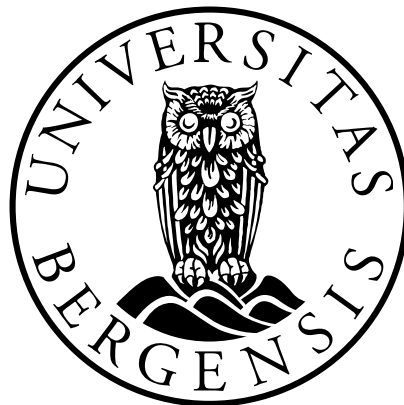


Barnekonvensjonen og forvaringsstraff

*I hvilken utstrekning regulerer barnekonvensjonen
bruk av tidsubestemt fengselsstraff av barn?*

Kandidatnummer: 221

Antall ord: 11 369



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

1	Introduksjon	2
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet.....	2
1.2	Videre fremstilling.....	5
2	Tolkning av barnekonvensjonen	7
2.1	Folkerettslig metode	7
2.2	Barnekomiteens generelle kommentarer og merknader til konvensjonsstatene.....	10
3	Grunnleggende hensyn og prinsipper for barn i konflikt med loven	11
3.1	Utgangspunkt for bruk av fengselsstraff av barn.....	11
3.2	Grunnleggende prinsipper og hensyn	12
3.2.1	Hensynet til barnets beste.....	12
3.2.2	Barnets rett til utvikling.....	13
3.2.3	Betydningen av barnets alder	14
4	Forvaringsstraff av barn	16
4.1	De alminnelige vilkårene for forvaringsstraff i strl. § 40	16
4.2	Helt ekstraordinære omstendigheter	18
4.3	Tidsramme, forlengelse og prøveløslatelse ved forvaring.....	22
5	Forbudet mot livsvarig fengsel i art. 37 bokstav a	25
5.1	Forbudets kjerne og begrensinger for norsk rett.....	25
5.2	Forbud mot tidsubestemt straff?	26
5.2.1	Vilkåret «life imprisonment» og forvaringsstraff	26
5.2.2	Hensynet til barnets beste og barnets rett til utvikling	29
5.3	Prosessuelle krav til løslatelse	32
6	Avsluttende bemerkninger	36
	Litteraturliste	38

1 Introduksjon

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) inneholder et bredt spekter av rettigheter for barn, også rettigheter for barn i strafferettspleien. Den sentrale konvensjonsbestemmelsen i denne fremstillingen er artikkel 37 bokstav a annet punktum. Artikkelen oppstiller blant annet et forbud mot «life imprisonment without possibility of release».¹

Opgavens tema er hvilke krav barnekonvensjonen stiller til reaksjonsvalget ved straff av barn med utgangspunkt i forbudet i art. 37 bokstav a annet punktum.

Norge ratifiserte barnekonvensjonen i 1991, og i 2003 ble konvensjonen inkorporert i norsk lov ved menneskerettsloven § 2 nr. 4.² Konvensjonen ble også gitt forrang ved motstrid med annen lovgivning.³ Begrunnelsen for den aktive innarbeidelsen av barnekonvensjonen var blant annet et ønske om «å styrke konvensjonens stilling nasjonalt».⁴

Opgavens overordnede problemstilling er om, og eventuelt hvilke, begrensninger barnekonvensjonen oppstiller for idømmelsen av forvaringsstraff av barn.

Etter norsk rett kan lovbrøyttere under 18 år idømmes forvaringsstraff etter straffeloven (strl.) § 40 første ledd andre setning, dersom det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».⁵

Den kriminelle lavalderen i Norge er 15 år.⁶ Dermed kan barn mellom 15 til 18 år idømmes «lovens strengeste straff»⁷, som i sin ytterste konsekvens medfører frihetsberøvelse resten av livet.⁸

¹ I oppgaven vil jeg vise til den engelske konvensjonsteksten ettersom den norske oversettelsen ikke er «authentic» versjon, jf. art. 54 første ledd.

² Njål Høstmælingen, Elin Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Universitetsforlaget 2020 s. 29.

³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3. Bestemmelsen regulerer kun konsekvensene av motstrid, ikke hvorvidt det foreligger motstrid, jf. NOU 1993:18 s. 167.

⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 24.

⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) § 40.

⁶ Strl. § 20 første ledd.

⁷ Prop. 135 L (2010–2011) s. 104.

⁸ Linda Grønning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019 s. 620.

Særvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble innført av lovgiver i 2012.⁹ Før innføringen av denne terskelen sondret ikke straffeloven mellom idømmelse av forvaring for de over og under 18 år.¹⁰ Ved innføringen av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble dermed adgangen til å idømme barn mer begrenset, sammenliknet med den tidligere rettstilstanden.

Før vedtakelsen i 2012 ble temaet behandlet i to lovutredninger, og begge disse utredningene endte med en anbefaling om å legge ned forbud mot forvaringsstraff av barn.¹¹ Synspunktet om å forby bruk av forvaringsstraff ble blant annet begrunnet med at barnets utvikling og modning skaper en usikkerhet for om forvaring er riktig reaksjon, og belastningen straffen innebærer for barnet.¹² Videre blir det fremhevet at barnekonvensjonen art. 37 bokstav a synes å bygge på en grunntanke om at det bør unngås at «lovbrudd begått av barn gir mulighet for livsvarig frihetsberøvelse».¹³ Til tross for dette ønsket ikke lovgiver å stenge for adgangen til å idømme barn forvaringsstraff, og vedtok derfor strl. § 40 første ledd andre setning.¹⁴

Imidlertid hadde det fra innføringen av forvaringsstraff i 2002¹⁵, frem til innføringen av særregelen for barn i 2012, ikke blitt benyttet slik straff overfor barn.¹⁶ Det nærmeste tilfellet er Rt. 2011 s. 1717 hvor en 21 år gammel gjerningsperson ble idømt forvaring.

Etter ikrafttreddelsen av strl. § 40 første ledd annet punktum har det vært flere saker i domstolene hvor spørsmålet om forvaringsstraff av barn er vurdert.¹⁷ Det er totalt snakk om åtte rettsavgjørelser hvor forvaringsstraff ble vurdert, og i tre av disse ble forvaringsstraff idømt.¹⁸

⁹ Prop.135 L (2010–2011) s. 104.

¹⁰ NOU 2002: 4 s. 252–253.

¹¹ NOU 2002: 4 s. 253-254; NOU 2008: 15 s. 147-148

¹² NOU 2002: 4 s. 253.

¹³ NOU 2008: 15 s. 105.

¹⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 105.

¹⁵ Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902 - opphevet) § 39 slik den lød frem til 2002.

¹⁶ Morten Holmboe, «Forvaring av unge lovbrøyttere – et ubehagelig aktuelt tema» *TfS* 2020 s. 227-252 på s. 229.

¹⁷ Disse sakene er HR-2017-290-A (Vollen-saken); HR-2019-832-A (Vulkan-saken); LA-2017-112563 (Lund-saken); LA-2018-112662 (Sørlandssentret-saken); LG-2019- 105200 (Varhaug); LB-2020-34882 (voldtekt); TKISA-2017-90977 (Internatskole); LE-2019-122942 (Vinstra).

¹⁸ De tre sakene hvor forvaring ble idømt er HR-2017-290-A (Vollen-saken); HR-2019-832-A (Vulkan-saken); LB-2020-34882 (voldtekt).

Denne utviklingen i antall saker om forvaringsstraff av barn har skapt reaksjoner. Det er tatt til orde for at adgangen til bruk av forvaringsstraff av barn bør oppheves.¹⁹ Det er likevel konsensus i juridisk teori om at bruk av slik straff ikke utgjør et brudd på barnekonvensjonen, ettersom konvensjonen i art. 37 bokstav a kun forbyr bruk av livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse.²⁰ Bakgrunnen for dette standpunktet er for det første at forvaringsstraff er tidsubestemt og ikke livsvarig, samt at det foreligger prosessuelle regler om prøveløslatelse i strl. §§ 43 og 44.

I 2018 kom FNs barnekomité likevel med en klar oppfordring om at Norge må slutte med forvaringsstraff av barn.²¹ Barneombudet uttrykte i 2021 at de var bekymret for den økte bruken av forvaringsstraff overfor barn og oppfordret Justisdepartementet til å iverksette tiltak for å etterleve barnekomiteen sin anbefaling.²²

Barnekomiteen sin uttalelse om forvaringsstraff henger trolig sammen med deres økende fokus på konvensjonsstatenes bruk av tidsubestemt straff. I 2019 uttalte komiteen at de «strongly recommends» at statene avskaffer alle former for livsvarig fengsel, inkludert tidsubestemt straff, for alle lovbrudd begått av personer som var under 18 år på gjerningstidspunktet.²³ Videre uttalte de at all bruk av frihetsberøvende tiltak mot barn skal være «strictly time limited».²⁴ Disse uttalelsene kan tas til inntekt for at bruk av forvaringsstraff av barn ligger tettere opp mot forbudet i art. 37 bokstav a enn tidligere antatt.

Oppgaven vil som følge av dette ha et særskilt fokus på i hvilken utstrekning forbudet mot livstidsstraff i art. 37 bokstav a regulerer bruk av slik tidsubestemt straff som følger av strl. § 40. Begrepet tidsubestemt straff forstås derfor i denne fremstillingen som forvaringsstraff.

Problemstillingen aktualiserer to ulike aspekter ved bruk av forvaringsstraff. Det første spørsmålet blir om adgangen til å bruke slik straff er i strid med barnekonvensjonen. Med andre ord om forbudet i art. 37 bokstav a regulerer både livsvarig og tidsubestemt fengselsstraff. For det andre blir spørsmålet om de prosessuelle rammene rundt bruk av

¹⁹ Se eksempelvis Morten Holmboe, «Utvalgte høyesterettsavgjørelser i strafferett 2021» *TfS* 2022 nr. 1, s. 47-66 på s. 62.

²⁰ Se eksempelvis Holmboe (2020) s. 241-242; HR-2017-290-A avsnitt 72; NOU 2008:15 s. 105.

²¹ Concluding Observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway 2018 (CRC/C/NOR/CO/5-6) punkt 35 bokstav a.

²² Inga Bejer Engh og Elin Kjørholt, «Funn etter gjennomgang av saker der barn er fengslet i perioden 2016-2019», Barneombudet.no, 2021 (lest 08.12.23).

²³ General comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system (CRC/C/GC/24) punkt 81.

²⁴ CRC/C/GC/24 punkt 6 bokstav v.

forvaringsstraff, herunder reglene om tidsramme og prøveløslatelse i strl. §§ 43 og 44, møter de prosessuelle garantiene som følger av vilkåret om «without possibility of release» i art. 37 bokstav a.

Begge underproblemstillingene fordrer en kartlegging av de aktuelle reglene i barnekonvensjonen og straffeloven. Barnekonvensjonens bestemmelser tolkes ved bruk av den folkerettslige tolkningsmetoden, som redegjøres for i kapittel 2. Reglene om bruk av forvaringsstraff etter straffeloven tolkes ved en rettsdogmatisk redegjørelse, med særlig fokus på terskelbestemmelsen for saker mot barn.²⁵

1.2 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg først gjennomgå den alminnelige folkerettslige tolkningsmetoden (kapittel 2.1), og videre redegjøre for rettskildemessige særtrekk ved fortolkning av barnekonvensjonen (kapittel 2.2).

Kapittel 3 inneholder en redegjørelse for utgangspunktet for bruk av fengselsstraff overfor barn (kapittel 3.1), samt hensynet til barnets beste, barnets rett til utvikling og betydningen av barnets alder (3.2).

Videre i kapittel 4 følger det en rettsdogmatisk redegjørelse for de alminnelige vilkårene for forvaringsstraff (kapittel 4.1) og en redegjørelse for terskelen «helt ekstraordinære omstendigheter» for bruk av forvaringsstraff overfor barn (kapittel 4.3). Deretter vil de prosessuelle ramme rundt forlengelse av straffen og adgangen til prøveløslatelse redegjøres for (kapittel 4.3).

Kapittel 5 er en kartlegging av forbudet mot «life imprisonment without possibility of release» i art. 37 bokstav a. Først kartlegges forbudets kjerne både generelt og i lys av norsk rett (kapittel 5.1), videre redegjøres det for om bestemmelsen omfatter tidsubestemt straff (kapittel 5.2) og til slutt hvilke prosessuelle garantier for løslatelse bestemmelsen oppstiller (kapittel 5.3).

²⁵ Med rettsdogmatisk redegjørelse mener jeg kartlegging av regelens innhold gjennom bruk av alminnelig juridisk metode. Hvor de relevante rettskildene er lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

Avslutningsvis i kapittel 6 kommer jeg med noen avsluttende bemerkninger om forholdet mellom barns rettigheter etter barnekonvensjonen og adgangen til å idømme barn forvaringsstraff.

2 Tolkning av barnekonvensjonen

2.1 Folkerettslig metode

Ved fortolkning og anvendelse av folkerettslige bestemmelser gjelder andre tolkningsregler og prinsipper enn etter den alminnelige juridiske metodelæren. Ettersom oppgavens redegjørelse for innholdet til forbudet i art. 37 bokstav a tar utgangspunkt i folkerettslig metode, så er det nødvendig å presisere innholdet i denne metoden. I det følgende vil det redegjøres for den folkerettslige metoden for tolkning av barnekonvensjonen.

Det alminnelige utgangspunktet ved fortolkning av konvensjoner er den folkerettslige tolkningslæren som følger av Vienna Convention on the Law of Treaties (Wien-konvensjonen) av 1969. Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men tolkningsreglene i artikkel 31 til 33 gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett, og gjør seg dermed gjeldende for fortolkning av Norges folkerettslige forpliktelser.²⁶

Den mest sentrale tolkningsregelen følger av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 og lyder: «A treaty shall be interpreted *in good faith* in accordance with the *ordinary meaning* to be given to the terms of the treaty in their *context* and in the light of its *object and purpose*.». (Min kursivering).

Bestemmelsen oppstiller fire prinsipper for konvensjonstolkning. FNs folkerettskommisjon uttalte i forarbeidene til Wien-konvensjonen at disse fire tolkningsprinsippene skal anvendes i en «single combined operation». ²⁷ Det innebærer at det er én tolkningsregel bestående av fire elementer.

Utgangspunktet i den folkerettslige tolkningslæren er at konvensjonsbestemmelsen skal tolkes i tråd med dens «ordinary meaning». Det er den alminnelige betydningen av et ord som skal legges til grunn. Det er derimot ikke tilstrekkelig å legge ordlydens grammatiske betydning til grunn, ettersom ordlyden må tolkes ut ifra den sammenhengen den er brukt i («context») og

²⁶ Jf. eksempelvis HR-2019-282-S avsnitt 48.

²⁷ FN, “Draft Articles on the Law of Treaties - with commentaries” 1966, s. 219, avsnitt 8.

traktatens formål («object and purpose»)²⁸ Det er den alminnelige forståelse i den aktuelle konvensjonen det siktes til.²⁹

Barnekonvensjonen har både bestemmelser som etter sin ordlyd har et klart og entydig innhold, og bestemmelser som må forstås på bakgrunn av flere ulike kilder. Et eksempel på det sistnevnte er ordlyden «life imprisonment *without possibility of release*» i art. 37 bokstav a (min egen kursivering). Vilkåret behandles nedenfor i kapittel 5.3. Ordlyden gir liten veiledning for hva slags mulighet til prøveløslatelse som må foreligge. Imidlertid har barnekomiteen oppstilt flere prosessuelle garantier for adgangen til prøveløslatelse.

Behovet for å benytte tolkningsbidrag fra samtlige elementer i Wien-konvensjonen art. 31 vil variere ut ifra konvensjonsbestemmelsens formulering og karakter. Formålet ved fortolkningen er å finne den forståelsen av ordlyden som best reflekterer konvensjonspartenes kollektive intensjon.³⁰ Slik som i avtaleretten generelt, er det partenes subjektive oppfatning som er avgjørende.

Videre følger det av Wien-konvensjonen art. 31 at konvensjonstolkningen skal skje ut ifra bestemmelsens «context». Konvensjonen må leses og tolkes som et helhetlig arbeid.³¹ Konteksten omfatter blant annet konvensjonens fortale og vedlegg, samt andre bestemmelser i konvensjonen.³² Fortalen har blitt en stadig mer sentral rettskilde innen folkeretten, og kan normalt gi veiledning om konvensjonssamarbeidets målsetting og bakgrunn. Barnekonvensjonen sin fortale speiler derimot innholdet i konvensjonen dårlig. Gjennomgående vektlegger den barnets behov for beskyttelse og familiens betydning, heller enn barns aktive rettigheter.³³

FNs barnekomité har uttalt at barnekonvensjonen har fire generelle prinsipper; art. 2 om ikke-diskriminering, art. 3 nr. 1 om hensynet til barnets beste, art. 6 om barnets rett til liv og utvikling, og art. 12 om barnets rett til å bli hørt.³⁴ Dette innebærer at konvensjonens øvrige bestemmelser må tolkes i lys av disse fire bestemmelsene. Fornes har i sin fremstilling tatt til

²⁸ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2018 s. 95.

²⁹ Ruud og Ulfstein (2018) s. 95.

³⁰ Amrei Müller, «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning» *Jussens Venner*, 52 (2017) nr. 4, s. 222-259, på s. 228-229.

³¹ Müller (2017) s. 231.

³² Wien-konvensjonen art. 31 andre avsnitt; Ruud og Ulfstein (2018) s. 96.

³³ Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 27.

³⁴ CRC/GC/2003/5, punkt 12.

orde for at denne tolkningsregelen er et utslag av prinsippet om at konvensjonsbestemmelser skal tolkes i lys av konvensjonens «object and purpose».³⁵ Kravet om å tolke en konvensjon i tråd med dens formål er ment å sikre at konvensjonen ikke blir overflødig eller ineffektiv.³⁶

At konvensjonsbestemmelsene skal tolkes «in good faith» innebærer for det første at tolkningen skal ivareta legitime forventinger hos partene og forhindre at enkelte konvensjonsstater vinner en urimelig fordel gjennom fortolkningen av konvensjonsbestemmelsene.³⁷ Her står lojaliteten til de øvrige konvensjonsstatene sentralt. For det andre skal tolkningsprinsippet sikre at konvensjonen som helhet gir mening og at tolkningen gir et fornuftig resultat.³⁸

Tolkningsregelen i Wien-konvensjonen art. 31 skal munne ut i et rimelig tolkningsresultat. Blir tolkningsresultatet derimot uklart, absurd eller urimelig følger det av Wien-konvensjonen art. 32 at «the preparatory work of the treaty» (konvensjonens forarbeider) og «the circumstances of its conclusion» (omstendigheter rundt vedtakelsen) kan tjene som supplerende tolkningsmomenter. Disse tolkningsmomentene har begrenset vekt og er ment å gi tolkningsbidrag som kan støtte en fortolkning etter art. 31.³⁹ Art. 32 kan etter dette forstås som en sikkerhetsmekanisme mot svært uheldige og utilsiktede tolkningsresultater.

Begrepet forarbeider har ikke et entydig innhold slik det har etter norsk juridisk metode, og det er dermed et bredt spekter av materiale fra utarbeidelsene og tilslutningen til konvensjonen som kan være relevant etter art. 32.⁴⁰ Vekten til synspunkter fra slike dokumenter vil bero på blant annet hvor klare de er, hvorvidt flere dokumenter gir uttrykk for det samme og hvilken oppslutning synspunktet har hos de aktuelle konvensjonspartene.⁴¹

Arbeidet med barnekonvensjonen strakk seg over en 10 års periode med en rekke ulike aktører, og det er dermed et betydelig antall dokumenter utarbeidet under arbeidet.⁴² Det kan derfor være vanskelig å få innsikt i hva konvensjonspartene mente og ønsket, og man bør dermed være tilbakeholden med å trekke slutninger fra forarbeidsdokumentene.

³⁵ Ingunn Fornes, *Straff av barn: frihetsstraffene og alternativene*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2021 s. 33.

³⁶ Müller (2017) s. 241.

³⁷ Müller (2017) s. 246 med videre henvisninger.

³⁸ Müller (2017) s. 246.

³⁹ Müller (2017) s. 254.

⁴⁰ Müller (2017) s. 252 med videre henvisninger.

⁴¹ Müller (2017) s. 252 med videre henvisninger.

⁴² Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 27.

2.2 Barnekomiteens generelle kommentarer og merknader til konvensjonsstatene

Det eksisterer ingen domstol eller liknende håndhevingsorgan som håndhever barnekonvensjonen. FNs barnekomité har derimot en sentral funksjon ved både gjennomføring og tolkning av konvensjonen. Komiteen har til hovedoppgave å vurdere hvorvidt partene virkeliggjør de forpliktelser de har påtatt seg ved tilslutning til barnekonvensjonen, jf. art. 43 nr. 1. Komiteen gir både generelle kommentarer og merknader til enkeltstater.

De generelle kommentarene omhandler tolkning av bestemte artikler eller andre viktige spørsmål.⁴³ Per desember 2023 har barnekomiteen kommet med 26 generelle kommentarer, hvorav to av disse omhandler barns rettigheter i rettssystemet.⁴⁴ Disse kommentarene er ikke rettslig bindende, men er nyttige retningslinjer for tolking og anvendelse av konvensjonens artikler.⁴⁵

Konvensjonsorganers praksis, slik som barnekomiteen sine generelle kommentarer, er ikke en sentral rettskilde i folkeretten tradisjonelt sett.⁴⁶ Høstmølingen gir derimot uttrykk i sin fremstilling for at slike rettskilder i praksis har større betydning enn det de kodifiserte reglene for tolkning av konvensjoner gir uttrykk for. Et slikt standpunkt har støtte i Høyesterett sin tilnærming til bruk av barnekomiteens uttalelser, ettersom de legger «stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer».⁴⁷

Komiteens merknader til hver enkelt konvensjonsstat gis på grunnlag av deres innrapportering⁴⁸, og merknadene inneholder både bekymringer og anbefalinger.⁴⁹ Disse merknadene er heller ikke juridisk bindende, og etterlevelse beror i stor grad på statens ressurser og politiske vilje.⁵⁰

⁴³ Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 27.

⁴⁴ General Comment No. 10 (2007) Children's rights in juvenile justice (CRC/C/GC/10) og CRC/C/GC/14.

⁴⁵ Njål Høstmølingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg., Universitetsforlaget 2012 s. 85.

⁴⁶ Høstmølingen (2012) s. 99 viser i sin fremstilling til statuttene til den internasjonale domstolen og Wienkonvensjonen.

⁴⁷ HR-2020-661-S avsnitt 80. Saken omhandlet direkte EMK art. 8 om retten til familieliv, men uttalelsen er av en generell karakter.

⁴⁸ Barnekonvensjonen art. 44 nr. 1

⁴⁹ Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 25.

⁵⁰ Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 25.

3 Grunnleggende hensyn og prinsipper for barn i konflikt med loven

3.1 Utgangspunkt for bruk av fengselsstraff av barn

Før den nærmere kartleggingen av adgangen til å idømme barn forvaringsstraff etter strl. § 40 og forbudet mot livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse etter barnekonvensjonen art. 37 bokstav a, vil det være hensiktsmessig å ta et skritt tilbake og se på noen av de hensyn og formål som er i spill ved bruk av frihetsberøvende straffer overfor barn.

Straffeloven har en rekke ulike regler som regulerer reaksjonsfastsettelse og straffeutmåling for gjerningspersoner mellom 15 og 18 år. Det følger av strl. § 33 første setning at ubetinget fengselsstraff bare kan benyttes når det er «særlig påkrevd». Videre kan forvaringsstraff kun idømmes når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter», jf. § 40 første ledd andre setning.

Disse særreguleringene er et resultat av lovgivers uttrykte ønske om at barn i så liten grad som mulig idømmes frihetsberøvende straff, og at terskelen for bruk av slike tiltak skal være høy.⁵¹

Barnekonvensjonen legger mange av de samme føringene for bruk av frihetsberøvende tiltak overfor barn. Det følger av art. 37 bokstav b annet punktum at frihetsberøvelse av barn «shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time». Slik sett begrenser barnekonvensjonen art. 37 bokstav a og b hva slags straffereaksjoner konvensjonsstatene kan benytte overfor barn, og i hvilken utstrekning frihetsberøvende straff kan benyttes.

Videre fastsetter art. 40 nr. 1 at behandlingen av barn i strafferettspleien skal ta hensyn til «the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society». Art. 40 nr. 1 om barnets rett til reintegrering henger tett sammen med barnets rett til utvikling, som behandles i kapittel 3.2.2.

⁵¹ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435.

Barnekomiteen har uttalt at strafferettspleien er skadelig for barn og begrenser deres mulighet til å bli ansvarsfulle voksne.⁵² Konvensjonsbestemmelsene skal dermed sikre at barns samhandling med strafferettspleien begrenses i størst mulig grad.

3.2 Grunnleggende prinsipper og hensyn

3.2.1 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er en sentral rettighet i barneretten både nasjonalt og internasjonalt.⁵³ Prinsippet er knesatt i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 og lyder «[i]n all actions concerning children [...] the best interests of the child shall be a primary consideration».

I nasjonal lovgivning ble barns rettsstilling løftet frem av lovgiver ved arbeidet med å endre Grunnloven i 2014.⁵⁴ I det nye menneskerettighetskapitlet i Grunnloven ble hensynet til barnets beste grunnlovfestet i § 104 annet ledd.⁵⁵

I flere avgjørelser fra Høyesterett, som omhandler grensedragningen mellom idømmelse av en reaksjon i frihet og en frihetsberøvende straff, brukes hensynet til barnets beste som et moment i reaksjonsfastsettelsen.⁵⁶ Hensynet til barnets beste innebærer, ifølge Høyesterett, at det som best tjener barnet må avveies mot andre interesser.⁵⁷ Tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn forskyves i saker om barn. Dette innebærer at det som tjener barnet best trer i forgrunnen, og kan kun tilsidesettes av særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke ivaretas i tilstrekkelig grad av en straffereaksjon i frihet.⁵⁸

Denne vektleggingen av individualpreventive hensyn speiler barnekomiteen sitt syn på hensynet til barnets beste i strafferetten. Komiteen har uttalt at hensynet til barnets beste

⁵² CRC/C/GC/24 punkt 2.

⁵³ Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 55.

⁵⁴ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.). Tilføyd ved grunnlovsvedtak 13. mai 2014 kunngjort ved res. 14 mai 2014 nr. 628.

⁵⁵ Grl. § 104 første ledd tilsvarer barnekonvensjonen art. 12 nr. 1 om retten til å bli hørt, Grl. § 104 tredje ledd tilsvarer barnekonvensjonen art. 6 om rett til utvikling. Videre oppstiller Grl. §§ 94 og 95 rettssikkerhetsgarantier som tilsvarer rettigheter i barnekonvensjonen art 40.

⁵⁶ Se eksempelvis Rt. 2010 s. 1313; Rt. 2011 s. 206 avsnitt 16-17; Rt. 2012 s. 34 avsnitt 12; Rt. 2012 s. 1322 avsnitt 8.

⁵⁷ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13.

⁵⁸ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

innebærer at «the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives».⁵⁹ Likefult finnes det tilfeller hvor hensynet til barnets beste må vike, og ifølge barnekomiteen må prinsippet anvendes «with attention to effective public safety».

I ytterste konsekvens kan hensynet til den offentlige sikkerheten innebære at det er behov for å idømme barn en tidsubestemt fengselsstraff. Ved innføringen av særregelen for barn i strl. § 40 uttalte lovgiver at forvaringsstraff tilnærmet aldri skulle anvendes overfor barn «på grunn av den belastning en slik tidsubestemt straff vil kunne påføre et barn».⁶⁰ I rettspraksis har vurderingen blitt formulert som et spørsmål om «vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».⁶¹

I praksis utgjør hensynet til barnets beste en skranke for idømmelse av frihetsberøvende straff, både tidsbestemt og tidsubestemt, og det må vurderes konkret om hensynet kan tilsidesettes ut ifra andre hensyn og omstendigheter i den enkelte saken. Adgangen til å idømme barn forvaring behandles nærmere nedenfor i kapittel 4.2.

3.2.2 Barnets rett til utvikling

Et annet sentralt hensyn ved behandlingen av barn i strafferettspleien er barnets rett til utvikling. Prinsippet følger av barnekonvensjonen art. 6 nr. 2 som sier at konvensjonsstatene skal sikre «the [...] development of the child».⁶²

Soning av frihetsberøvende straffer er allment kjent å være skadelig for barn og deres utvikling.⁶³ Dermed må behandlingen av mindreårige lovbrøtere gjennomføres på en måte som best mulig legger til rette for deres videre utvikling.⁶⁴ En slik målsetning forutsettes av barnekonvensjonen art. 40 nr. 1 som uttrykker målsetningen om at barn etter soning skal kunne påta seg en konstruktiv rolle i samfunnet. Barnekomiteen har uttalt at art. 40 innebærer at et barn må få tilbud om utdanning, behandling og omsorg som skal muliggjøre reintegreringen, og at jevnlig vurdering av barnets utvikling er nødvendig for å avgjøre når

⁵⁹ CRC/C/GC/10 punkt 10.

⁶⁰ Prop. 135 L (2010-2011) punkt 14.1.

⁶¹ HR-2017-290-A.

⁶² Den norske oversettelsen lyder barnet «vokser opp», men denne ordlyden er kritisert i teorien og foreslått endret til «utvikling», se Høstmølingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) s. 77.

⁶³ CRC/C/GC/10 punkt 11.

⁶⁴ CRC/C/GC/10 punkt 11.

løslatelse er mulig.⁶⁵ Målsetningen om å tilrettelegge for barnets videre utvikling følger også av prinsippet om at barn skal frihetsberøves i så korte tidsrom som mulig, jf. art. 37 bokstav b.

I rettspraksis blir det i saker om reaksjonsvalg overfor mindreårige gjerningspersoner gjennomgående vektlagt forhold knyttet til deres mulighet til en positiv utvikling og et liv uten kriminalitet. Dette gjelder både i sondringen mellom en reaksjon i frihet og frihetsberøvende straff, samt i sondringen mellom en tidsbestemt og en tidsubestemt straff.

I Rt. 2010 s. 1313⁶⁶ ble en mindreårig gjerningsperson idømt samfunnsstraff for lovbrudd som normalt ville medført ubetinget fengsel. Bakgrunnen for dette var blant annet at vedkommende nå var i en positiv utvikling mot et liv uten kriminell adferd. Retten uttalte at en dom på samfunnsstraff ville kunne «bidra til ytterligere struktur i [gjerningspersonens] hverdag og støtte opp om hans personlige modning», mens en fengselsstraff ville «kunne legge til rette for en negativ utvikling som det senere blir vanskelig å snu».⁶⁷

Ved vurderingen av om vilkårene for idømmelse av forvaringsstraff i saker mot barn legger domstolen også gjennomgående stor vekt på gjerningspersonens utsikter til utvikling. Dette står sentralt i vurderingen av om ubetinget fengsel gir et tilstrekkelig vern av samfunnet eller om forvaringsstraff må idømmes. Dette behandles nærmere i kapittel 4.2.

3.2.3 Betydningen av barnets alder

I forarbeidene til § 40 fremheves det at det er «uomtvistet at lovbrysterens unge alder er et tungtveiende moment ved valg av reaksjon, noe som tilsier at forvaring, som må kunne sies å være lovens strengeste reaksjon, ikke skal anvendes».⁶⁸ Samme synspunkt er lagt til grunn av Høyesterett i eksempelvis HR-2017-290-A hvor retten uttaler at gjerningspersonens svært lave alder «er et meget tungt argument for ikke å dømme [vedkommende] til forvaring».⁶⁹

At barnets alder er av betydning ved reaksjonsfastsettelsen følger også av strl. § 78 bokstav i. Her fastsettes det at det er en formildende omstendighet for straffeutmålingen at lovbrysteren

⁶⁵ CRC/C/GC/24 punkt 81.

⁶⁶ Denne avgjørelsen har i ettertid blitt omtalt som en kursendring innen hensynsvurderingen i saker om straffeutmåling overfor barn, og blitt fulgt opp i praksis, se Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 31-32; Rt. 2011 s. 206 avsnitt 16-17; Rt. 2012 s. 34 avsnitt 12; Rt. 2012 s. 1322 avsnitt 8, og av lovgiver i Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

⁶⁷ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 18.

⁶⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

⁶⁹ Jf. avsnitt 77.

var «under 18 år på handlingstidpunktet». Dette medfører at barn idømmes en kortere fengselsstraff enn voksne.

At gjerningspersonens lave alder står sentralt ved reaksjonsvalget henger sammen med at barn er ansett å generelt sett ha mindre skyldene enn voksne. Barnekomiteen har uttalt at barn skiller seg fra voksne med tanke på deres fysiske og psykiske utvikling, og at de derfor innehar «lesser culpability», altså skyldene.⁷⁰ Videre sier art. 40 nr. 1 at behandlingen av barn i strafferettspleien skal ta hensyn til barnets alder.

I rettspraksis har Høyesterett uttalt at «så unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjonen forutsetter».⁷¹ At barn generelt sett ansees å inneha mindre skyldene enn voksne medfører at terskelen for å idømme barn strenge strafferettslige sanksjoner bør være høyere enn for voksne. Dette utgangspunktet er fulgt opp i både barnekonvensjonen og straffelovgivningen.⁷²

Høyesterett sin tilnærming til betydningen av barnets alder i vurderingen av om forvaringsstraff skal idømmes har vært gjenstand for kritikk. Dette behandles nedenfor i kapittel 4.2.

Betydningen av barnets alder vil imidlertid bero på barnets faktiske alder. Ettersom barnet er i en modningsprosess er det naturlig at barnet i større grad kan holdes ansvarlig for handlingene sine jo eldre barnet er. En slik tilnærming er lagt til grunn i høyesterettspraksis, herunder Rt. 2013 s. 776 hvor retten uttalte at «[d]esto yngre barnet er, desto mer må det til før fengsel kan benyttes som straffereaksjon overfor barnet».⁷³ Barnekomiteen har gitt uttrykk for det samme standpunktet i sin generelle kommentar nr. 24 (2019) hvor de begrenser bruken av fengselsstraff til «older children only».⁷⁴

⁷⁰ CRC/C/GC/24 punkt 2.

⁷¹ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25 (annenvoterende på vegne av flertallet). Dommen omhandlet direkte grensedragningen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengselsstraff for mindreårige lovbytere, men uttalelsen er av generell karakter.

⁷² Jf. barnekonvensjonen art. 37 bokstav b; strl. §§ 33 og 40.

⁷³ Avsnitt 25.

⁷⁴ CRC/C/GC/24 punkt 6 bokstav v.

4 Forvaringsstraff av barn

4.1 De alminnelige vilkårene for forvaringsstraff i strl. § 40

Adgangen til å idømme forvaringsstraff følger av strl. § 40. For at straffereaksjonen skal være aktuell må gjerningspersonen for det første ha begått «et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse», eller et annet lovbrudd som «krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare», jf. første ledd første setning. Videre må det ved lovbrudd av en alvorlig art foreligge en nærliggende fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd, jf. annet ledd.⁷⁵ Til slutt kreves det at fengsel ikke ansees som tilstrekkelig for å verne andres liv, helse og frihet, jf. første ledd første setning.

Forvaringsstraff er altså aktuelt der gjerningspersonen har begått et alvorlig lovbrudd, og hvor det foreligger fare for gjentakelse både på domstidspunktet og det fremtidige løslatelsestidspunktet. Straffen ble innført for å verne samfunnet mot farlige forbrytere.⁷⁶

Er disse vilkårene oppfylt «kan» domstolen velge å idømme forvaringsstraff, jf. § 40 første ledd første setning. For de under 18 år kan derimot ikke forvaring idømmes, med mindre det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter», jf. § 40 første ledd siste setning.

Hvilke konkrete lovbrudd som kan kvalifisere til forvaringsstraff angir ikke strl. § 40. Dette var bevisst fra lovgivers side, og det ble overlatt til rettspraksis å utvikle de nærmere grensedragningene for hvilke overtredelser som kan medføre forvaringsstraff. I forarbeidene er det derimot uttalt at det er «særlig farlige volds – og voldspregete forbrytelser samfunnet skal beskyttes mot».⁷⁷ Dermed vil lovbrudd som medfører en mer indirekte fare, som narkotikaforbrytelser eller uaktsomhetsforbrytelser, falle utenfor.⁷⁸

⁷⁵ Adgangen til å idømme forvaring ved mindre alvorlige lovbrudd behandles ikke i denne fremstillingen. Dette fordi det ikke foreligger rettspraksis hvor forvaringsstraff er vurdert overfor barn som har begått mindre alvorlige lovbrudd. Se også Fornes (2021) hvor det på s. 363 uttales at forvaring av barn trolig kun er aktuelt ved alvorlige lovbrudd.

⁷⁶ NOU 1990: 5 s. 105.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

Vilkåret om fare for gjentakelse krever at det foreligger en kvalifisert fare for tilbakefall og at denne på domstidspunktet vurderes som reell.⁷⁹ Denne faren må knytte seg til nye alvorlige lovbrudd som i seg selv ville gitt grunnlag for forvaringsstraff, jf. «som nevnt i første ledd» i § 40 annet ledd.

Rammen for gjentakelsesvurderingen følger av § 40 fjerde ledd. Her heter det at «det legges vekt på det begåtte lovbruddet sammenholdt særlig med lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Ordlyden sier at det er det begåtte lovbruddet og gjerningspersonens fungering som står sentralt i vurderingen av faren for nye krenkelser. Tidligere begått kriminalitet står også sentralt, ettersom dette stadfester et kriminelt mønster, jf. annet punktum.⁸⁰

Grunnvilkåret om samfunnsvern har klare paralleller til vilkåret om gjentakelsesfare. Ulikheten ligger i at vurderingen av gjentakelsesfare skjer ut ifra situasjonen ved domstolsbehandling, mens grunnvilkåret omhandler den antatte gjentakelsesfaren på løslatelsestidspunktet.⁸¹ Vilket om at «fengselsstraff ikke ansees tilstrekkelig» viser at forvaringsstraffen er en straffereaksjon som først er aktuell der de alminnelige strafferettslige reaksjonene ikke strekker til.⁸²

Den aktuelle faren mot samfunnet er faren for krenkelser mot enkeltindivider, jf. formuleringen «andres liv, helse og frihet» i § 40 første ledd første setning. Hva slags fare som kreves på løslatelsestidspunktet er ikke generelt redegjort for i forarbeidene eller rettspraksis, derimot er det avklart at faren ved endt soning ikke må være «nærliggende».⁸³

Vurderingen tar utgangspunkt i den aktuelle forbrytelsen, lengden på den alternative fengselsstraffen og hvilken grad av gjentakelsesfare som er konstatert.⁸⁴ Tidsperspektivet for vurderingen er at fengselsstraffen sonens fullt ut, og det skal ikke tas hensyn til en eventuell prøveløslatelse.⁸⁵ Spørsmålet er hvilken fare som antas å foreligge på løslatelsestidspunktet, og en lang fengselsstraff vil dermed ofte tale imot at vilkåret er innfridd.⁸⁶ Ettersom barn

⁷⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 443; Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

⁸⁰ Rt. 2007 s. 791 avsnitt 20.

⁸¹ Rt. 2007 s. 187 avsnitt 23.

⁸² Gröning, Husabø og Jacoben (2019) s. 623.

⁸³ Jf. eksempelvis HR-2019-832-A avsnitt 65.

⁸⁴ Gröning, Husabø og Jacoben (2019) s. 624.

⁸⁵ Jf. blant annet Rt. 2013 s. 963 avsnitt 23; Rt. 2011 s. 1717 avsnitt 34; Rt. 2007 s. 791 avsnitt 32.

⁸⁶ Jf. Rt. 2003 s. 1778 avsnitt 19; Rt. 2006 s. 641 avsnitt 12.

idømmes kortere fengselsstraffer en voksne, kan dette medføre at forvaringsstraff oftere ansees nødvendig overfor barn. Dette behandles nedenfor i kapittel 4.2.

Forhold knyttet til gjerningspersonen er også av betydning for vurderingen av grunnvilkåret. Av rettspraksis følger det at i saker hvor gjerningspersonen er rett over myndighetsalder på handlingstidspunktet, er aldersmomentet av betydning for hvorvidt domstolen idømmer forvaringsstraff eller ubetinget fengselsstraff.⁸⁷ Høyesterett har også benyttet «kan»-skjønnet i § 40 første ledd til å vektlegge individuelle forhold som ung alder.⁸⁸

4.2 Helt ekstraordinære omstendigheter

For de under 18 år følger det av strl. § 40 første ledd andre setning at forvaringsstraff ikke skal idømmes med mindre det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Etter ordlyden skal terskelen «helt ekstraordinære omstendigheter» kun benyttes overfor barn. Imidlertid uttalte Høyesterett i HR-2021-1963-A at de hensynene som begrunner terskelen også gjør seg gjeldende for unge mennesker over 18 år.⁸⁹ Dommen viser at myndighetsalder ikke utgjør en skarp grense for vektleggingen av gjerningspersonens alder i vurderingen av om forvaringsstraff skal benyttes.⁹⁰

Ordlyden «helt ekstraordinære omstendigheter» tilsier at det er en meget høy terskel for at forvaringsstraff skal kunne benyttes overfor barn. Ordlyden gir ingen nærmere veiledning for hva slags forhold dette kan være, og fastsetter kun at det kreves omstendigheter som avviker fra alminnelige forvaringstilfeller.

Forarbeidene gir heller ingen nærmere anvisning for hva som kan utgjøre «helt ekstraordinære omstendigheter». Derimot uttrykker lovgiver at regelen er ment å forstås slik at forvaring «tilnærmet aldri» bør benyttes overfor lovbrøtere som var mindreårige på handlingstidspunktet, og at adgangen til å idømme barn forvaring er «meget snever».⁹¹ Dette

⁸⁷ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 791 avsnitt 34 og Rt. 2002 s. 1677. I sistnevnte dom fremheves særlig gjerningspersonens potensiale for modning og endring i livsførsel, jf. s. 1682.

⁸⁸ Se Rt. 2002 s. 1677 s. 1682 hvor gjerningspersonen var 20 år ved vurdering av forvaringsstraff. Imidlertid må det presiseres at «kan»-skjønnet i § 40 gjennomgående ikke oppstiller noe stort vurderingsrom. Hovedregelen er at hvis vilkårene for forvaring er oppfylt skal denne reaksjonen idømmes, med mindre det foreligger «spesielle omstendigheter», jf. Rt. 2002 s. 1667 s. 1671.

⁸⁹ Avsnitt 45.

⁹⁰ Morten Holmboe, «Utvalgte høyesterettsavgjørelser i strafferett 2021» *TfS* 2022, nr. 1, s. 47-67 på s. 61.

⁹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

begrunnes med at belastningen av å sone en tidsubestemt straff ansees svært uheldig for barn, og at barn er i en modningsprosess hvor stemplingen som farlig vil vanskeliggjøre motivasjon til endring.⁹² Likefult anså lovgiver det nødvendig å ha en adgang for bruk av forvaringsstraff overfor barn, fordi det «unntaksvis kan oppstå helt ekstraordinære tilfeller hvor forvaring vil være riktig reaksjon».⁹³

Det nærmere innholdet i vurderingen er således overlatt til rettspraksis. Den første saken hvor et barn ble idømt forvaringsstraff var Vollen-saken (HR-2017-290-A).⁹⁴ Saken omhandlet et barn på 15 år og 1 måned som drepte en av de ansatte på institusjonen gjerningspersonen bodde på. Retten beskriver drapet som «godt planlagt og [...] iverksatt på en utspekulert måte», samt at gjerningspersonen hadde en sterk vilje til å drepe.⁹⁵

Høyesterett går i avgjørelsen først gjennom de alminnelige vilkårene for forvaring, før de så ser hen til om terskelen «helt ekstraordinære omstendigheter» er møtt. I vurderingen av de alminnelige vilkårene spiller gjerningspersonens alder ingen vesentlig rolle. Slik sett bekrefter Høyesterett at særregelen i § 40 første ledd siste setning er en terskel som kommer i tillegg til den alminnelige regelen.

I vurderingen av vilkåret «helt ekstraordinære omstendigheter» oppstiller Høyesterett spørsmålet om «vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».⁹⁶

Gjerningspersonens svært lave alder fremheves som et meget tungtveiende argument imot forvaringsstraff. Dette utpensles med at en 15-åring har «mindre forståelse for konsekvenser av sine handlinger og dårligere impuls kontroll enn voksne og også større mulighet for endring og modning».⁹⁷ Samt at gjerningspersonens lave alder gjør vurderingen av tilbakefallsfaren mer usikker, ettersom det er usikkerhet knyttet til hvordan barnet vil utvikle seg.⁹⁸

⁹² Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

⁹³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

⁹⁴ Avgjørelsen i Vollen-saken har senere blitt opphevet som følge av feil i tilregnelighetsvurderingen, jf. LE-2022-95459. Ved den nye behandlingen av saken kom lagmannsretten til at gjerningspersonen hadde vært utilregnelig på handlingstidspunktet og idømte tvungent psykisk helsevern. Gjenopptakelsen knyttet seg altså ikke til forvaringsvurderingen, og Høyesterett sin vurdering av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» har fremdeles rettskildemessig relevans.

⁹⁵ Avsnitt 45.

⁹⁶ Avsnitt 73.

⁹⁷ Avsnitt 77.

⁹⁸ Avsnitt 78.

Til tross for at disse forholdende talte imot forvaringsstraff, så fant retten likevel at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter». Selve drapshandlingen og gjerningspersonens tendens til å begå alvorlige voldshandlinger, sammenholdt med vedkommens meget alvorlige psykiske tilstand og spesielle motivasjon for voldelige adferd, utgjorde til sammen «helt ekstraordinære omstendigheter».⁹⁹ Samt at hensynet til samfunnsvernet var så tungtveiende at det oppfylte vilkårene i loven for å idømme forvaring.¹⁰⁰

Den neste saken om forvaringsstraff av barn som ble behandlet at Høyesterett var Vulkan-saken (HR-2019-832-A). Saken omhandlet en gjerningsperson på 17 år og 3 måneder som forsøkte å drepe et tilfeldig offer ved å knivstikke vedkommende 53 ganger.

I dommen utpensler Høyesterett terskelen «helt ekstraordinære omstendigheter» ytterligere. Retten uttaler at terskelen for det første innebærer at det kreves «meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved en alternativ fengselsstraff» og at denne faren må være større enn for voksne. Videre må det til tross for lovbrüterens unge alder «ikke være noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring».¹⁰¹

Vulkan-saken skiller seg fra Vollen-saken på to punkter. For det første betydningen av barnets alder ved reaksjonsvalget, og for det andre vektleggingen av den alternative ubetingede fengselsstraffen i vurderingen av grunnvilkåret.

I Vulkan-saken var gjerningspersonen eldre enn gjerningspersonen i Vollen-saken. Ved Høyesterett sin behandling av Vulkan-saken var gjerningspersonen blitt nesten 19 år. Utgangspunktet for bruk av terskelen «helt ekstraordinære omstendigheter» er ifølge lovgiver gjerningspersonens alder på handlingstidspunktet. Den samme tilnærmingen har barnekomiteen lagt til grunn. Høyesterett fastsetter i tråd med dette at terskelen kommer til anvendelse.

Derimot fremhever førstvoterende at sett i lys av gjerningspersonens alder på tidspunktet for domstolsbehandlingen, er det «her ikke et *barn* som i tilfelle idømmes forvaring».¹⁰²

⁹⁹ Avsnitt 80.

¹⁰⁰ Avsnitt 80.

¹⁰¹ Avsnitt 79.

¹⁰² Avsnitt 82.

Gjerningspersonens alder på domstidspunktet medfører ifølge retten at «de hensyn vilkåret hviler på etter mitt syn [får] noe mindre vekt».¹⁰³

Høyesterett sin tilnærming bærer her preg av at alderen på domstidspunktet er av betydning for reaksjonsfastsettelsen. Denne tilnærmingen har vært gjenstand for kritikk i teorien.

Holmboe viser til at det er et relevant moment hvor langt unna myndighetsalder gjerningspersonen var på handlingstidspunktet, men at det er vanskelig å se at vedkommens alder på domstidspunktet skal være av betydning for reaksjonsfastsettelsen.¹⁰⁴ Fornes er også kritisk i sin fremstilling til Høyesterett sin tilnærming da den vil medføre at lang saksbehandling vil gjøre det lettere å idømme barn forvaringsstraff.¹⁰⁵

Slik det er redegjort for i kapittel 3.2.3, innebærer betydningen av barnets alder i strafferetten at terskelen for å idømme forvaringsstraff blir lavere jo eldre barnet er. Fordi barn nærme myndighetsalder har større forståelse for konsekvensene av sine handlinger, enn barn som på grunn av lav alder så vidt kan holdes strafferettslig ansvarlig. Denne glideskalaen for vekting av barnets interesser bør derimot ikke anvendes til å flytte vurderingen av barnets skyld og behov, til et senere tidspunkt enn handlingstidspunktet. Det er barnets forståelse av sine handlinger på handlingstidspunktet som bør være avgjørende for reaksjonsfastsettelsen.

I Vulkan-saken legger Høyesterett stor vekt på hvilket vern fengselsstraffen vil kunne gi. Retten uttaler «[f]ordi det er tale om en forsøkshandling, og fordi domfelte er så vidt ung, vil en tidsbestemt straff måtte bli relativt kort».¹⁰⁶ Straffen ble utmålt til fire år, og med fradrag for varetekt ville soningen vare i omtrent to år. For retten var det «klart at samfunnsvernet her ikke kan ivaretas ved en ordinær tidsbestemt straff».¹⁰⁷

Ettersom straffeutmålingen skal tilpasses det faktum at gjerningspersonen er et barn, så vil fengselsstraffen være kortere for barn enn for voksne. Hvis en kort fengselsstraff kan begrunne bruk av forvaringsstraff i saker mot barn, så vil dette kunne medføre at forvaring oftere kan ansees nødvendig overfor barn enn overfor voksne.

Gröning og Fornes fremholder at en slik tilnærming kan føre til en økning i saker hvor barn idømmes forvaring i stedet for mellomlange straffer, fordi fengselsstraffen ikke anses å gi

¹⁰³ Avsnitt 82.

¹⁰⁴ Holmboe (2020) s. 245.

¹⁰⁵ Fornes (2021) s. 366.

¹⁰⁶ Avsnitt 67.

¹⁰⁷ Avsnitt 67.

tilstrekkelig vern av samfunnet.¹⁰⁸ Holmboe på sin side fremholder at en slik praksis står i tvilsom harmoni med Grl. § 104 og barnekonvensjonen, og at det prinsipielt riktige kan være å avskaffe bruk av forvaring overfor barn i sin helhet.¹⁰⁹

Et gjennomgående moment i sakene hvor forvaringsstraff av barn blir vurdert, men retten kommer til at en ubetinget fengselsstraff gir et tilstrekkelig vern, er gjerningspersonens utsikter til en positiv utvikling. Dette følger blant annet av Lund-saken (LA-2017-112563) og Sørlandssentret-saken (LA-2018-112662). Begge sakene omhandler drap og gjerningspersonene var 15/16 år da lovbruddet ble begått.

I Lund-saken viser lagmannsretten til at gjerningspersonen under varetektsfengsling hadde startet med psykologisk behandling og fullført skolegangen sin. Retten mente dette ga et inntrykk av at gjerningspersonen kunne «utnytte et langt fengselsopphold til noe konstruktivt».¹¹⁰ I Sørlandssentret-saken uttaler lagmannsretten at de har «lagt vekt på at tiltalte har hatt en positiv utvikling under soning», og at dersom utviklingen fortsetter «vil faren for nye alvorlige voldsforbrytelser reduseres».¹¹¹ I begge sakene kom retten til at samfunnsvernet ble tilstrekkelig ivaretatt ved en tidsbestemt straff.

Fornes har i sin fremstilling uttalt at utgangspunktet for vurderingen av grunnvilkåret må være at barnet har mulighet til en positiv utvikling. Skal det vektlegges at slik utvikling ikke synes sannsynlig, må det ifølge Fornes foreligge en overvekt av negative prognoser i det aktuelle tilfellet.¹¹² En slik tilnærming stemmer overens med de ovenfornevnte sakene.

4.3 Tidsramme, forlengelse og prøveløslatelse ved forvaring

De prosessuelle rammene for idømmelse av forvaring følger av strl. §§ 43 og 44. Ved idømmelse av forvaringsstraff fastsetter ikke domstolen en endelig straff, men en «tidsramme», jf. strl. § 43 første ledd første setning. Årsaken til dette er at straffen skal være åpen for forlengning. Forlenging skjer etter begjæring fra påtalemyndigheten, og retten kan

¹⁰⁸ Gröning og Fornes (2021) s. 270.

¹⁰⁹ Morten Holmboe, «Utvalgte høyesterettsavgjørelser i strafferett 2021», *TfS*, 2022, nr. 1, s. 47-67, på side 62.

¹¹⁰ Under «Spørsmålet om forvaring», avsnittet som begynner med «Etter flertallets oppfatning kan man heller ikke se bort fra at siktede...».

¹¹¹ Under «Straffutmåling», avsnitte som begynner med «Som påpekt av tingretten så er det først og fremst selve...».

¹¹² Fornes (2021) s. 382.

ved dom «forlengte den fastsatte rammen med inntil 5 år om gangen», jf. § 43 første ledd fjerde setning.

Hvis den domfelte var under 18 år på handlingstidspunktet «bør tidsrammen vanligvis ikke overstige 10 år, og den kan ikke overstige 15 år». At tidsrammen for barn ikke kan overstige 15 år speiler strl. § 33 annet punktum om at ordinær fengselsstraff ikke kan overstige 15 år. Har tidsrammen utløpt uten at påtalemyndigheten har foretatt seg noe, så slipper gjerningspersonen ut.¹¹³

Strl. § 43 sier ingenting om hvor lang tidsramme som skal fastsettes i det enkelte tilfellet. Derimot følger det av rettspraksis at praksis for fastsettelse av tidsrammen til forvaringsstraff settes til samme antall år som den alternative ubetingede fengselsstraffen.¹¹⁴ Ved straffeutmåling er det en formildende omstendighet at lovbrøyteren er under 18 år, jf. strl. § 78 bokstav i. Følgelig vil den alternative ubetingede dommen for et barn være kortere enn for et tilsvarende lovbrudd begått av en voksen, og dermed vil tidsrammen for forvaringsstraffen være tilsvarende redusert. I Vollen-saken ble det uttalt at lovbruddet ville medført en ubetinget dom på 9 år.¹¹⁵ Tidsrammen ble dermed satt til 9 år, med minstetid på 6 år.¹¹⁶ I Vulkan-saken ble ubetinget dom satt til 4 år, og tidsramme dermed også 4 år.¹¹⁷

Dersom påtalemyndigheten begjærer forlenging og den forvaringsdømte fortsatt vurderes som farlig av domstolen, forlenges straffen.¹¹⁸ Adgangen til å forlengte tidsrammen for straffen er lik for barn og voksne.¹¹⁹ Av § 43 følger det ingen øvre begrensning for hvor mange ganger straffen kan forlenges, og i prinsippet kan dermed den forvaringsdømte sitte inne resten av livet.

Videre følger det av § 43 annet ledd at retten «bør» fastsette en minstetid. Er det fastsatt en minstetid angir utløpet av denne det tidspunktet den forvaringsdømte tidligst kan prøveløslates, jf. § 44 første ledd andre setning. Det er ingen særregel for fastsettelse av minstetid for barn. Er det ikke fastsatt noen minstetid kan den forvaringsdømte løslates på

¹¹³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

¹¹⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

¹¹⁵ Avsnitt 66

¹¹⁶ Avsnitt 82.

¹¹⁷ Avsnitt 67 og 85

¹¹⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 444.

prøve før tidsrammen er utløp med en prøvetid på 1-5 år, jf. § 44 første ledd første og tredje setning.

5 Forbudet mot livsvarig fengsel i art. 37 bokstav a

5.1 Forbudets kjerne og begrensninger for norsk rett

Den overordnede problemstillingen som skal drøftes i dette kapitlet er hvilke begrensninger art. 37 bokstav a ilegger konvensjonsstatene ved valg av strafferettslige reaksjoner overfor barn.

Etter en alminnelig språklig forståelse oppstiller art. 37 bokstav a et absolutt forbud mot idømmelse av ubetinget fengsel som skal vare resten av livet til gjerningspersonen, og hvor det ikke eksisterer adgang til prøveløslatelse eller andre tiltak for å avslutte straffen. At det er tale om et forbud følger av ordlyden «shall», som fastsetter at slik straff ikke skal benyttes.

For de statene som har tilsluttet seg barnekonvensjonen og som praktiserer bruk av livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse, så medfører art. 37 bokstav a at en slik straffereaksjonen ikke kan anvendes overfor barn. Skal et barn idømmes en livsvarig fengselsstraff så må konvensjonsstaten tilse at det foreligger prosessuelle rammer som gir adgang til prøveløslatelse. Hva slags prosessuelle rammer som må foreligge behandles nærmere i kapittel 5.4.

På lik linje med fengselsstraff utmålt til å vare livet ut, vil også ubetingede fengselsstraffer som er utmålt til flere leveår enn normal levetid omfattes.¹²⁰ Det avgjørende for forbudets anvendelse er ikke hvorvidt formuleringen «life imprisonment» er brukt, men om straffen rent faktisk skal vare så lenge personen lever.

Barnekomiteen har uttalt at «[n]o child who was below the age of 18 at the time he or she committed an offence should be sentenced to life imprisonment without the possibility of release or parole».¹²¹ Uttalelsen fastsetter at art. 37 bokstav a utgjør et absolutt forbud mot slike straffereaksjoner.

¹²⁰ Slike fengselsstraffer blir eksempelvis brukt i USA, hvor det praktiseres idømmelse av fengselsstraffer på flere hundre år.

¹²¹ CRC/C/GC/24 avsnitt 81.

Etter norsk rett er det ikke adgang til å idømme noen livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse. Barn kan idømmes ubetinget fengsel i inntil 15 år, og løslatelse kan som hovedregel innvilges etter at to tredjedeler av straffen er gjennomført, jf. straffegjennomføringsloven § 42 første ledd første setning.¹²² Således legger art. 37 bokstav a ingen begrensinger for idømmelse av alminnelig ubetinget fengselsstraff overfor barn etter norsk rett.

Derimot kan man etter norsk rett idømme barn forvaringsstraff. Som redegjort for i kapittel 4 er forvaringsstraff tidsubestemt og kan i prinsippet vare resten av livet. Selv om en slik strafferettslig reaksjon ikke utgjør et kjernetilfelle i forbudet etter art. 37 bokstav a, så kan det være grunn til å stille spørsmålstegn ved om forvaringsstraff av barn likevel omfattes av forbudet.

Når oppgaven i det følgende benytter begrepet «tidsubestemt straff» vil det dermed være tale om straffereaksjoner som forvaringsstraff.

5.2 Forbud mot tidsubestemt straff?

5.2.1 Vilkåret «life imprisonment» og forvaringsstraff

For at forvaringsstraff av barn skal kunne utgjøre et brudd på art. 37 bokstav a, må forbudet omfatte både livsvarige og tidsubestemte fengselsstraffer. Spørsmålet blir dermed om forbudet mot «life imprisonment without possibility of release» omfatter tidsubestemt fengselsstraff, slik som forvaringsstraff.

Ordlyden «life imprisonment» sonderer ikke mellom straffer som er fastsatt å vare livet ut og straffer som *kan* vare livet ut. Likefult er det ikke noe i ordlyden som taler for at straffer som bare *kan* vare livet ut omfattes. Hvis konvensjonspartene hadde ment å omfatte fengselsstraffer som *kan* vare livet ut, ville en ordlyd som forbyr «fengselsstraff som kan eller skal vare livet ut uten mulighet til løslatelse» vært mer nærliggende. Alternativt kunne man nevnt både tidsubestemt og livsvarig fengsel i ordlyden. At konvensjonsstatene kun har benyttet begrepet «life imprisonment» kan dermed tas til inntekt for at de kun har ment å forby livsvarig fengsel uten mulighet til løslatelse.

¹²² Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

I samme retning trekker det at ordlyden knytter seg til domstidspunktet, jf. formuleringen «imposed».¹²³ Slik sett kan straffens innhold ved idømmelsen ansees som avgjørende, og ikke hvordan straffen i praksis utspiller seg i ettertid.

Art. 37 bokstav a inneholder flere forbud. I første punktum oppstilles det et forbud mot «torture» og annet punktum forbyr «capital punishment», i tillegg til forbudet mot livsvarig fengsel. Dette kan tale for at bestemmelsen skal gi et vern mot de mest inhumane straffesanksjonene, og at forbudet mot «life imprisonment without possibility of release» dermed kun er et forbud mot livsvarig fengsel.

Adgangen til å benytte frihetsberøvende tiltak overfor barn er som nevnt regulert av flere bestemmelser i barnekonvensjonen enn art. 37 bokstav a. Særlig art. 37 bokstav b og art. 40 nr. 1. kan gi kontekstuelle tolkningsbidrag om rekkevidden til forbudet mot livstidsstraff. Art. 37 bokstav b oppstiller en terskel for bruk av frihetsberøvende tiltak overfor barn, da slike tiltak kun kan benyttes som en siste utvei og i et kortest mulig tidsrom.¹²⁴ Dermed vil art. 37 bokstav b tale imot bruk av lange fengselsstraffer, herunder tidsubestemt frihetsberøvelse.

Barnekomiteen har uttalt at bestemmelsen er et «leading principle for the use of deprivation of liberty».¹²⁵ Således vil bestemmelsen ha betydning for tolkning av konvensjonsbestemmelsene som omhandler barn i strafferettspleien. For å best ivareta prinsippet om å begrense bruken av frihetsberøvende tiltak overfor barn, så bør forbudet i art. 37 bokstav a omfatte så mange belastende og langvarige frihetsberøvende straffereaksjoner som mulig.

Videre følger det av art. 40 nr. 1 at barn i strafferettspleien skal behandles på en måte som tar hensyn til barnets reintegrering og tilbakeføring til samfunnet. Etter sin ordlyd fastsetter art. 40 nr. 1 at en av målsetningene ved ileggelse av straffereaksjoner overfor barn er at barnet skal tilbake til samfunnet. Å idømme barn en straffereaksjon hvor det er usikkerhet knyttet til om og når vedkommende slipper ut, vil kunne vanskeliggjøre arbeidet med tilbakeføring av barnet til samfunnet.

I barnekomiteens generelle kommentar nr. 24 (2019) om barns rettigheter i strafferettspleien, kom komiteen med noen uttalelser om bruken av tidsubestemt straff. I innledningen til

¹²³ Den norske oversettelsen lyder «idømmes».

¹²⁴ Slik lyder den norske oversettelsen.

¹²⁵ CRC/C/GC/24 avsnitt 85.

kommentaren oppstiller komiteen krav om at frihetsberøvende tiltak blant annet skal være «strictly time limited».¹²⁶ Formuleringen kan forstås som at barnekomiteen anser det som et minstekrav for bruk av frihetsberøvende straff mot barn, at straffen er tidsbestemt.

Senere i samme generelle kommentar kommer komiteen med en annen uttalelse, som også vedrører bruk av tidsubestemt fengselsstraff. Under redegjørelsen for forbudet mot livstidsstraff etter art. 37 bokstav a, sier komiteen at de «strongly recommends» alle konvensjonspartene om å «abolish all forms of life imprisonment, including indeterminate sentences». Denne uttalelsen kan for det første tas til inntekt for at barnekomiteen mener det finnes flere ulike former for livsvarig fengsel, jf. «all forms of life imprisonment». Videre gir barnekomiteen uttrykk for at tidsubestemte straffer inngår som én av disse formene for livsvarig fengsel, jf. «including indeterminate sentences».

Disse to uttalelsene sett i sammenheng gir inntrykk av at barnekomiteen mener at bruk av tidsubestemt fengselsstraff er lite forenelig med konvensjonens regler for behandling av barn i konflikt med loven. Det er derimot vanskelig å si med sikkerhet at uttalelsene innebærer at barnekomiteen mener at forbudet i art. 37 bokstav a omfatter tidsubestemt fengselsstraff, og at idømmelse av slik straff dermed vil utgjøre et brudd på konvensjonen. Årsaken til dette er at uttalelsen om «strictly time limited» er av en generell karakter, sammenholdt med at uttalelsen om «indeterminate sentences» er en oppfordring.

Barnekomiteen sitt standpunkt kan derfor heller forstås å gi uttrykk for hvordan de ønsker at konvensjonens regler om frihetsberøvelse av barn skal praktiseres. Altså et standpunkt om hvilke begrensninger for bruk av tidsubestemt straff som konvensjonen bør oppstille (de lege ferenda), heller enn en redegjørelse for innholdet til forbudet (de lege lata). Denne forståelsen av barnekomiteen sitt standpunkt i spørsmålet om tidsubestemt straff kommer til uttrykk i deres avsluttende merknad til Norge i 2018.¹²⁷ I merknaden anbefaler de sterkt at Norge slutter med forvaringsstraff, uten at dette knyttes direkte til art. 37 bokstav a.

I denne sammenheng er det verdt å bemerke at hverken komiteens generelle kommentarer eller merknadene til konvensjonsstatene er autoritativt vedtatte tekster, som er gjenstand for fintolkning. Tekstenes funksjoner er å gi uttrykk for komiteens synspunkter og anbefalinger til konvensjonsstatene om hvordan de i best mulig grad kan arbeide for å ivareta rettighetene

¹²⁶ CRC/C/GC/24 punkt 6 bokstav v.

¹²⁷ CRC/C/NOR/CO/5-6 (2018) punkt 35 bokstav a.

etter konvensjonen. Likefullt gir komiteen sitt synspunkt på bruken av tidsubestemt straff innsikt i hvordan de forstår innholdet i art. 37 bokstav a, noe som er en viktig rettskilde ved tolkningen av bestemmelsen.

5.2.2 Hensynet til barnets beste og barnets rett til utvikling

Tolkningen av forbudet mot livstidsstraff i art. 37 bokstav a må, som redegjort for i kapittel 2, foretas i lys av hensynet til barnets beste og barnets rett til utvikling. Spørsmålet blir dermed hvilke tolkningsbidrag disse bestemmelsene gir til spørsmålet om forbudet i art. 37 bokstav a omfatter tidsubestemt straff.

Som hovedregel vil hensynet til barnets beste tale imot bruk av frihetsberøvende tiltak, og tale for bruk av så lite belastende tiltak som mulig. Det er med andre ord hensynet til barnet og dets interesser som står i høysetet ved reaksjonsvalg overfor barn. Dette kan tas til inntekt for at art. 37 bokstav a bør omfatte tidsubestemt straff, ettersom belastningen en slik straff innebærer ikke vil være til det beste for barnet.

Likefullt har barnekomiteen, som redegjort for i kapittel 3.2.1, pekt på at strafferettspleien også skal ivareta den offentlige sikkerheten. I dette ligger det en forutsetning om at i visse tilfeller må hensynet til barnets beste bøte for andre tungtveiende hensyn. Dermed kan hensynet til barnets beste støtte en tolkning av art. 37 bokstav a, som ikke omfatter tidsubestemte straffer, dersom reaksjonen er begrunnet med andre tungtveiende hensyn og hvor terskelen for bruk av slik straff er svært høy.

Som redegjort for i kapittel 4 forutsetter bruk av forvaringsstraff av barn at det er begått et alvorlig lovbrudd, at det foreligger fare for gjentakelse både på domstidspunktet og løslatelsestidspunktet, og i tillegg må det foreligge helt ekstraordinære omstendigheter. Adgangen til å bruke forvaringsstraff er med dette svært begrenset, og forutsetter at alminnelig fengselsstraff ikke verner samfunnet i tilstrekkelig grad. Dette kan tas til inntekt for at forvaringsstraff ikke tilsidesetter hensynet til barnets beste i noen større grad enn det som er nødvendig, sett i lys av behovet for å verne om den offentlige sikkerheten.

I sin vurdering av om forvaringsstraff er riktig reaksjon i Vulkan-saken bruker Høyesterett, som redegjort for i kapittel 4.2, lengden på den utmålte ubetingede fengselsstraffen som et moment i vurderingen av om vilkårene for forvaring er oppfylt. Dette er i tråd med alminnelig praksis for vurdering av fare for fremtidige lovbrudd, og generelt sett fremstår det som

rimelig at straffens lengde har betydning for hvorvidt forvaringsstraff er riktig straffereaksjon i det enkelte tilfellet. Derimot slår dette momentet uheldig ut i saker mot barn, ettersom barn i utgangspunktet idømmes kortere straffer enn voksne. Bakgrunnen for at barn i dømmes kortere straffer er blant annet av hensynet til barnets beste og deres mer begrensede skylddevne. Prinsippet om reduksjon av straffens varighet er et viktig element i at barnets interesser skal ha en fremtredende plass ved reaksjonsfastsettelsen og straffeutmålingen.

At dette prinsippet brukes til skade for barnet ved vurderingen av om forvaringsstraff er riktig reaksjon i det enkelte tilfellet, skaper dårlig harmoni med utgangspunktet om at barn skal idømmes så lite belastende straffer som mulig. Dermed kan hensynet til barnets beste tas til inntekt for at forvaringsstraff burde omfattes av art. 37 bokstav a.

I samme retning trekker Høyesterett sin tilnærming til betydningen av barnets alder på domstidspunktet i Vulkan-saken. Hensynet til barnets beste tilsier at det er barnets alder på handlingstidspunktet som skal legges til grunn for reaksjonsfastsettelsen. Slik også lovgiver og barnekomiteen har fastsatt. Jo eldre barnet blir, jo mindre grunn er det til å vektlegge barnets interesser i noen utstrakt grad. En forvaringsadgang som ikke knytter vurderingen av behovet for samfunnsvern og vekting av hensynet til barnets beste til handlingstidspunktet, men til et senere tidspunkt, vil dermed gi barn et svakere vern mot bruk av straffereaksjonen.

Videre skal frihetsberøvende straffer, som redegjort for i kapittel 3.2.3, på best mulig måte fremme barnets utvikling. Barnets rett til utvikling blir best ivaretatt ved en så kort frihetsberøvelse som mulig, da den inngripen soningen medfører i barnets modnings- og utviklingsprosess begrenses i størst mulig grad.

Det kan tenkes former for tidsubestemt straff som i praksis medfører at barn soner en kortere straff enn et tidsbestemt alternativ. Dette kan være positivt for deres mulighet til utvikling og tilbakeføring til samfunnet. Ettersom det beste for barnets utvikling vil være å tilbringe så lite av ungdomstiden som mulig frihetsberøvet. I et slikt perspektiv vil en kortere tidsubestemt straff kunne være mer positivt for barnets utvikling, enn en lang tidsbestemt straff.

Imidlertid vil ikke bruk av forvaringsstraff overfor barn føre til en kortere frihetsberøvelse. Som redegjort for i kapittel 4.3, settes tidsrammen for forvaringsstraff som hovedregel tilsvarende den alternative ubetingede fengselsstraffen. Dette medfører at barn i praksis har liten sjans til å sone kortere ved forvaringsstraff sammenlignet med en alminnelig fengselsstraff. Unntak kan tenkes der den forvaringsdømte oppfyller vilkårene for

prøveløslatelse før tidsrammen er utgått, men sett i lys av den høye terskelen for bruk av forvaringsstraff overfor barn er slik prøveløslatelse lite sannsynlig. Dermed tilsier utmålingen av tidsrammen etter strl. § 43 at forvaringsstraff i liten grad ivaretar barnets rett til utvikling, og at slik straff derfor bør omfattes av forbudet i art. 37 bokstav a.

Av hensyn til barnets utvikling og modning bør bruk av forvaringsstraff unngås. Ettersom den belastningen det innebærer å sone en fengselsstraff som den innsatte ikke vet når opphører vil være negativt for barnets videre utvikling. Samt at forvaringsstraff forutsetter at barnet stemples som farlig. Disse forholdene ved en forvaringsstraff kan tenkes å gjøre det vanskelig å motivere barnet til den endring og utvikling som kreves for å kunne føres tilbake til samfunnet.

Videre er det en forutsetning for bruk av slik straff at behovet for å ilegge en slik reaksjon skjer på bakgrunn av barnets faktiske utvikling og utsikter til utvikling. Rettspraksis viser som nevnt i kapittel 4.2 at tegn til positiv utvikling hos gjerningspersonens ilegges betydelig vekt ved vurderingen av om ubetinget fengsel kan gi et tilstrekkelig vern av samfunnet. Denne tilnærmingen harmonerer godt med barnets rett til utvikling.

En best mulig ivaretagelse av barnets rett til utvikling tilsier derimot at de vurderingene av barnets fungering og mulighet til utvikling som retten legger til grunn for sin vurdering er korrekte. Både lovgiver og domstolen har en rekke ganger poengtert at farevurderingen på løslatelsestidspunktet er krevende i saker mot barn. Barnets modnings- og utviklingsprosess gjør det vanskelig å forutsi hvilken risiko barnet utgjør for andre, mange år frem i tid. Opphevingen av Vollen-saken viser at slike vurderinger kan slå feil ut, noe som er svært uheldig for barnet. Slik sett vil det at idømmelse av forvaringsstraff krever en konstatering av fare langt frem i tid, være lite forenelig med barns rett til utvikling. Nettopp fordi en slik konstatering av fremtidig risiko forutsetter at barnet ikke innehar en muligheten til utvikling som vil kunne redusere risikoen over tid.

Det kan innvendes at det kan tenkes enkelttilfeller hvor det kan være til barnets beste og dets utvikling å bli ilagt en frihetsberøvende reaksjon. Ettersom straffen i visse tilfeller kan tenkes å gi en ramme for endringsarbeid og oppfølging som kan være positivt for barnet.¹²⁸ Dette

¹²⁸ Se eksempelvis NOVA sin forskningsbaserte evaluering av «Ungdomsenheten og det tverrettlige teamet ved Bjørgvin fengsel» (2016) hvor det stilles spørsmål om soning på ungdomsenhet i visse tilfeller kan være til barnets beste, s. 160 flg.

synspunktet blir imidlertid ikke bedre ivaretatt ved å sone en tidsubestemt straff, og kan derfor ikke tas til inntekt for at barn bør kunne idømmes forvaringsstraff.

Samlet sett omfatter ikke ordlyden i art. 37 tidsubestemt straff. Barnekomiteen sine uttalelser, samt hensynet til barnets beste og barnets rett til utvikling kan tas til inntekt for at tidsubestemt straff står i et spenningsforhold til barnekonvensjonen sine rettigheter for barn i strafferettspleien. Dette medfører derimot ikke at forvaringsstraff omfattes av forbudet i art. 37 bokstav a.

5.3 Prosessuelle krav til løslatelse

For å besvare problemstillingen om hvilke straffereaksjoner som omfattes av forbudet i art. 37 bokstav a er det nødvendig å fastsette hvilke prosessuelle krav bestemmelsen oppstiller for adgangen til prøveløslatelse. Nærmere bestemt hva som ligger i vilkåret om «without possibility of release».

Etter en alminnelig språklig forståelse oppstiller ordlyden «without possibility of release» et krav om at det må foreligge en viss adgang til løslatelse, for at straffereaksjonen ikke skal være i strid med forbudet i art. 37 bokstav a. Ordlyden «without» tilsier at forbudet retter seg mot straffereaksjoner uten prosessuelle rettigheter for løslatelse.

Imidlertid vil et forbud som kun rammer straffereaksjoner uten prosessuelle rettigheter til løslatelse, være lett å unngå. Dette fordi en slik regel kun krever en formalistisk adgang til løslatelse, og ingen garanti for at en slik adgang benyttes i praksis.

Hensynet til barnets beste kan tas til inntekt for at adgangen til løslatelse er reell og vurderes jevnlig. Soning av en livsvarig frihetsberøvende straff utgjør en betydelig belastning for et barn, og gode prosessuelle rammer rundt løslatelse kan bidra til å lette noe på denne belastningen.

Videre vil et slikt forbud uten en faktisk adgang til løslatelse harmonere dårlig med art. 40 nr. 1 om at barnet skal tilbake til samfunnet. Skal barnet reintegreres og gis mulighet til å leve et liv etter endt soning må det foreligge en reell og jevnlig adgang til å søke om prøveløslatelse eller andre tiltak som kan avslutte straffen.

I samme retning trekker art. 6 nr. 2 om barnets rett til utvikling. Skal barnet gis anledning til å utvikle seg på best mulig vis, så må prøveløslatelse innvilges så raskt som mulig. En slik målsetning kan bare oppnås gjennom jevnlig og grundig prøving av om det er grunnlag for å innvilge prøveløslatelse.

Barnekomiteen har uttalt at adgangen til løslatelse «should be realistic, and the possibility of parole should be regularly reconsidered».¹²⁹ Det oppstilles således krav til både innholdet i vurderingen og hvor hyppig denne vurderingen skal forekomme. Når det gjelder frekvensen i vurderingen uttaler de at «[t]he periode to be served before consideration of parole should be substantially shorter than that for adults».¹³⁰ Det oppstilles altså krav om egne regler for barn om når prøveløslatelse skal vurderes, og dette skal være betydelig kortere enn for voksne. Videre omtaler barnekomiteen vilkåret som «without the possibility of release or parole», noe som kan tas til inntekt for at det er adgangen til å avslutte frihetsberøvelsen som står sentralt, enten om dette er midlertidig eller permanent.

Etter dette oppstiller vilkåret «without possibility of release» prosessuelle krav til adgangen til løslatelse, til tross for at ordlyden isolert sett kun forbyr fravær av adgang til løslatelse.

Vilkåret «without possibility of release» var gjenstand for omfattende diskusjoner under arbeidet med konvensjonsteksten. Forbudet mot livstidsstraff var opprinnelig foreslått uten vilkåret om mulighet til løslatelse.¹³¹ Det var flere konvensjonsstater som ikke ønsket et slikt generelt forbud, og «without possibility of release» ble dermed lagt til for at statene skulle kunne enes om et forbud.¹³² Det at vilkåret «without possibility of release» var avgjørende for at konvensjonspartene skulle komme til enighet om ordlyden i forbudet, kan tilsi at man skal være tilbakeholden med å strekke i ordlyden. Ettersom folkeretten oppstiller krav om tolkning i god tro med partenes intensjoner og deres forståelse av konvensjonsteksten.

Imidlertid knyttet ikke uenigheten i forarbeidene seg til hva slags innhold vilkåret har, men hvorvidt konvensjonen skulle inneha et generelt forbud mot livsvarig fengselsstraff.¹³³ Således vil det ikke være i strid med partenes intensjoner å oppstille prosessuelle skranker

¹²⁹ CRC/C/GC/24avsnitt 81.

¹³⁰ CRC/C/GC/24avsnitt 81.

¹³¹ William Schabas og Helmut Sax, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, (2006) Martinus Nijhoff Publishers 2006, s. 8 med henvisning til E/CN.4/1986/39, avsnitt 99.

¹³² Schabas og Sax (2006) s. 9 med henvisning til E/CN.4/1989/48, avsnitt 542-545.

¹³³ Schabas og Sax (2006) s. 8 med henvisning til E/CN.4/1986/39, avsnitt 103-104.

innenfor kravet om mulighet til løslatelse. At konvensjonsstatenes diskusjoner ikke har stengt dette tolkningsrommet støttes også av barnekomiteen sin tilnærming. Komiteen har ingen uttalelser som går i retning av å nedtone eller tolke bort vilkårets funksjon for forbudets virkeområde. I lys av vedtakelsesprosessen vil en slik tolkning ikke være i tråd med kravet til god tro. Komiteens tilnærming til vilkåret kan heller leses som at de styrker barns rettsstilling innenfor den rammen konvensjonsstatene har satt, gjennom å sikre at det foreligger en reell og jevnlig adgang til løslatelse.

I utgangspunktet gjelder de prosessuelle kravene for adgang til løslatelse kun for livsvarig fengsel, og dermed ikke for forvaringsstraff. Likefult inngår adgangen til prøveløslatelse ved forvaringsstraff som en del av begrunnelsen til hvorfor slik straff ikke er i strid med art. 37 bokstav a. Dermed er det nødvendig å redegjøre for at adgangen til løslatelse ved forvaringsstraff oppfyller de prosessuelle kravene barnekomiteen har oppstilt.

Som redegjort for i kapittel 4.3 må forvaringsstraffen forlenges ved dom. Forutsetningen for idømmelse av forlengelse er at den domfelte fremdeles oppfyller farevilkåret som ga grunnlag for den opprinnelige dommen.¹³⁴ Videre skal løslatelse på prøve innvilges når vilkårene for idømmelse av forvaring ikke lengre er til stedet.¹³⁵ Både adgangen til forlenging av forvaringsstraffen og innvilgelse av prøveløslatelse krever altså ny prøving av om vilkårene for forvaringsstraff fremdeles er oppfylt. Disse prosessuelle ramme innebærer dermed en reell prøving av om straffen skal forlenges eller avsluttes.

Kravet til jevnlig prøving er ivaretatt ved at straffen kun kan forlenges med inntil 5 år av gangen. Derimot er ikke de prosessuelle rammene i noen særlig grad tilpasset barn, foruten om begrensningen for tidsrammens varighet. Som redegjort for i kapittel 4.3 fastsettes tidsrammen for forvaringsstraffen tilsvarende den alternative ubetingede fengselsstraffen. Etersom tidsrammen vil være kortere for barn enn for voksne vil dermed vurderingen av om adgangen til å forlenge straffen skje på et tidligere tidspunkt for barn enn for voksne.

Etter dette oppfyller reglene om forlenging og prøveløslatelse i strl. §§ 43 og 44 de prosessuelle kravene til løslatelse som følger av art. 37 bokstav a.

¹³⁴ Marte Habberstad Mo, Karnov lovkommentar: strl. § 43 første ledd, kommentar nr. 2, syvende avsnitt, Lovdata.no (lest 22 november 2023).

¹³⁵ Jf. eksempelvis Rt. 2014 s. 934 avsnitt 51 flg.

Konklusjonen blir etter dette at vilkåret om «without possibility of release» oppstiller prosessuelle krav til løslatelse. Disse prosessuelle kravene er at adgangen må være reell og vurderes jevnlig, adgangen til løslatelse for barn må forekomme raskere enn for voksne og dette gjelder både for prøveløslatelse og løslatelse.

6 Avsluttende bemerkninger

Oppgavens gjennomgang av forbudet i barnekonvensjonen art. 37 bokstav a viser at forbudet ikke kan sies å omfatte bruk av tidsbestemt straff. Adgangen til å idømme barn forvaringsstraff etter norsk rett kan ikke sies å utgjøre en type straffereaksjon hvor bruken av straffen begrenses av barnekonvensjonen.

Videre oppstiller art. 37 bokstav a krav til at visse prosessuelle garantier må foreligge for at bruk av livsvarig straff skal være forenelig med konvensjonen. Reglene for forlengelse av forvaringsstraffen og adgangen til prøveløslatelse i strl. §§ 43 og 44, oppfyller disse garantiene.

Etter dette er det klart at forvaringsstraff av barn ikke utgjør noe brudd på forbudet i art. 37 bokstav a.

Selv om forvaringsstraff ikke utgjør et brudd på art. 37 bokstav a, så står straffereaksjonen likefult i et spenningsforhold til flere av de prinsippene som konvensjonen oppstiller for behandling av barn i strafferettspleien. Særlig er det elementer ved forvaringsadgangen som harmonerer dårlig med hensynet til barnets beste og barnets rett til utvikling.

Bruk av forvaringsstraff krever en fremadskuende vurdering av risiko for nye lovbrudd. En slik vurdering vil for det første være langt mer krevende for barn enn voksne. Videre forutsetter en slik konstatering av fremtidig risiko at barnets mulighet til endring er svært begrenset. Denne risikovurderingen står derfor i et spenningsforhold til barnets rett til utvikling. Det kan derfor være grunn til å stille spørsmål ved om barn i det hele tatt bør kunne idømmes en straffereaksjon basert på forhold som ligger langt frem i tid.

Et liknende spenningsforhold oppstår ved forholdet mellom vektleggingen av den alternative ubetingede fengselsstraffen og behovet for å idømme forvaringsstraff. Hensynet til barnets beste medfører at barn bør idømmes kortere straffer enn voksne. Hvis denne reduksjonen i straffeutmålingen kan tas til inntekt for at forvaring er riktig reaksjon, så vil forvaringsstraff av barn undergrave hensynet til barnets beste i strafferettspleien.

Formålet for bruk av forvaringsstraff, nemlig hensynet til å verne samfunnet mot farlige lovbrøyttere, kan også gjøre seg gjeldende i saker mot barn. Derimot viser de sakene hvor forvaringsstraff av barn er vurdert, at adgangen i begrenset grad evner å ivareta barnets rett til

utvikling og hensynet til barnets beste. Disse motstridende hensynene som oppstår i vurderingen av om barn skal idømmes forvaring, kan gi grunnlag til å stille spørsmålet om barn i det hele tatt bør kunne idømmes forvaringsstraff.

På bakgrunn av dette kan det være grunn til å slutte seg til barnekomiteen sitt standpunkt om at vi bør slutte med bruk av forvaringsstraff av barn.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902 - opphevet).

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

Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven - strl.).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner.

NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner
Straffelovkommisjonens delutredning IV.

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 2002: 4 Ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII.

Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

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

NOU 2008: 15 Barn og straff - utviklingsstøtte og kontroll.

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

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 2002 s. 1677

Rt. 2003 s. 1778

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2006 s. 641

Rt. 2007 s. 187

Rt. 2007 s. 791

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2010 s. 1317

Rt. 2011 s. 206

Rt. 2011 s. 1717

Rt. 2012 s. 34

Rt. 2012 s. 1322

Rt. 2013 s. 963

Rt. 2014 s. 934

HR-2017-290-A (Vollen)

HR-2019-282-S

HR-2019-832-A (Vulkan)

HR-2020-661-S

HR-2021-1963-A

Lagmannsretten

LA-2017-112563 (Lund)

LA-2018-112662 (Sørlandssentret)

LE-2019-122942 (Vinstra)

LB-2020-34882 (voldtekt)

Tingretten

TKISA-2017-90977 (Internatskole)

Internasjonale konvensjoner

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. May 1969 (Wien-konvensjonen).

Convention on the Rights of the Child, 20. November 1989 (barnekonvensjonen)

Litteratur

Bøker

Gröning, Husabø og
Jacobsen (2019)

Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn,
Frihet, forbrytelse og straff, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.

Høstmælingen (2012)

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2.
utg., Universitetsforlaget 2012.

- Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin og Sandberg, Kristen, *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Fornes (2021) Fornes, Ingun, *Straff av barn: frihetsstraffene og alternativene*, Gyldendal Norsk Forlag 2021.
- Ruud og Ulfstein (2018) Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2018.
- Schabas og Sax (2006) Schabas, William, Sax, Helmut. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Artikler

- Gröning og Fornes (2021) Gröning, Linda, Fornes, Ingun Linda «Bruk av forvaring og sikring overfor barn 1965–2020», *Tidsskrift for strafferett*, 2021, nr. 3, s. 246-272.
- Holmboe (2020) Holmboe, Morten, «Forvaring av unge lovbytere – et ubehagelig aktuelt tema», *Tidsskrift for strafferett*, 2020, nr. 3, s. 227-252.
- Holmboe (2022) Holmboe, Morten «Utvalgte høyesterettsavgjørelser i strafferett 2021», *Tidsskrift for strafferett*, 2021, nr. 1, s. 47-67.
- Müller (2017) Müller, Amrei, «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning», *Jussens Venner* 2017, nr. 4, Årgang 52, s. 222-259.

Nettdokumenter

- Engh, Inga Bejer og Kjørholt, Elin Kjørholt, Elin, «Funn etter gjennomgang av saker der barn er fengslet i perioden 2016-2019», Barneombudet.no, 4. juni 2021, <https://www.barneombudet.no/uploads/documents/Barneombudet-mener/Innspill-til-myndighetene/2021/Funn-etter-gjennomgang-av-saker-der-barn-er-fengslet-i-perioden-2016-2019.pdf>, (lest 08. desember 2023).

Hydle, Ida og Stang, Elisabeth Gording, «Ungdomsenheten og det tverretatlige teamet ved Bjørgvin fengsel», NOVA Rapport 1/2016, <https://oda.oslomet.no/oda-xmlui/bitstream/handle/20.500.12199/6441/Ungdomsenheten%20og%20det%20tverretatlige%20teamet%20ved%20Bj%C3%B8rgvin%20fengsel-NOVA-Rapport-1-16.pdf?sequence=1> (lest 10. november 2023).

FNs barnekomité

General Comment No. 5 (2003), General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/5).

General Comment No. 10 (2007) Children’s rights in juvenile justice (CRC/C/GC/10).

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

General comment No. 24 (2019) on children’s rights in the child justice system (CRC/C/GC/24).

Concluding Observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway (2018) (CRC/C/NOR/CO/5-6).

Folkerettslige forarbeidesdokumenter

FN (1966) “Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries”, “Reports on the Commission to the General Assembly” (lest 15.11.23) s. 219, avsnitt 8.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf

Commission on Human Rights (1986) Question of a Convention on the Rights of the Child, “Report of the Working group on a draft convention on the rights of the child”, 13. March 1986, (E/CN.4/1986/39), avsnitt 99.

Commission on
Human Rights
(1989)

Question of a Convention on the Rights of the Child, "Report of the
Working group on a draft convention on the rights of the child", 2.
March 1989, (E/CN.4/1989/48), avsnitt 542-545.