålet var om hensynet til barnas beste gjorde seg gjeldende med så stor styrke at utfallet i foreliggende tilfelle måtte bli samfunnsstraff.

En interessant vurdering fra mindretallets side knytter seg til barnas alder og situasjon. Mindretallet vurderte ikke barna som spesielt sårbare, men at de befant seg i en sårbar *situasjon*. De var i overgangen mellom barn og ungdom, og hadde kun to år tidligere flyttet til sin nåværende bopel. Dette er av interesse da det generelt sett må sies at barn, i kraft av sin unge alder, mer eller mindre alltid vil befinne seg i en sårbar situasjon når deres omsorgspersoner potensielt må sone fengselsstraff. Mindretallet synes å legge betydelig vekt på det som fremstår som helt alminnelige følger for barna av en lovbrøyer i fengsel.⁵⁴ På denne bakgrunn fant mindretallet grunn til å være «varsom med å utsette barna for en slik byrde», og stemte for samfunnsstraff. Dette viser at også mindretallet knytter sin vurdering til barnas alder og hvor sårbare de er, selv om de vurderer de faktiske omstendighetene noe annerledes enn flertallet. Mindretallet fremstår å vektlegge hensynet til barnets beste tyngre enn både flertallet og Høyesterett i de to tidligere omtalte avgjørelsene i dette kapitlet. Hvorvidt dette er en indikator på en økt vektlegging av barnets beste, eller om det er et enkeltstående tilfelle, er imidlertid vanskelig å si.

4.3 Voldskriminalitet

En form for kriminalitet som rammer andre interesser og verdier enn økonomisk kriminalitet, er voldskriminalitet. Slike forbrytelser rammer ikke bare den enkeltes fysiske integritet, men

⁵² Rt. 2011 s. 462 avsnitt 33

⁵³ Ibid avsnitt 44

⁵⁴ Ibid avsnitt 46

særlig uprovosert voldsutøvelse påvirker også den generelle trygghetsfølelsen i samfunnet.⁵⁵ Spesielt den fysiske integriteten er en helt grunnleggende verdi, som sammenlignet med rene økonomiske interesser fremstår som noe mer verneverdig. Verdier som berøres for henholdsvis økonomisk og voldskriminalitet er altså ganske ulike. Dermed er det ikke gitt at de samme hensyn gjør seg gjeldende, eller at de gjør seg gjeldende med samme styrke. I dette kapitlet er det høyesterettsavgjørelser om voldslovbrudd som er gjenstand for analyse.

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1626 gjaldt straffutmålingen for en kvinne som var dømt for legemsbeskadigelse etter strl. 1902 § 229, for å ha slått sin tidligere kjæreste i ansiktet slik at han fikk slått ut en tann. Høyesterett uttalte at det etter rettspraksis skal reageres med ubetinget fengsel ved overtredelse av § 229, med mindre det foreligger «helt spesielle omstendigheter».⁵⁶ Som i de tidligere omtalte avgjørelsene i kapittel 4.2, kunne det altså her bare unntaksvis reageres med en mildere straffart enn ubetinget fengsel. Selv om retten ikke viste til noen begrunnelse for dette utgangspunktet, ut over at det følger av rettspraksis, er det nærliggende å trekke paralleller til de sterke allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende ved voldskriminalitet. I forarbeidene til straffeloven ble det noen år senere fremhevet at vold er et «markant samfunnsproblem» som får «store konsekvenser» for både fornærmede og samfunnet ellers.⁵⁷

Ved vurderingen om slike «helt spesielle omstendigheter» forelå, mente retten at det måtte legges betydelig vekt på at fornærmede i forkant av slaget hadde opptrådt provoserende og krenkende overfor domfelte. Etter dagjeldende strl. § 56 b) kunne straffen settes til under minstestrafen dersom domfelte hadde handlet i «berettiget harme».⁵⁸ Retten fant ikke grunn til å vurdere om bestemmelsen gjorde seg gjeldende, men mente at det uansett måtte få betydning som et formildende moment ved straffutmålingen. Videre ble det vektlagt at de opplysninger som forelå om omsorgssituasjonen for domfeltes sønn på 2 ½ år, tilsa at det var usikkert om nær familie ville ha mulighet til å ivareta omsorgen for sønnen i tiden domfelte eventuelt måtte sone i fengsel. Høyesterett siterte fra en uttalelse fra helsesøster som beskrev sønnen som

⁵⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 171

⁵⁶ Rt. 2004 s. 1626 avsnitt 11

⁵⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 177

⁵⁸ Tilsvarer dagens strl. § 80 e), jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 471

«spesielt sårbar».⁵⁹ Helsesøsteren mente også at en adskillelse fra mor kunne få store negative konsekvenser for sønnen, da han ikke hadde vokst opp i stabile og trygge omgivelser. På denne bakgrunn mente retten at det var «problematiske» å «henvise den nærmere vurdering av omsorgsspørsmålet til soningstidspunktet».⁶⁰ Dermed anså retten det å foreligge tilstrekkelig spesielle omstendigheter som tilsa at man kunne fravike hovedregelen om ubetinget fengselsstraff. Domfelte ble dømt til to års betinget fengsel.

I denne avgjørelsen var det kombinasjonen av fornærmedes opptreden og domfeltes omsorgsforpliktelser som ble avgjørende for å fravike utgangspunktet om ubetinget fengsel. Det er ikke klart om resultatet ville blitt det samme dersom fornærmede ikke hadde opptrådt provoserende, men også i denne avgjørelsen fremhever Høyesterett barnets alder, sårbarhet og om det finnes andre omsorgspersoner. På samme måte som Rt. 2005 s. 158, hvor domfelte var dømt for økonomisk kriminalitet gjennom sitt personlige firma, er denne dommen avsagt kort tid etter barnekonvensjonen trådte i kraft. Heller ikke her finnes det henvisninger til konvensjonen eller andre vurderingstema i forbindelse med vektleggingen av hensynet til barnets beste.

Rt. 2015 s. 693 gjaldt en kvinne som var dømt for å ha kastet et ølglass mot en ordensvakt på et utested etter strl. 1902 § 229 jf. § 232. Som resultat fikk vekten et kutt under haken som måtte sys. I lagmannsretten hadde hun blitt dømt til fem måneders fengsel, hvorav tre ble gjort betinget. Spørsmålet for Høyesterett var om straffen kunne settes til samfunnsstraff av hensynet til domfeltes datter, som på dette tidspunktet var 14 år og hadde noen sosiale tilpasningsvansker. Domfelte hadde eneomsorgen for datteren.

Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens utgangspunkt om at fem måneders ubetinget fengselsstraff var forsvarlig. Volden domfelte hadde utøvd lå i kjerneområdet for straffskjerpelsen som ble innført ved lovendring i 2010⁶¹, og i tidligere rettspraksis hadde det flere ganger blitt lagt til grunn at det skal reageres med ubetinget fengsel for den type lovbrudd. Høyesterett uttalte at unntak fra dette krevde «helt spesielle omstendigheter». I tillegg ble det presisert at det måtte være tale om «omstendigheter som hever seg markant over de hensynene

⁵⁹ Rt. 2004 s. 1626 avsnitt 13

⁶⁰ Ibid avsnitt 14

⁶¹ Rt. 2015 s. 693 avsnitt 7, jf. Prop. 97 L (2009-2010) s. 29

som vanligvis gjør seg gjeldende ved idømmelse av fengselsstraff».⁶² Uttalelsen synes å oppsummere tidligere praksis fra Høyesterett. De tidligere omtalte avgjørelsene viser tydelig at det kun er i tilfeller der barnet har særlige behov for sin omsorgsperson at Høyesterett har avsagt en mildere dom av hensynet til barnets beste. Retten la også til grunn at dette vil være i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

Gjennom disse uttalelsene presenterer Høyesterett et tydelig vurderingstema for avveiningen: Rammes et barn hardere enn vanlig av at omsorgspersonen må sone i fengsel, kan dette begrunne bruk av samfunnsstraff.⁶³ I så tilfelle må det være tale om omstendigheter som hever seg «markant» over hensyn som ellers gjør seg gjeldende ved idømmelse av fengselsstraff. Dette fremstår som en mer spisset versjon av det tidligere vurderingstemaet «helt spesielle omstendigheter».

Når det gjaldt den konkrete vurderingen var det på det rene at det ikke fantes alternative omsorgspersonen for datteren, slik at barnevernet ville bli nødt til å overta omsorgen for den tiden domfelte eventuelt måtte sone i fengsel. Det ble slått fast at datteren riktignok hadde noen sosiale tilpasningsvansker, men at dette ikke fremstod som vansker av «spesielt alvorlig karakter».⁶⁴ Det ble derfor konkludert med at det burde være mulig å legge til rette for at datteren kunne få tilstrekkelig omsorg i soningsperioden, med henvisning til at også barnevernet er underlagt prinsippet om barnets beste. En enstemmig Høyesterett mente at hensynet til barnets beste ble tilstrekkelig ivaretatt ved at tre måneder var gjort betinget, og anken ble forkastet. Dommen er et eksempel på at Høyesterett kombinerer to ulike straffformer, i den forstand at straffen gjøres delvis betinget av hensyn til barnet. Dette viser at domstolene ikke nødvendigvis må velge å prioritere enten preventive hensyn eller hensynet til barnets beste. Det er tvert imot også mulig å falle ned på en mellomløsning der begge hensyn til en viss grad blir ivaretatt.

I de tilfeller der lovbryterens barn er de fornærmede står hensynet til barnets beste i en særstilling. Dette var temaet i avgjørelsen avsagt senere samme år, Rt. 2015 s. 1115. Der var et av hovedspørsmålene for retten «hvilken betydning det skal ha at soning av fengselsstraff [...]

⁶² Rt. 2015 s. 693 avsnitt 8

⁶³ Ibid avsnitt 9

⁶⁴ Ibid avsnitt 13

vil kunne ramme de fornærmede».⁶⁵ De fornærmede i saken var domfeltes to sønner på 6 og 7 år, som over en periode på tre år hadde blitt mishandlet av sin mor fra de var 1 ½ og 2 ½ år gamle. Mishandlingen hadde i hovedsak bestått av slag med flat hånd. Lagmannsretten hadde satt straffen til fengsel i ti måneder, hvorav fire skulle gjøres betinget. Spørsmålet for Høyesterett var om det kunne reageres med samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengsel på grunn av at domfelte fortsatt hadde hovedomsorgen for de fornærmede barna. Avgjørelsen endte i dissens med tre mot to dommere. Både flertallet og mindretallet var enige med lagmannsretten i at straffen i utgangspunktet måtte settes til 10 måneders ubetinget fengselsstraff.⁶⁶ Flertallet fant likevel grunn til å fravike dette utgangspunktet av hensyn til barna, mens mindretallet mente det ikke forelå tilstrekkelige holdepunkter for dette.

Flertallet fremhevet det særlige behovet for allmennprevensjon ved mishandling i nære relasjoner, og uttalte at samfunnsstraff bare kunne være aktuelt dersom «tungtveiende grunner tilsier det».⁶⁷ Særlig gjaldt dette når mishandlingen var rettet mot barn. Samtidig viste retten til barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104, og stadfestet at også barnas interesser måtte tas i betraktning. Barnevernet hadde vurdert omsorgssituasjonen slik at det på domstidspunktet ikke var mangler ved domfeltes omsorg som kunne begrunne omsorgsovertakelse, og retten la på denne bakgrunn til grunn at det ville være til barnas beste at mor beholdt omsorgen for dem. Hun hadde hatt omsorgen for dem i hele deres liv, og var den eneste nærstående som hadde mulighet til å ta vare på barna. Ved en eventuell fengselsstraff, ville det eneste alternativet være at barnevernet overtok omsorgen under soningen. Dette ble ansett som et dårlig alternativ da barna ifølge psykologirapporter hadde «en relasjonell og emosjonell fungering som er bekymringsfull», samt at de hadde behov for «stabile omsorgspersoner».⁶⁸

Situasjonen i avgjørelsen var spesiell. Hensynet til barna var både det som begrunnet straff, men som også samtidig talte for en mildere straffereaksjon enn det som var utgangspunktet. Førstvoterende belyste den vanskelige avveiningen gjennom uttalelsen i avsnitt 27: «Situasjonen er dermed at hensynet til å beskytte barn generelt sett taler mot at det idømmes samfunnsstraff, mens hensynet til den domfeltes sønner taler for». Dette viser at i noen tilfeller

⁶⁵ Rt. 2015 s. 1115 avsnitt 1

⁶⁶ Ibid avsnitt 14-17 og 38

⁶⁷ Ibid avsnitt 20

⁶⁸ Ibid avsnitt 26

kan hensynet til barnets beste tale for to vidt forskjellige standpunkt. Hensynet til barnets beste i vid forstand, som en kollektiv rettighet, taler for at det skal reageres strengt mot vold mot barn i ens omsorg. På den andre siden kan hensynet til barnets beste i konkrete tilfeller tale for at barna, med sin unge alder og sårbare situasjon, ikke atskilles fra omsorgspersonen. Flertallet kom til at det i foreliggende tilfelle måtte legges avgjørende vekt på hensynet til de fornærmede barna, og konkluderte med at samfunnsstraff var en passende reaksjon.

Mindretallet tok dissens både når det gjaldt flertallets vurdering av de faktiske forhold og vektleggingen av hensyn i straffutmålingen. For det første var annenvoterende uenig i flertallets vurdering av om det rent faktisk var til barnas beste at mor beholdt omsorgen i det konkrete tilfellet. Mindretallet mente for det andre at det faktum at mor fortsatt hadde omsorgen under ingen omstendighet kunne begrunne bruk av samfunnsstraff. Selv om mindretallets votum har svært begrenset rettskildemessig vekt, har det noen uttalelser det kan være verdt å reflektere over.

Også mindretallet fremhevet betydningen av allmennprevensjon når det gjelder familievold mot barn, og fremholdt at det «klare utgangspunkt» er at det skal reageres med ubetinget fengsel for slike handlinger. En mildere reaksjon måtte det «helt spesielle omstendigheter» til for.⁶⁹ De mente at domfeltes hovedomsorg for barna ikke kunne benyttes som argument for samfunnsstraff. Å legge avgjørende vekt på dette ville tvert imot medføre at barns strafferettslige beskyttelse ble svekket i situasjoner der «behovet for beskyttelse er størst».⁷⁰ Mindretallet er her inne på sentrale rettssikkerhetsbetraktninger som helt klart bør vektlegges i vurderingen. Barn er en særlig sårbar gruppe i samfunnet som er helt avhengige av sine omsorgspersoner. Det kan av ulike grunner være utfordrende å avdekke når disse omsorgspersonene begår vold mot barna de har omsorg for. Barnet kan føle på et ansvar overfor omsorgspersonen, eller være i villrede om at volden de blir utsatt for er straffbar. Og selv om de blir utsatt for vold, kan avhengighetsforholdet gjøre det krevende for barnet å si fra om det som foregår. På dette punkt er mindretallet inne på en svært viktig og sentral dimensjon når det gjelder vold i hjemmet som også bør hensyntas i vurderingen, i den forstand at det bør utvises forsiktighet med å legge vekt på at lovbrøyteren fortsatt har omsorgen for fornærmede.

⁶⁹ Rt. 2015 s. 1115 avsnitt 35

⁷⁰ Ibid avsnitt 36

Saksforholdet i Rt. 2015 s. 1115 er som nevnt spesielt, ettersom domfeltes barn var de eneste fornærmede. I lys av at straffutmålingen generelt sett er utpreget skjønnsmessig, kan det stilles spørsmål ved dommens overføringsverdi. Avgjørelsen illustrerer likevel en ikke helt upraktisk situasjon. Det kan tenkes en barnefamilie bestående av en forelder og barn som kommer til Norge fra et annet land og en annen kultur, hvor det i langt større grad er akseptabelt med fysiske avstraffelser av barn. Fortsetter slik avstraffelse etter ankomst til Norge, kan det bli aktuelt å straffe omsorgspersonen, som ikke har noe øvrig nettverk i landet. Problemstillingen vil i så tilfelle kunne bære likhetstrekk til saksforholdet i Rt. 2015 s. 1115.

Det kan trekkes paralleller fra flertallets argumentasjonsmønster i denne saken, til mindretallets i Rt. 2011 s. 462, som omtalt i kapittel 4.2. I begge votaene ble det lagt avgjørende vekt på hensynet til de konkrete barna, selv om det var sterke allmenne hensyn som talte for å ilegge domfelte ubetinget fengsel. Som kommentert i analysen av Rt. 2011 s. 462, kan det spørres om dommen er et tegn på en oppmykning i Høyesteretts praksis i retning av at hensynet til det konkrete barnets beste veier tyngre i avveiningen. Flertallet fulgte riktig nok opp tidligere praksis, men i motsetning til i de tidligere dommene ble denne avsagt med dissens med tre mot to dommere. Det skal utvises forsiktighet med å hevde at Rt. 2015 s. 1115 er et tilsvarende tegn på en utvikling i retning av økt vektlegging av hensynet til det konkrete barnets beste, særlig på grunn av særtrekkene i saksforholdet. Likevel er det dette som fremstår som å ha vært det avgjørende både for flertallet i 2015 og for mindretallet i 2011.

I forlengelsen av dette kan det videre trekkes noen paralleller til avgjørelsen i HR-2019-1675-A. Saken gjaldt en kvinne som hadde unnlatt å skaffe livsnødvendig hjelp til sin 13 år gamle datter som led av alvorlige spiseforstyrrelser. Dette resulterte i at datteren døde, og moren ble dømt etter strl. § 283 jf. § 282. Retten erkjente at moren hadde hatt en krevende omsorgssituasjon og at hun hadde hatt til hensikt å hjelpe datteren, men disse omstendighetene måtte komme i bakgrunnen når de ble veid opp mot hensynet til å beskytte barn. Retten viste i den forbindelse blant annet til uttalelsen i HR-2017-2315-A avsnitt 18 om at straffeforfølgning av voldsutøvere inngår som en integrert del av barns rettsbeskyttelse.⁷¹ Riktig nok ble moren i Rt. 2015 s. 1115 straffeforfulgt, men kjernen i uttalelsen virker å trekke i retning av at det heller ikke skal være kurant å bruke omsorg for barn som et argument for en mildere straff for vold

⁷¹ HR -2019-1675-A avsnitt 66

mot nettopp de samme barna. Uttalelsen synes å helle mot mindretallets syn i Rt. 2015 s. 1115. Selv om det ikke nødvendigvis betyr at utfallet ville blitt annerledes om saken hadde stått for Høyesterett i dag, viser uttalelsen uansett at 2015-avgjørelsen etter alt å dømme var et grensetilfelle – noe dissensen på 3-2 allerede illustrerer.

4.4 Narkotikakriminalitet

Narkotikakriminalitet er en tredje form for kriminalitet der det kan oppstå spenninger mellom hensynet til barnets beste og allmennprevensjonen i straffutmålingen. Særlig gjelder dette for de mest alvorlige narkotikaforbrytelsene, som knytter seg til profesjonalisert og organisert narkotikavirksomhet der det tjenes store summer på innførsel og salg av ulovlige rusmidler. Slik kriminalitet er i dag ansett som et stort samfunnsproblem, blant annet på grunn av de helsemessige, sosiale og samfunnsøkonomiske skadevirkningene den medfører.⁷² Derfor gjør det seg også gjeldende sterke allmennpreventive hensyn på området. At det er den organiserte narkotikavirksomheten som anses som den mest alvorlige, gjenspeiles i straffelovens forarbeider. Der fremheves det at narkotikabestemmelsene med de høyeste strafferammene særlig tar sikte på «de virkelig store bakmennene».⁷³ Den generelle straffutmålingsbestemmelsen i strl. § 77 e) fastslår også at lovbrudd som er «ledd i en planlagt eller organisert virksomhet» i seg selv er straffeskjerpene. De sterke allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende i slike tilfeller tilsier at terskelen for å la hensynet til barnets beste være avgjørende for straffutmålingen er høy. Dette kapitlet tar sikte på å trekke ut retningslinjer for hvilken vekt de ulike hensynene innbyrdes får i praksis, sammenlignet med økonomisk- og voldskriminalitet.

I Rt. 2011 s. 695 var spørsmålet om domfelte kunne ilegges samfunnsstraff for brudd på strl. 1902 § 162 første og andre ledd, for oppbevaring av 1983 gram amfetamin. På domstidspunktet var hun 24 år gammel, gravid og ikke tidligere straffedømt. Retten kom enstemmig frem til at hennes underordnede rolle i forhold til hovedmennene og det faktum at hun frivillig hadde sluttet med rus og gjort store endringer i livet, tilsa at hun kunne dømmes til samfunnsstraff.

⁷² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 93-94

⁷³ Ibid s. 95

Av særlig interesse er det at retten avslutningsvis fant grunn til å kommentere betydningen av domfeltes graviditet for straffutmålingen. Førstvoterende erkjente at det «som den store hovedregel» ikke vil være til barnets beste at mor må sone en lengre fengselsstraff, da dette vil medføre et betydelig tilknytningsbrudd.⁷⁴ Likevel fant retten det betenkelig at en etterfølgende graviditet skal medføre at domfelte idømmes samfunnsstraff i stedet for fengselsstraff. Da dette i praksis ville kunne fungere som en oppfordring for kvinnelige tiltalte til å bli gravide for å få en mildere straff, kunne det ikke legges vekt på graviditeten. Uttalelsen var ikke avgjørende for dommens resultat, slik at det er å anse som et obiter dictum. Dette begrenser den rettskildemessige verdien noe, men det er likevel et klart standpunkt fra Høyesteretts side om at etterfølgende graviditet – i alle all som hovedregel – ikke er en formildende omstendighet.

Avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1744 dreide seg om straffutmålingen overfor en kvinne som var dømt for oppbevaring av ca. 95 kilo hasj etter strl. 1902 § 162 første jf. tredje ledd. Det sentrale spørsmålet for retten var om det forelå grunnlag for å anvende samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengsel. Domfelte var tidligere ustraffet og hadde eneomsorgen for en datter på 6 år. På grunn av dårlig økonomi hadde hun tatt på seg et betalt oppdrag om å oppbevare et parti hasj på ca. 95 kilo for en bekjent. En til to måneder senere ble det gjort innbrudd i domfeltes leilighet, og politiet ble tilkalt til adressen. Domfelte avga da en uforbeholden tilståelse overfor politiet. Hun var på dette tidspunktet ikke klar over at politiet hadde kunnskap om mulig oppbevaring av hasj i leiligheten. Et flertall på tre dommere kom til at straffen kunne settes til samfunnsstraff, mens to dommere mente hun måtte dømmes til ubetinget fengselsstraff.

Både Høyesteretts flertall og mindretall var enige med lagmannsretten om at forholdene i utgangspunktet kvalifiserte til fengsel i fire år, samt at samarbeidet med politiet medførte at straffen kunne halveres og dermed settes til to år. Dissensen knyttet seg til vurderingen av om samfunnsstraff burde idømmes. Etersom det var tale om lovbrudd som kvalifiserte til fengsel i mer enn et år, måtte det foreligge «sterke grunner» for at det skulle være anledning til å idømme samfunnsstraff, jf. strl. § 28a andre ledd.

Som i Rt. 2015 s. 1115, hvor domfelte hadde utøvd vold mot sine to barn, vurderte flertallet og mindretallet omsorgsalternativene for domfeltes datter ulikt. Flertallet hadde vansker med å se

⁷⁴ Rt. 2011 s. 695 avsnitt 26

at barnefar og hans familie kunne gi henne tilfredsstillende omsorg, som ble ansett som et «tungtveiende» moment for at domfelte burde idømmes samfunnsstraff.⁷⁵ Samtidig vurderte flertallet at lovbruddet var alvorlig, og at det kunne medføre uheldige signaleffekter dersom hensynet til domfeltes barn skulle fritta henne fra fengselsstraff. Likevel ble hensynet til datteren, i sammenheng med domfeltes vidtgående samarbeid med politiet, avgjørende for at retten «under tvil» mente det burde anvendes samfunnsstraff. Flertallet vurderte at en slik straff dessuten ville ivareta de allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende i tilstrekkelig grad.⁷⁶

Mindretallet sluttet seg til flertallets vurdering om at situasjonen for domfeltes datter var «bekymringsfull».⁷⁷ Imidlertid la mindretallet til grunn at barnets far kunne fungere som et akseptabelt omsorgsalternativ for tiden domfelte eventuelt måtte sone i fengsel. Når det gjaldt domfeltes samarbeid med politiet, ble det fremhevet at dette allerede hadde blitt tillagt vesentlig vekt i den forstand at det hadde redusert straffen med 50%. Mindretallet mente derfor ikke at samarbeidet kunne tillegges vekt også ved valg av straffart. Endelig vektla mindretallet hensynet til barnets beste i vid forstand, og uttalte at «[n]år hensynet til barnets beste skal veies mot hensynet til allmennprevensjonen, er det etter mitt syn også av betydning at barn under 18 år er en ikke uvesentlig kjøpergruppe ved omsetning av hasj med de skadevirkninger dette har».⁷⁸

Gjennomgangen over viser at Høyesterett hadde delte oppfatninger om flere spørsmål i denne avgjørelsen. Flertallet la for det første vekt på domfeltes samarbeid med politiet både i forbindelse med valg av straffereaksjon og straffens omfang. Mindretallet anså dette som å gi samarbeidet dobbel vekt, da det innebar å halvere utgangspunktet fra fire til to års fengsel, i tillegg til å brukes som argument for å bruke samfunnsstraff i stedet for to års fengsel. Dessuten vurderte flertallet og mindretallet datterens omsorgssituasjon forskjellig. Mens mindretallet vurderte at datteren ville få tilstrekkelig omsorg hos far, var flertallet skeptisk til dette. Dette fremstår som et tungtveiende argument i begge leirer. Generelt sett fremstår flertallets votum som mer pragmatisk enn mindretallets, som foretar en mer systematisk behandling av alle relevante momenter. Denne forståelsen av Høyesterett underbygges av at flertallet stemmer for

⁷⁵ Rt. 2011 s. 1744 avsnitt 25

⁷⁶ Ibid avsnitt 27

⁷⁷ Ibid avsnitt 33

⁷⁸ Ibid avsnitt 35

samfunnsstraff av hensyn til domfeltes datter, mens mindretallet synes å bruke en kombinasjon av allmennprevensjonen og hensynet til barnets beste som en kollektiv rettighet som argument for at det må reageres strengt mot denne type narkotikakriminalitet. Dommen illustrerer hvordan hensynet til barnets beste både kan være et argument både for milde og strenge straffer, avhengig av hvilket perspektiv som anlegges. I tillegg er avgjørelsen et eksempel på at grensedragningen mellom allmennprevensjon og hensynet til barnets beste som kollektiv rettighet kan være utfordrende. I noen tilfeller kan begge hensyn tale for samme løsning, av de samme grunner. Dermed kan hensynet til barnets beste som kollektiv rettighet i praksis støtte opp under allmennprevensjonens vekt i enkelte tilfeller.

At hensynet til barnets beste kan tale for to ulike løsninger i samme sak finner man eksempler på i flere avgjørelser. I Rt. 2015 s. 833 hadde domfelte sammen med en annen ervervet 15 000 Rivotriltabletter, ca. 4,6 kilo hasjij og ca. 1 kilo marihuana. De hadde så transportert narkotikaen fra Oslo til Bergen. Spørsmålet for Høyesterett var om det var grunnlag for å ilegge domfelte samfunnsstraff. Hun hadde eneomsorgen for en 16 år gammel datter med psykiske utfordringer, og det var klart at dersom moren ble idømt ubetinget fengselsstraff måtte barnevernet overta omsorgen under soningen. Også i denne saken var det tale om et lovbrudd som kvalifiserte til fengsel i minst ett år, og det skulle derfor «sterke grunner» til for å idømme samfunnsstraff, jf. strl. 1902 § 28a. Under henvisning til Rt. 2015 s. 693 avsnitt 10 fremhevet Høyesterett blant annet at vurderingen må «bero på en konkret vurdering av hvor inngrepene det vil være for barnet at en omsorgsperson må sone en fengselsstraff, og de preventive hensynene som taler mot en straff i frihet». Det ble også fremhevet at vilkåret «må anvendes slik at det ikke kommer i strid med Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3», hvor det følger at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.⁷⁹ Uttalelsen tilsier at Høyesterett ønsker å synliggjøre at det skal legges vekt på hensynet til barnets beste også ved vurderingen av om det foreligger «sterke grunner», og at forsømmelse av dette kan medføre at bestemmelsen brukes i strid med Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. I et bredere perspektiv viser uttalelsen dessuten at Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 får en stadig mer aktiv rolle i Høyesteretts avgjørelser.

⁷⁹ Rt. 2015 s. 833 avsnitt 14

Førstvoterende så først på hva som ville være i datterens interesse. Retten viste til at BUP i en uttalelse hadde vurdert det slik at fosterhjemsplassing ville redusere datterens muligheter til å nyttiggjøre seg psykoterapeutisk behandling.⁸⁰ Med andre ord var det nærliggende at en eventuell fengselsstraff ville forverre datterens psykiske helse. Retten anså det derfor som i datterens interesse at moren ble dømt til samfunnsstraff, slik at omsorgssituasjonen kunne opprettholdes.

Deretter så Høyesterett til hensyn som talte mot bruk av samfunnsstraff i den aktuelle saken. Det ble for det første vist til at «den klare hovedregel» var at et lovbrudd som det foreliggende skal medføre fengselsstraff.⁸¹ Retten sammenlignet så saken med Rt. 2011 s. 1744, som er omtalt over. I motsetning til domfelte i 2011, hadde ikke domfelte i denne saken erkjent forholdet eller samarbeidet med politiet. Førstvoterende sluttet seg også til de synspunkter om mulige signaleffekter som både flertallet og mindretallet i 2011-dommen hadde fremhevet. Det ble uttalt at det kunne ha «uheldige konsekvenser for barn i et større perspektiv», og at det kunne gjøre det «lettere å rekruttere omsorgspersoner til å begå slike forbrytelser, typisk som kurér eller ved å oppbevare narkotika».⁸² Det ble også fremhevet at hensynet til å beskytte barn og unge mot narkotikamisbruk med tyngde inngår i de allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende ved utmålingen for narkotikaovertrædelser.⁸³ Det var dessuten et poeng at det her var på det rene at barnevernet ville måtte overta omsorgen for domfeltes datter under soningen, og at både barnevernet og kriminalomsorgen var forpliktet til å følge prinsippet om barnets beste i sin oppfølging av datteren og gjennomføring av straffen. Dermed konkluderte retten enstemmig med at «hensynet til barnets beste, selv om det i seg selv er et tungtveiende hensyn, ikke kan føre til idømmelse av samfunnsstraff i denne saken».⁸⁴ I denne avgjørelsen følger Høyesterett opp mindretallet i Rt. 2011 s. 1744 sine synspunkter om barnets beste som kollektiv rettighet. Ettersom det er et overordnet mål om å skjerme barn fra narkotikaomsetning, i tillegg til at omstendighetene ellers ikke var like formildende som i Rt. 2011 s. 1744, ble dette avgjørende for at en enstemmig Høyesterett stemte for ubetinget fengselsstraff.

⁸⁰ Rt. 2015 s. 833 avsnitt 15-18

⁸¹ Ibid avsnitt 21

⁸² Ibid avsnitt 24

⁸³ Ibid avsnitt 25

⁸⁴ Ibid avsnitt 27

En avgjørelse av nyere dato er HR-2019-1236-A. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om det av hensyn til domfeltes barn var grunnlag for å dømme henne til samfunnsstraff for innføring av 645 gram kokain fra Tyskland til Norge. Dette hadde hun gjort på grunn av pengemangel, samt at hun hadde eneomsorg for fire barn. Domfelte var ikke tidligere straffedømt, og da hun ble oppdaget ga hun en uforbeholden tilståelse. Lagmannsretten hadde dømt henne til fengsel i to år, hvorav ett år ble gjort betinget. For at Høyesterett skulle kunne idømme henne samfunnsstraff, måtte det foreligge «sterke grunner», jf. strl. 2005 § 48 andre ledd. Under henvisning til tidligere rettspraksis, ble det vist til at det måtte foreligge «spesielle og tungtveiende grunner» for å anvende samfunnsstraff ved slike grove narkotikaovertridelser som det var tale om her.⁸⁵

Retten innledet sin vurdering med å slutte seg til lagmannsrettens synspunkt om at straffen i utgangspunktet måtte settes til fengselsstraff i to år og seks måneder. At hun hadde samarbeidet med politiet kvalifiserte imidlertid til en straffereduksjon på 20 prosent. Før barnas situasjon var blitt vurdert, ble to års fengselsstraff vurdert som en passende straff.

Deretter ble barnas situasjon gjenstand for vurdering. Det var på det rene at barnevernet ville bli nødt til å overta omsorgen for barna dersom domfelte måtte sone i fengsel, da domfelte ikke hadde noe nettverk som kunne ta seg av dem i mellomtiden. Den eldste sønnen på 15 år ble beskrevet som sårbar. De andre barna hadde en aldersadekvat utvikling, men plassering i fosterhjem ble uansett ansett som belastende for dem. Særlig gjaldt dette for de to yngste barna på henholdsvis to år og tre måneder. Det ble også ansett som en tilleggsbelastning at barna sannsynligvis ville måtte plasseres i ulike fosterhjem. Samlet sett talte hensynet til barna med styrke for at domfelte skulle ilegges samfunnsstraff.

Hensynet til barnets beste forble fokuset også i den videre argumentasjonen, men da på en annen måte. I avsnitt 30 ble det uttalt at «[h]ensynet til barnets beste er imidlertid ikke bare et spørsmål om hensynet til de konkrete barna saken dreier seg om. Det må også tas hensyn til hva barn mer allment vil være tjent med». Det ble pekt på at å dømme omsorgspersoner til mildere straffer enn det er grunnlag for kan føre til en negativ signaleffekt, i den forstand at personer med omsorgsansvar lettere vil kunne bli rekruttert inn og utnyttet i narkotikavirksomhet. At

⁸⁵ HR-2019-1236-A avsnitt 20

omsorgspersoner havner i slik virksomhet «er åpenbart ikke i barns interesse».⁸⁶ Det ble dessuten fremhevet som et tankekors at «dersom hensynet til de to yngste blir utslagsgivende til fordel for samfunnsstraff i denne saken, ville konsekvensen lett kunne bli nærmest automatikk i at personer med aleneomsorg for svært små barn ikke risikerte fengselsstraff for narkotikaovertrедelser av den grovhet vi her står overfor». Dette mente Høyesterett hadde «svært betenkelige sider».⁸⁷ Som i de to foregående omtalte avgjørelsene, Rt. 2011 s. 1744 og Rt. 2015 s. 833, ble det altså rettet oppmerksomhet rundt hensynet til barnets beste som en kollektiv rettighet. Sammenlignet med avgjørelsene om økonomisk- og voldskriminalitet, får dette perspektivet oftere og større plass i Høyesteretts resonnement når det gjelder narkotikakriminalitet. En nærliggende forklaring på dette er at avgjørelsene i de foregående kapitlene i større grad fremstod som enkeltstående hendelser, uten preg av samarbeid med andre. Narkotikakriminalitet, derimot, begås langt oftere som ledd i en større organisert virksomhet, som gjør at allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende med stor styrke. Det vil være en svært uheldig utvikling om personer med omsorgsansvar kan bedrive utstrakt narkotikavirksomhet i visshet om at det ikke vil medføre fengselsstraff. På denne måten vil kriminelle indirekte få et incentiv om å få barn for å sikre sin egen frihet, eventuelt om å rekruttere personer med omsorgsansvar for barn inn i virksomheten. En slik utvikling vil helt klart være i strid med prinsippet om barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd.

Høyesterett viste også til den tidligere omtalte avgjørelsen i Rt. 2015 s. 833, hvor det ble lagt til grunn at hensynet til barnets beste i vid forstand «i noen grad» kan nøytraliseres ved å vektlegge at domfelte har tilstått og samarbeidet med politiet.⁸⁸ Retten fant likevel at domfeltes samarbeid i foreliggende tilfelle hadde helt begrenset verdi, og la derfor ikke særlig vekt på dette. Heller ikke en sammenligning med saksforholdet i Rt. 2011 s. 1744 mente førstvoterende kunne tas til inntekt for at det ville være riktig å idømme samfunnsstraff i foreliggende sak. I 2011-dommen hadde domfeltes samarbeid ført til at hele sakskomplekset ble oppklart, selv om hun var blitt utsatt for drapstrusler. Samarbeidet i foreliggende tilfelle var ikke av samme karakter. Dessuten ble det vist til at 2011-avgjørelsen ble avsagt under dissens, og at også flertallet uttrykte tvil om samfunnsstraff var riktig reaksjon.

⁸⁶ HR-2019-1236-A avsnitt 30

⁸⁷ Ibid avsnitt 42

⁸⁸ Ibid avsnitt 31

Retten mente at hensynet til allmennprevensjonen gjorde seg gjeldende med stor styrke i den aktuelle saken. Det ble vist til at domfelte hadde et klart profittmotiv, og at det ikke var noe hun tilfeldigvis hadde blandet seg inn i. Det ble også fremhevet at reglene om prøveløslatelse og andre straffeprosessuelle virkemidler til en viss grad kunne redusere belastningen for barna. Det ble ikke konkretisert hvilke virkemidler retten siktet til, men kriminalomsorgen er i alle tilfeller forpliktet til å følge prinsippet om barnets beste, i tillegg til at det også finnes flere bestemmelser som skal sikre kontakt med foreldre og barn under soning, samt muligheter for soningsutsettelse i tillegg til tidlig prøveløslatelse.⁸⁹ En enstemmig Høyesterett kom så, i likhet med lagmannsretten, til at straffen måtte settes til to års fengsel, hvorav ett år ble gjort betinget av hensyn til barna.

Denne avgjørelsen er et tydelig eksempel på de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når personer med omsorgsforpliktelser gjør seg skyldig i narkotikalovbrudd. Samtidig er den illustrerende for spenningsforholdet mellom hensynet til barnets beste og hensynet til allmennprevensjon. Her talte hensynet til domfeltes barn med styrke for samfunnsstraff, samtidig som det gjorde seg gjeldende sterke allmennpreventive hensyn. Synspunktet om at hensynet til barnets beste også er en kollektiv rettighet, som tidligere fremhevet i Rt. 2011 s. 1744 og Rt. 2015 s. 833, ble også fulgt opp. På samme måte som i Rt. 2015 s. 693, som gjaldt en kvinne som hadde kastet et ølglass mot en ordensvakt, falt Høyesterett ned på en mellomløsning av hensyn til barna. Dette illustrerer at det er mulig å falle ned på en løsning som til dels ivaretar alle hensyn, for eksempel ved å gjøre straffen delvis betinget.

⁸⁹ Hhv. forskrift om straffegjennomføring § 1-3 andre ledd, straffegjennomføringsloven § 31 sjuende ledd, straffeprosessloven § 459 andre ledd og straffegjennomføringsloven §§ 16 og 42

5 Oppsummerende refleksjoner

5.1 Dagens rettstilstand

Det er i dag ingen tvil om at bestemmelsene i FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd stadfester at hensynet til barnets beste er et relevant hensyn når det skal utmåles straff i omsorgspersoners straffesaker. Det er også klart at hensynets vekt er en aktuell problemstilling i dagens samfunn. Senest i november 2021 ble det avsagt en dom i Gulating lagmannsrett, hvor det springende punkt var om tingrettens dom på et års ubetinget fengsel skulle omgjøres av hensyn til domfeltes 11 år gamle datter.⁹⁰ Domfelte var dømt for omsorgsunndragelse etter strl. 1902 § 216 første ledd og strl. § 261 første ledd, for å ha tatt datteren med til utlandet uten fars samtykke. Lagmannsretten slo fast at allmennpreventive hensyn i utgangspunktet tilsa at det måtte reageres med «ubetinget fengsel av noen lengde». En enstemmig lagmannsrett fant likevel at en slik reaksjon ville ramme datteren, som ble beskrevet som å være i en «svært sårbar situasjon», så hardt at straffen måtte gjøres betinget i sin helhet. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse at den hadde «funnet den konkrete fastsettelsen av reaksjon vanskelig». Dette illustrerer både hensynets aktualitet og viktigheten av å ha retningslinjer for straffutmålingen der hensynet kommer i konflikt med motstående hensyn.

Høyesterettspraksis viser at hensynet til barnets beste ofte taler for en annen straffereaksjon enn rettskildene i utgangspunktet gir anvisning på, oftest slik at hensynet til barnet taler for at omsorgspersonen idømmes betinget fengsel eller samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengselsstraff. Men også straffens omfang kan påvirkes av hensynet til barnets beste. Muligheten for å gjøre fengselsstraff delvis betinget fører i noen tilfeller til at en straff som ellers ville vært ubetinget i sin helhet, gjøres delvis betinget av hensynet til domfeltes barn.

Rettspraksis viser likevel at omsorgsansvar for barn i seg selv ikke nødvendigvis er et argument for at lovbryteren skal idømmes en mildere straff. I avgjørelsene som gjennomgått i kapittel 4 bruker Høyesterett gjennomgående formuleringer som tilsier at terskelen for å la hensynet til barnets beste bli avgjørende for en mildere straff er høy. Dette gjelder både på området for økonomisk kriminalitet, voldskriminalitet og narkotikakriminalitet.⁹¹ I Rt. 2015 s. 693 avsnitt

⁹⁰ Gulating lagmannsretts dom 1. november 2021, (sak nr. 21-061351AST-GULA/AVD2)

⁹¹ Se f.eks. Rt. 2005 s. 158 avsnitt 9, Rt. 2015 s. 693 avsnitt 8 og HR-2019-1236-A avsnitt 20 jf. Rt. 2011 s. 695 avsnitt 14

9 finnes en uttalelse som langt på vei synes dekkende for dagens rettstilstand: Dersom barnet rammes hardere enn det som er vanlig dersom omsorgspersonen må sone i fengsel, kan dette begrunne bruk av samfunnsstraff. I lys av øvrig rettspraksis, virker dette også å være tilfellet for bruk av betinget fengselsstraff.

I forlengelsen av dette viser rettspraksis at det særlig er tre momenter som er relevante for avveiningen: om det finnes alternative omsorgspersoner som kan ivareta omsorgen av barnet, barnets alder og barnets sårbarhet. Desto yngre og mer sårbart barnet er, særlig dersom det ikke finnes alternative omsorgspersoner, desto større er sannsynligheten for at barnet rammes hardere enn det som er rimelig å forvente. Men selv om dette skulle være tilfellet, er det ingen automatikk i at domfelte vil tilkjennes en mildere straff. Hensynet til barnets beste må fortsatt veies opp mot andre hensyn som gjør seg gjeldende, herunder særlig allmennprevensjonen. Det vil i alle tilfeller være opp til den enkelte dommer å avgjøre hvilken straff som er riktig i det enkelte tilfellet, på bakgrunn av de retningslinjer som fremgår av rettspraksis og rettskildene for øvrig.

Selv om det kan virke paradoksalt, kan hensynet til barnets beste imidlertid også tale for at omsorgspersonen idømmes en streng straff. Særlig avgjørelsene som er omtalt i kapitlet om narkotikakriminalitet er illustrerende for dette. Avgjørelsen i Rt. 2011 s. 695 viser dessuten at det ikke kan legges vekt på hensynet til barnet dersom unnfangelsen finner sted etter at lovbruddet er begått. Umiddelbart kan dette standpunktet fremstå som en tilsidesettelse av hensynet til barnets beste. I et bredere perspektiv er dette imidlertid en måte å ivareta hensynet til beste som en kollektiv rettighet for barn som samfunnsgruppe. Ved å gjøre det tydelig at etterfølgende graviditet ikke utgjør en formildende omstendighet, blir dette et virkemiddel som motvirker at lovbrutere blir gravide i den hensikt om å redusere sin egen straff. Dermed kan domstolene bidra til å hindre at barn blir født inn i familier preget av kriminalitet og ustabilitet.

5.2 Utviklingstrekk

Siden inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i 2003 er det klart at hensynet til barnets beste har fått en stadig mer sentral rolle i omsorgspersoners straffesaker. Utviklingen kan først og fremst identifiseres i rettspraksis. Høyesterett går i langt større grad enn tidligere inn i vurderinger av barnets situasjon, vurderingstemaene blir stadig spissere, og som kapittel 5.1 viser, kan det etter hvert pekes på noen klare vurderingsmomenter som er veiledende for den

konkrete straffutmålingen. At straffutmålingen er utpreget skjønnsmessig er som innledningsvis kommentert verken mulig eller ønskelig å unngå, men nyere rettspraksis gir domstolene en solid ramme for vurderingen av de konkrete omstendigheter. Selv om det er krevende for Høyesterett å gi klare prejudikater gitt vurderingenes konkrete og skjønnsmessige karakter, fremstår behandlingen av hensynet til barnets beste i dag som stadig mer betryggende.

Analysen av rettspraksis i kapittel 4 viser at allmennprevensjonen gjør seg sterkt gjeldende i alle de tre kriminalitetstypene, og det er ingenting som tilsier at det vil bli mindre aktuelt i fremtiden. I lys av at også barnets beste har fått økt oppmerksomhet og betydning de siste tiårene, kan det virke som om rettstilstanden står på stedet hvil. Dersom et av hensynene skal få økt betydning, må det nødvendigvis legges mindre vekt på det andre. Likevel er ikke den økte betydningen av både allmennprevensjon og hensynet til barnets beste gjensidig utelukkende. Gjennom analysen av rettspraksis fra de siste tiår blir det tydelig at Høyesterett vurderer det konkrete barnets situasjon i større grad enn før, noe som også i økende grad blir synliggjort i premissene. Både FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd stadfester at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ikke nødvendigvis det avgjørende hensynet i alle tilfeller. Når barnets situasjon blir tilstrekkelig kartlagt og hensyntatt, sikrer det også barnets rettssikkerhet, selv om det i mange tilfeller må vike for andre hensyn.

Til dette kommer også at rettspraksis viser at hensynet til barnets beste er et svært vidt begrep som brukes på flere måter. Særlig i forbindelse med narkotikakriminalitet viser Høyesteretts praksis at hensynet til barnets beste i en viss utstrekning brukes som en kollektiv rettighet, i den forstand at det er til barns beste generelt at de ikke blir eksponert for narkotikakriminalitet. Slik sett kan hensynet tale for en streng straff, gjerne i form av ubetinget fengsel. Når det gjelder økonomisk- og voldskriminalitet, ser man i større grad at Høyesterett vektlegger hensynet til det konkrete barnets beste. Som tidligere påpekt, henger dette naturlig sammen med at narkotikakriminalitet i større utstrekning er organisert og profesjonalisert, sammenlignet med de tilfellene av økonomisk- og voldskriminalitet som gjennomgått i kapittel 4. I slike tilfeller er det større grunn til å være varsom med å tillegge hensynet til det konkrete barnets beste avgjørende vekt. Dersom hensynet får stor betydning for straffutmålingen, kan dette i praksis fungere som et incentiv for kriminelle å rekruttere omsorgspersoner inn i narkotikavirksomhet. Det er nærliggende at de samme betraktninger vil gjøre seg gjeldende også ved annen organisert økonomisk kriminalitet, noe bestemmelsen i strl. § 77 e) også gir anvisning på.

5.3 Bør hensynet til barnets beste lovfestes i straffeloven? En rettspolitisk vurdering

På bakgrunn av det ovennevnte kan det reises spørsmål om lovgivningen som allerede eksisterer, sammenholdt med retningslinjer fra Høyesterett, gir tilstrekkelig veiledning for vektleggingen av hensynet til barnets beste i straffutmålingen. I forlengelsen av dette kan det spørres om prinsippet om barnets beste bør inntas i straffeloven, som et supplement til de generelle lovfestede reglene i FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd.

Når det gjelder lovreguleringen av hensynet til barnets beste, har det som allerede nevnt solid forankring både i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og i Grunnloven § 104 andre ledd. Disse bestemmelsene er imidlertid generelt utformet og er ikke knyttet spesifikt til det strafferettslige planet. Til sammenligning er hensynet inntatt i flere spesialbestemmelser, herunder barnelova § 48, barnevernloven § 4-1 og utlendingsloven § 38 tredje ledd. Selv om også disse bestemmelsene er utformet generelt, og dermed isolert sett gir begrenset videre veiledning for bruken av hensynet, fremhever denne reguleringen hensynets stilling på området. Ved å gjøre det samme i straffeloven vil man kunne belyse at det er et sentralt hensyn også i strafferetten. Samtidig vil det åpne for ytterligere føringer gjennom lovgivningsprosessen til å supplere Høyesteretts prejudikater. På denne måten kan man i større grad legge til rette for likebehandling.

På den andre siden avsies det jevnlig avgjørelser fra Høyesterett som berører temaet, og som analysen i kapittel 4 viser, blir disse stadig mer utførlige og gir god veiledning for avveiningen. At vektingen av hensynet til barnets beste er svært konkret fra sak til sak er dessuten uunngåelig, og på grunn av dette er det usikkert hvilken praktisk effekt en eventuell lovfesting vil få.

Å innlemme hensynet til barnets beste i straffeloven kan videre by på noen utfordringer. Som påpekt i kapittel 3.4 skiller hensynet til barnets beste seg fra de øvrige skjerpene og formildende omstendighetene i strl. §§ 77 og 78, i den forstand at hensynet verken knytter seg til lovbrøteren personlig eller den kriminaliserte handlingen. I lys av dette fremstår det som unaturlig å plassere hensynet til barnets beste i disse bestemmelsene. Straffeloven § 78 e) om lang saksbehandlingstid som formildende omstendighet viser likevel at det kan være grunn til å innta omstendigheter som ikke er direkte relatert til lovbrøteren eller lovbruddet, for eksempel

der omstendigheten har en side til internasjonale konvensjonsrettigheter. Et sentralt poeng i den forbindelse er imidlertid at strl. § 78 e) er inntatt for å sørge for at kravet om rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6 ivaretas, en rettighet som tilkommer domfelte selv. Hensynet til barnets beste er en rettighet som tilkommer domfeltes barn, og fremstår dermed som i utkanten av bestemmelsens kjerne.

En annen utfordring en eventuell lovfesting kan medføre er synliggjøringen av de ulike dimensjonene av hensynet til barnets beste. Rettspraksis viser, som flere ganger påpekt, at hensynet til barnets beste etter omstendighetene kan være et argument både for en mild og en streng straff i samme sak, avhengig av hvilken rekkevidde man tillegger hensynet. Hensynet til lovbrüterens barn kan tale for en straff i frihet, mens hensynet til barn som samfunnsgruppe kan av preventive hensyn tale for en streng straff. Kirsten Sandbergs forslag om å innta hensynet i strl. § 78, forutsetter at hensynet kun skal forankres i lovtekst som en formildende omstendighet. For å sikre at loven gjenspeiler rettstilstanden så presist som mulig, kan det spørres om det i så tilfelle også bør inntas et forbehold om at hensynet til barnets beste i vid forstand i noen tilfeller veier tyngre enn hensynet til det konkrete barnet. Dette vil på den ene siden ta høyde for mer nyansert bruk av hensynet, samtidig som det unektelig kan medføre kompliserte lovbestemmelser som potensielt kan føre til et mindre oversiktlig regelverk.

Likevel er det klart at i de fleste tilfeller der hensynet til barnets beste aktualiseres, opptrer det i form av en formildende omstendighet. En tilføyelse i kun strl. § 78 vil dermed neppe medføre dramatiske konsekvenser. Domstolene er dessuten, som påpekt i kapittel 3.1, bundet av de verdier straffelovgivningen bygger på. En naturlig forståelse av dette er at de anvender utmålingsreglene i tråd med lovgiverviljen og tidligere rettspraksis. På denne måten kan uheldige utslag av en lovfesting enkelt avbøtes i domstolene. Mer problematisk blir det dersom straffelovens bestemmelser gir en skjev fremstilling av vekten av hensynet til barnets beste, da dette kan komme i konflikt med den enkeltes behov for forutberegnelighet. Selv om det kan spørres hvor mange lovbrüterer som ser til straffelovens generelle bestemmelser om skjerpene og formildende omstendigheter før de velger å begå straffbare handlinger, er det prinsipielt uheldig om straffeloven og høyesterettspraksis signaliserer ulik bruk og vekt av hensynet til barnets beste. Dette under forutsetning av at det faktisk ikke er lovgivers vilje å endre rettstilstanden.

Etter gjennomgangen av både lovgivning, rettspraksis og juridisk teori, er det i dag klart at domstolene tar bestemmelsene i FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 andre ledd på alvor, og lar hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn i straffutmålingen for deres omsorgspersoner. Selv om en eventuell lovfestelse av hensynet til barnets beste i straffeloven kan tilføye rettstilstanden noen flere retningslinjer fra lovgiver, kan det også medføre unødvendig kompliserte lovbestemmelser. På bakgrunn av betraktningene gjort i dette kapitlet er det etter mitt syn ikke nødvendig å innlemme hensynet til barnets beste i straffeloven i dag.

Kilderegister

Lover

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
1969	Lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)
1980	Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)
1981	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1992	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap mv. (regnskapsloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2001	Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven)
2003	Lov 1. august 2003 nr. 86 om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
2010	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Forskrift

2002 Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring

Forarbeider

NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I
NOU 1992: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V
Ot.prp. nr. 42 (1997-1998)	Om lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)
Innst. O nr. 51 (1998-1999)	Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
NOU 2002: 4	Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII
Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp. nr. 8 (2007–2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Prop. 97 L (2009-2010)	Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerpning av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)

Konvensjoner

- 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).
- 1989 Convention of the Rights of the Child, 20. november 1989. (FNs barnekonvensjon).

Rettspraksis

- Rt. 1950 s. 646
- Rt. 1977 s. 1207
- Rt. 1978 s. 393
- Rt. 1991 s. 510
- Rt. 1996 s. 905
- Rt. 2002 s. 374
- Rt. 2004 s. 1074
- Rt. 2004 s. 1626
- Rt. 2005 s. 158
- Rt. 2010 s. 422
- Rt. 2011 s. 462
- Rt. 2011 s. 695
- Rt. 2011 s. 1744

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 693

Rt. 2015 s. 833

Rt. 2015 s. 1115

HR-2017-2315-A

HR-2019-1236-A

HR-2019-1675-A

Gulating lagmannsretts dom 1. november 2021, (sak nr. 21-061351AST-GULA/AVD2)

Litteratur

Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett og «barnets beste» som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2016, s. 243-268.

Bårdsen, Arnfinn, «Barnekonvensjonen i Høyesteretts praksis», foredrag ved høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen 1. november 2016, Oslo

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/barnerettsdagen-2016.pdf>, (lest 18. august 2021)

Eskeland, Ståle og Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, 5. utg., Cappelen Damm 2017.

FNs barnekomité, General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Conventions on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), (CRC/GC/2003/5)

FNs barnekomité, General Comment No. 14 (2013): 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)

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen og Asbjørn Strandbakken, *Forbrytelser i utvalg: straffelovens regler om voldsforbrytelser, seksualforbrytelser, formuesforbrytelser og narkotikaforbrytelser*, 1. utg., Fagbokforlaget 2020

Holmboe, Morten, *Fengsel eller frihet*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2016.

Matningsdal, Magnus, *Norsk lovkommentar: Straffeloven*, note 607, Rettsdata.no (lest 2. desember 2021)

Sandberg, Kirsten, «Barnets beste i lovgivningen: Betenkning til Barnevoldsutvalget», 2016

<https://www.regjeringen.no/contentassets/3be8090f3c354f5eb821535142071c50/3.-barnets-beste-i-lovgivningen-kirsten-sandberg.pdf>, (lest 26. august 2021)

Skoghøy, Jens Edvin A, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»)» i *Jussens Venner* nr. 6 2015, vol. 50, s. 287-309.

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red)., 4. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 19-33.