

TVANGSPLOSSERING AV BARN

Er tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1)

første strekpunkt i samsvar med EMK art.7 og EMK TP 7

art. 4?

Kandidatnr: 175975

Veileder: Ingun Fornes

Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 14825 ord

01.06.2010

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	s.3
1.1 Problemstilling	s.3
1.2 Presisering og avgrensning av problemstilling	s.5
1.3 Nærmere om fremstillingen	s.6
2. Hoveddel	s.7
2.1 Utgangspunkter	s.7
2.1.1 Tvangsplassering på institusjon	s.7
2.1.2 EMK og dens rolle i norsk rett	s.9
2.1.2.1 Metode	s.11
2.2. Generelle vilkår for påberopelse av EMK art. 7 og TP 7 art. 4	s.15
2.2.1 Straffebegrepet i EMK	s.15
2.2.1.1 Innledning	s.15
2.2.1.2 Det tradisjonelle straffebegrepet i EMK	s.17
2.2.1.3 Straffebegrepet i EMK i dag	s.19
2.2.1.3.1 Er innholdet i straffebegrepet endret?	s.20
2.2.1.3.2 Er straffebegrepet fremdeles likt?	s.26
2.2.2 Er tvangstiltak etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt straff?	s.30
2.3 Spesiell del	s.37
2.3.1 Innledning	s.37
2.3.2 Lovkravet i EMK art. 7	s.37
2.3.3 Forbudet mot dobbel straffeforfølgning i TP 7 art. 4	s.51
3. Oppsummering	s.57

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Problemstillingen er om tvangsplassering av barn etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er i samsvar med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) art. 7 og EMK TP 7 art. 4.

Barnevernloven § 4-24 gir myndighetene hjemmel til å tvangsplassere barn på institusjon forutsatt at barnet har utøvd ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Tvangsplassering i institusjon er et svært inngripende vedtak. Da barn tilhører en av de svakeste aktørene i rettssamfunnet er behovet for vern særlig stort. Et sentralt rettslig spørsmål er i denne sammenheng om hjemmelen for tvangstiltak, barnevernloven § 4-24, er i overensstemmelse med Norges menneskerettslige forpliktelser etter EMK.

Vilkåret i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt har lenge vært omdiskutert. Dette fordi barnets rettssikkerhet i forhold til denne bestemmelsen er ansett å ligge i gråsonen for hva som er forsvarlig sett fra et menneskerettslig perspektiv. Kritikken retter seg både mot de tilfeller hvor det kun er tale om tvangsplassering med grunnlag i ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” etter barnevernloven § 4-24, og de tilfeller hvor barnet både har blitt tvangsplassert og straffet forut eller etter tvangsplasseringen for de samme lovbrudd. Hva

gjelder tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt isolert sett, har kritikken særlig relatert seg til at slike tiltak vil kunne oppleves som straff og at straffbare handlinger er noe som i utgangspunktet bør behandles i strafferettspleien.¹ Videre har hjemmelen for tvangsplassering med grunnlag i ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” blitt kritisert for dens vage og uklare innhold.² Også vernet av uskyldspresumsjonen synes lite tilfredsstillende da innlegging på dette grunnlag krever skyldkonstatering på prejudisielt grunnlag.³

I de tilfeller hvor barnet både blir tvangsplassert etter barnevernloven § 4-24 (1) og straffeforfulgt for de samme lovbrudd, reiser dette ytterligere kritikk. Dette fordi det i dag er en samordningsproblematikk i forholdet mellom de ulike aktørene som har ulike lovgrunnlag for sine tiltak. Barneverntjenesten kan følge opp og iverksette tiltak overfor barn som begår ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”, herunder tvangsplassering på institusjon med hjemmel i barnevernloven § 4-24 eller andre hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4, jf. § 4-25 (1) 1. pkt. Samtidig er påtalemyndigheten gitt generell kompetanse til å etterforske og reise tiltale mot personer politiet mener har begått straffbare handlinger.⁴ Dette medfører at forfølgning og reaksjon for samme atferd kan gis i to ulike typer prosesspor på to ulike myndighetsarenaer.

Det er enighet om at det er behov for en koordinering mellom de ulike myndighetene i slike tilfeller. Myndighetene har imidlertid slitt med å samordne barnevernsordningen med den alminnelige rettergang.⁵ Heller ikke dagens ordning anses tilfredsstillende. Riktignok er det

¹ Eksempelvis NOU 2009:8 s. 22.

² Lindboe(2005) s.192-193.

³ Se eksempelvis Pedersen(2006) s. 258-293.

⁴ Strpl. § 224 som hjemler etterforskningskompetansen og Strpl § 249 som hjemler tiltalekompetansen.

⁵ Historikk blant annet gjennomgått i NOU 2009:8 kapittel 3.

et samarbeid internt som går ut på at påtalemyndigheten og barnevernet har informasjonsplikt på ulovfestet grunnlag.⁶ Denne informasjonsplikten er videre delvis lovfestet, se eksempelvis Strpl. § 232a. Utenom dette bærer ordningen lite preg av samkjøring. Den mangelfulle koordineringen har ført til at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning har blitt gitt oppmerksomhet.⁷ Følelsen av å bli forfulgt to ganger for samme lovbrudd kan føre til ekstra belastning for barnet i form av uforholdsmessig reaksjonsilegging og gå på bekostning av barnets rettsfølelse.⁸

På tross av kritikken rundt tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt isolert sett og i forhold til at en risikerer forfølgning i to ulike prosesser, har lovgiver enda ikke foretatt endringer rundt denne praksisen. Spørsmålet som reiser seg er om eksistensen av et eget prosesspor i barneverntjenesten tilfredsstiller våre forpliktelser etter menneskerettskonvensjoner.

1.2 Presisering og avgrensning av problemstilling.

Av hensyn til oppgavens omfang har jeg valgt å konsentrere meg om to sentrale rettigheter i EMK. Disse er hvorvidt barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt tilfredsstiller de krav til lov som art. 7 stiller og hvordan tvangsplassering av barn som begår lovbrudd samsvarer med forbudet mot dobbel straffeforfølgning i TP 7 art. 4.

⁶ Dette blir blant annet stadfestet av Høyesterett i Rt 2003 1827.

⁷ Eksempelvis NOU 2001:32 s.521-522 og NOU 2005:9 s.104-105.

⁸ Rui(2009)s.121.

Videre konsentrerer jeg meg om barn i aldersgruppen 15 til 18 år. Bakgrunnen for denne avgrensningen er at barnevernstjenesten som utgangspunkt kun har kompetanse til å iverksette tvangstiltak for personer under 18 år, jf. barnevernloven § 1-3 (2) jf. (1). Voksne kan ikke bli tvangsplassert med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt med mindre dette blir satt i verk før vedkommende fyller 18 år, jf. barnevernloven § 4-24 (3). Voksne som begår lovbrudd kan dermed kun få reaksjon i form av straff. Motsatt gjelder for barn under 15 år. Her har barnevernstjenesten kompetanse til å iverksette tiltak, jf. barnevernloven § 1-3. De er imidlertid ikke strafferettslige tilregnelige og kan ikke stilles til ansvar for sine straffbare handlinger, jf. strl. § 44. Barn over 15 år og under 18 år er strafferettslig tilregnelige.⁹ Barna kan både stilles til ansvar for de lovbrudd de har begått i tillegg til at barnevernstjenesten kan tvangsplassere dem på grunnlag av de samme straffbare handlingene, jf. barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt jf. barnevernloven § 1-3. Det er dermed barn i denne aldersgruppen som kan falle innenfor begge prosessporene. De menneskerettslige problemstillingene som jeg skal drøfte her, se ovenfor, knytter seg derfor særlig til denne gruppen av barn.

1.3 Nærmere om fremstillingen.

I oppgavens hoveddel blir det først redegjort for tvangsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. De øvrige strekpunktene i bestemmelsen vil ikke bli vurdert. Dette skyldes at den atferd som omfattes av andre og tredje strekpunkt ikke krever skyldkonstatering for straffbare handlinger som barnet har begått. Atferd som omfattes av andre og tredje strekpunkt gir dermed ikke automatisk grunnlag for straffeforfølgning og

⁹ Strl. § 44.

straffedom etter de ordinære straffedomstoler. De problemstillingene to prosesspor reiser, har derfor ikke like stor aktualitet i forhold til disse. Videre følger en kort presentasjon av EMK og hvilken juridisk metode som må benyttes i norsk rett for å kunne avklare hvor vidt forpliktelsene i EMK strekker seg.

For at rettighetene i EMK art. 7 og TP 7 art.4 skal gjelde for et barn som tvangsplasseres på institusjon med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt, er det en forutsetning at reaksjonen kvalifiserer til de ulike straffevilkårene i bestemmelsene, jf. ”criminal offence” i art.7 og ”criminal proceedings” i TP 7 art.4. De sentrale problemstillingene som oppgaven reiser, omhandler derfor EMKs straffebegrep. Disse vil bli behandlet i oppgavens punkt 2.2. I punkt 2.2.1 vil straffebegrepets rekkevidde bli drøftet, herunder hvorvidt de ulike straffebegrepene i konvensjonen skal tolkes likt og hva som er straffevilkårets nærmere innhold. I punkt 2.2.2 vil jeg ta stilling til om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt kvalifiserer som straff i EMKs forstand. Videre vil jeg i punkt 2.3 ta for meg rekkevidden av det vernet de aktuelle rettighetene art.7 og TP 7 art. 4 i EMK gir, og avklare hvorvidt dagens norske rettstilstand oppfyller disse rettighetene de lege lata.

2 Hoveddel

2.1 Utgangspunkter

2.1.1 Tvangsplassering på institusjon.

Barnevernstjenesten er en offentlig tjeneste som skal bidra til at barn får en tilfredsstillende oppvekst.¹⁰ Deres oppgave er å yte hjelp til utsatte barn.¹¹ Barnevernloven regulerer barneverntjenestens kompetanse og oppgaver.

De tiltak som kan iverksettes av barnevernstjenesten er hjemlet i kapittel fire.

Tvangsplassering på institusjon med hjemmel i barnevernloven § 4-24 er et av de tiltak som barneverntjenesten kan iverksette. Ved tvangstiltak er det Fylkesnemnda som fatter vedtak, jf. barnevernloven § 4-25 (2).

For å tvangsplassere et barn på grunnlag av kriminell atferd må flere kumulative vilkår være innfridd. Lovbestemmelsen krever for det første at barnet må ha ”alvorlige atferdsvansker”, jf. § 4-24 (1). Vanskene må videre påvises gjennom ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”, jf. § 4-24 (1) første strekpunkt. Dernest må barnevernstjenesten ut fra et forholdsmessighetsprinsipp ha vurdert mindre inngripende tiltak, jf. § 4-25 (1). Endelig kreves det at et slikt tiltak vil være til det beste for barnet, jf. § 4-1.

Hvor vilkårene er innfridd gir barnevernloven § 4-24 som utgangspunkt adgang til å plassere barnet på institusjon i opptil fire uker. Det er imidlertid adgang til å utvide oppholdet opp til to år, jf. barnevernloven § 4-24 (1) 2. pkt og (2). Videre innebærer et institusjonsopphold krav om tiltaksplan med et behandlingsopplegg, jf. barnevernloven § 4-28. Hva behandlingsopplegget går ut på, varierer ut fra hvilken institusjon som har barnet, hvilke personer som har ansvar for- og gjennomfører det aktuelle behandlingsopplegget og barnets

¹⁰ En nærmere innføring er blant annet gitt i Lindboe(2003) s.29-37.

¹¹ Formålsbestemmelsen barnevernloven § 1-1. NOU 2009:8 s.22 og s.25.

behov.¹² Dette må sees i sammenheng med formålet om å hjelpe barnet, jf. barnevernloven § 4-1. Utover dette skal barnet gis vid mulighet til å bestemme i ”personlige spørsmål”, jf. barnevernloven § 5-9 (1). Ytterligere restriksjoner kan kun gis dersom ”barnets alder og modenhet”, ”formålet med oppholdet” eller ”trygghet og trivsel” på institusjonen krever dette, jf. barnevernloven § 5-9 (1).¹³

Ved tvangsplassering på institusjon er realiteten den at barnet ofte vil forsøke å rømme eller utøve annen uakseptabel oppførsel. Dette medfører at adgangen til å gi barnet ytterligere restriksjoner til tider blir brukt i vid utstrekning.¹⁴ De restriksjoner og den ytterligere bruken av tvang kan føles særdeles inngripende for barnet.¹⁵ Dette medfører at plassering på institusjon i realiteten vil utgjøre et stort inngrep.

2.1.2 EMK og dens rolle i norsk rett.

Den liberalistiske moderne tankegang tilsier at det eksisterer visse universelle rettigheter som gjelder i det globale verdenssamfunn.¹⁶ Denne oppfatningen har resultert i nedfelling av menneskerettigheter i ulike konvensjoner i nyere tid. Et eksempel er EMK fra 1950, som har som formål å verne individet mot inngrep fra staten og privatpersoner.¹⁷ Konvensjonen ble ratifisert av Norge i 1953 og senere inkorporert i norsk rett i 1999 ved Menneskerettsloven. I dag er EMK en del av norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. Disse rettighetene har forrang

¹² NOU 2000:12 kapittel 14.8.2 s.172-173.

¹³ Se nærmere behandling av dette i Lindboe(2003) s. 275 flg. Mer detaljert om restriksjoner og kontroll som kan benyttes finner en i FOR-2002-12-12-1594.

¹⁴ NOU 2000:12 kapittel 14.8.3 s.173-174, NOU 2008:15 kapittel 6.2.5 og 6.2.6.

¹⁵ NOU 2000:12 kapittel 14.8.3 s.173-174.

¹⁶ Møse(2002) s.27-34, Aall(2007) s.22-23.

¹⁷ Møse(2002) s.101, Aall(2007) s.38, Rui(2009) s.41-45.

foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Dette innebærer at ved motstrid går menneskerettighetene foran annen lov, med unntak av Grunnlovens bestemmelser.

Norges forpliktelser etter EMK har i senere tid, særlig etter inkorporeringen i 1999, påvirket utformingen av den norske rettstilstanden i stor grad, både når det gjelder i forhold til rettsanvender, lovgiver og øvrig offentlig myndighet.¹⁸ Den økte oppmerksomheten kan også ses i sammenheng med reformen av tilsynsorganene til EMK som bidro til å effektivisere Den europeiske menneskerettsdomstols (heretter EMD) saksbehandling.¹⁹ Barnevernloven fra 1992 ble utformet før denne store menneskerettighetsbølgen. Det er dermed grunn til å anta at disse bestemmelsene i liten grad ble vurdert i forhold til de krav EMK stiller. I tillegg er EMK tolket dynamisk.²⁰ Etter min mening er det hensiktsmessig og nødvendig å vurdere den 18 år gamle barnevernloven opp mot dagens EMK- standard. I denne oppgaven er problemet nærmere presisert: strekker norsk rett til i forhold til ivaretagelsen av individvernet ved tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt?

FNs barnekonvensjon er en annen gruppe menneskerettigheter som har stor betydning for barns rettigheter og dermed er aktuell i forhold til barnevernloven. Denne ble vedtatt i 1989, ratifisert av Norge i 1999 og inkorporert i menneskerettsloven 1. oktober 2003. Denne konvensjonen har imidlertid ikke blitt gitt like stor oppmerksomhet i norsk rett som EMK. Dette henger sammen med at EMD som håndhevsorgan for EMK gjør det lettere å konkretisere rettighetene i EMK. Barnekonvensjonen har ikke tillagt noe organ lignende

¹⁸ Rui(2009) s.18-20.

¹⁹ Møse(2002) s.108-124.

²⁰ Møse(2002) s.102, Aall(2007) s.37.

håndhevingskompetanse. Av hensyn til oppgavens omfang har jeg derfor valgt å konsentrere meg om EMK og utelatt behandling av Barnekonvensjonen og de forpliktelser denne stiller.

2.1.2.1 Metode

Oppgaven handler om barnevernloven § 4-24 og om anvendelsen av denne er i tråd med EMK art.7 og TP 7 art. 4. Det er derfor nødvendig å avklare rekkevidden av de rettigheter disse konvensjonsbestemmelsene gir de lege lata for å kunne ta stilling til om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt innfrir disse forpliktelsene.

Et formål med EMK er at konvensjonen skal ha lik rekkevidde og omfang i alle medlemsland.²¹ For å kunne gjennomføre dette må EMK tolkes på bakgrunn av de tolkningsprinsipper som følger dens domstol, EMD. Dette har også Norge erkjent og akseptert gjennom å knesette prinsippet om selvstendig tolkning.²² Dette innebærer at norske domstoler ved tolkningen av konvensjonsteksten skal anvende de samme tolkningsprinsippene som EMD benytter. Likevel gjelder den begrensning at Norge ikke har en rettsutviklende rolle hva gjelder EMK, og således ikke skal tolke konvensjonen dynamisk.²³ Det blir derfor i det følgende gjort rede for de tolkningsprinsipper som EMD har lagt til grunn for nærmere tolkning og klargjøring av EMK og hvordan disse på grunn av reservasjonen om dynamisk tolkning, må anvendes i norsk rett.

²¹ Møse(2002) s.101.

²² Rt 2000 996, Rt 2001 1006 og senest Rt 2005 833. Skoghøy(2002) s.342, Jebens(2004) s.79-82, Rui(2009) s.53-54.

²³ Skoghøy(2002) s.54. Rui(2009) s.54.

EMK skal som utgangspunkt tolkes i overensstemmelse med de tolkningsprinsipper Wienkonvensjonen om traktatrett av 1969 angir.²⁴ De generelle tolkningsreglene i art. 31 gir uttrykk for at ved tolkningen av vilkårene i konvensjonen skal det tas utgangspunkt i traktatteksten, jf. ”ordinary meaning” jf. Wienkonvensjonen art. 31 (1). EMK er preget av vage ord og uttrykk. Dette skyldes at EMK er et politisk prosjekt hvor en ønsker å opprettholde tilfredsstillende individvern sett i lys av samfunnsutviklingen.²⁵ Den vide ordlyden gir rom for en dynamisk tolkningsstil og bidrar til at en slik opprettholdelse er mulig.²⁶ Traktatteksten gir derfor ofte isolert sett lite veiledning hva gjelder innholdet i den aktuelle rettighet.

For at konvensjonen skal gi tilsvarende vern i samtlige konvensjonstater, er de fleste begreper i EMK autonome. Det vil si at en stats oppfatning av begrepets innhold ikke nødvendigvis er retningsgivende for hvor langt individvernet går.²⁷ Tolkningsprinsippet i art.31 innebærer videre at de begreper som er gjenstand for tolkning, må sees i lys av øvrig konvensjonstekst, jf. ”context” jf. Wienkonvensjonen art. 31 (1). Dette er også av betydning ved tolkningen av vilkårene i EMK.²⁸ For norsk retts vedkommende skal ordlyden tolkes både isolert og på bakgrunn av konteksten. Reservasjonen om at Norge ikke har en rettsutviklende rolle medfører imidlertid at norske domstoler må vise forsiktighet med å gi vilkårene et mer omfattende nedslagsfelt enn det som fremgår av EMKs forarbeider, formål og praksis selv om ordlyden isolert sett favner vidt.

²⁴ Golder mot Storbritannia. Møse(2002) s.101, Rui(2009) s.41.

²⁵ Møse(2002) s.102.

²⁶ Se eksempelvis Tyrer mot Storbritannia. Møse(2002) s.102, Aall(2007) s.37.

²⁷ Møse(2002) s.101-102, Rui(2009) s.44.

²⁸ Møse(2002) s.101.

Videre er det et ønske i EMK å ha unisonkonforme begrep. Det vil si at en innad i konvensjonen søker å harmonisere og samkjøre tilsvarende like vilkår ved å gi disse et felles innhold.²⁹ En slik samkjøring bidrar til økt forutberegnlighet og et effektivt konvensjonssystem. Dette fordi en ved en slik samordning lettere får fastlagt de ulike vilkårenes rekkevidde. Tolkningsprinsippet om unisonkonform tolkning innebærer at hvor EMD- praksis viser at begrepene er unisonkonforme, skal likt innhold i de aktuelle vilkårene også legges til grunn av norske domstoler. Hvor praksis ikke har tatt stilling til om tilsvarende vilkår skal tillegges samme innhold, må en på bakgrunn av reservasjonen om at Norge selv ikke skal tolke konvensjonen dynamisk, vise større forsiktighet med å trekke paralleller mellom tilsvarende like vilkår, selv om dette kan synes hensiktsmessig.

Også formålet bak bestemmelsen og formålet bak konvensjonen er en viktig rettskildefaktor, jf. ”purpose” jf. Wienkonvensjonen art. 31 (1).³⁰ Hensikten med EMK er individvern. Dette har vært ansett å påvirke tolkningen av EMKs bestemmelser i ytterligere større grad enn det Wienkonvensjonen gir uttrykk for.³¹ Effektivitetsprinsippet har her en sentral rolle ved at EMD anvender den tolkning som effektivt vil gi det vern som ønskes styrket.³² Dette innebærer at norske domstoler må ta formålet bak den aktuelle bestemmelsen og formålet bak konvensjonen for øvrig i betraktning ved tolkningen av EMK.

²⁹ Se eksempelvis Göktaş mot Frankrike. Aall(2007) s.40.

³⁰ Jebens(2004) s.51, Rui(2009) s.45.

³¹ Van der Leer mot Nederland. Zolotukhin mot Russland, Møse(2002) s.101, Jebens(2004) s.51, Aall(2007) s.38, Rui(2009) s.41-43 og s.45.

³² Rui(2009) s.42.

Forarbeidene er gitt status som sekundær rettskilde, jf. ”preparatory work” jf.

Wienkonvensjonen art. 32 (1).³³ Dette betyr at rettskildevekten er begrenset. EMD har heller ikke gitt disse rettskildene mye oppmerksomhet. Dette skyldes at forarbeidene ofte er preget av splittede politiske synspunkt og er dermed flertydige og lite egnet som hjelpemiddel til å avklare rettstilstanden.³⁴ I norsk rett må en derfor ta den begrensede vekten forarbeidene til EMK har i betraktning ved bruken av disse som rettskildefaktor.

Praksis har blitt tillagt liten betydning ved tolkningen av konvensjoner, jf. ”subsequent practice” jf. Wienkonvensjonen art. 31 (3) bokstav b).³⁵ EMD synes å vektlegge deres egen rettspraksis ved tolkningen av EMK i mye større grad enn det Wienkonvensjonen gir uttrykk for.³⁶ En vektlegging av praksis er nødvendig for at EMK skal gi det individvern som synes riktig sett i lys av samfunnsutviklingen til enhver tid. EMD- praksis er derfor også av stor interesse for norske domstoler. Rettskildevekten avhenger av i hvilke typer avgjørelser EMD har kommet med uttalelser. EMD avsier dommer og avvisningsavgjørelser samt øvrige redegjørelser i form av kommisjonsuttalelser.

Uttalelsene i dommer skal automatisk bli tillagt vekt ved fastleggingen av rettstilstanden i forhold til det aktuelle vilkåret.³⁷ Ved storkammeravgjørelser må en regne med at EMD foretar en særlig gjennomtenkt drøfting, og disse avgjørelsene vil derfor ha særlig stor vekt. I forhold til avvisningsavgjørelser, kan EMD avvise en sak på ulike grunnlag, jf. EMK art. 34 og 35. Det er avvisninger på grunnlag av at klagen er ”manifestly ill-founded” som er

³³ Wienkonvensjonen art. 32.

³⁴ Aall(2007) s.37.

³⁵ Wienkonvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav b).

³⁶ Jebens(2004) s.63-64, Aall(2007) s.42-43

³⁷ Aall(2007) s.42-43.

interessante. Dette fordi EMD her tolker den aktuelle artikkelen og dermed kan bidra til rettslig avklaring hva gjelder bestemmelsens rekkevidde.³⁸ EMD tillegger disse avvisningsavgjørelsene vekt.³⁹ Vektingen er likevel mindre enn den som er tillagt dommer.⁴⁰ Hvilken vekt de ulike typer uttalelser i dommene og avvisningsavgjørelsene har, beror også på hva slag betydning EMDs ytring har hatt for resultatet i den konkrete avgjørelsen. Det synes som at eksplisitte og implisitte anvisninger som er nødvendig for domskonklusjonen har større betydning enn de uttalelser som er unødvendige(eksempelvis obiter dictum).⁴¹ Praksis viser at også kommisjonsuttalelser kan være et moment i argumentasjonen, men at rettskildevekten i seg selv er liten.⁴²

2.2 Generelle vilkår for påberopelse av EMK art.7 og TP 7 art. 4

2.2.1 Straffebegrepet i EMK

2.2.1.1 Innledning

Straffebegrepet har sentral betydning i forhold til rekkevidden av de rettigheter et individ kan påberope seg etter EMK. Det vernet som art. 7 og TP 7 art. 4 gir, er gode eksempler på dette. Inngangsvilkårene er her ”criminal offence” i art. 7 og ”criminal proceedings” i TP 7 art.4. For at et barn som blir tvangsplassert etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt skal

³⁸ Se grundig gjennomgang av rettskildevekten ved avvisningsavgjørelser i Rui(2009) s.45 flg.

³⁹ Fischer mot Østerrike avsnitt 26, Göktan mot Frankrike avsnitt 45. Rui(2009) s.47.

⁴⁰ Jussila mot Finland, Rui(2009) s.48.

⁴¹ Aall(2007)s.42-43.

⁴² Engel mfl. mot Nederland avsnitt 81, Weber mot Sveits avsnitt 32. Rui(2009) s.51.

kunne påberope seg de rettigheter som art.7 og TP 7 art. 4 gir, er det derfor avgjørende at reaksjonen mot barnet kvalifiserer til straff etter EMK.

Det har i norsk rett vært usikkerhet om hvorvidt tvangsinnleggelse av barn har vært straff i EMKs forstand. Høyesterett behandlet problemstillingen i Rt 2003 1827. Bakgrunnen for at straffevilkåret kom på spissen i denne saken var at en gutt var blitt tvangsplassert med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt, og senere straffeforfulgt og dømt for samme lovbrudd. Hovedspørsmålet var om forfølgningen i to prosesser innebar krenkelse av forbudet mot dobbel straffeforfølgning etter EMK TP 7 art. 4. Høyesterett skulle her kun ta stilling til lovtolkningen av straffebegrepet og tok derfor ikke stilling til om forbudet om dobbel straffeforfølgning kunne påberopes. Retten kom til at tvangsinnlegging av barn på institusjon med grunnlag i ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” var straff etter EMK.⁴³

Siden den gang synes EMD å ha kommet med nye uttalelser om innholdet i straffebegrepet.

Særlig avvisningsavgjørelsene Mjelde mot Norge og Storbråten mot Norge (begge avgitt i 2007) har i norsk rett sådd tvil om straffebegrepets unisonkonformhet og nærmere innhold.⁴⁴

Det er her av interesse om EMD med disse avgjørelsene har bidratt til å endre rekkevidden av straffebegrepet i EMK. Videre må det vurderes om eventuell endring i EMDs praksis får konsekvenser for hvorvidt tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt fremdeles er straff etter EMK.

⁴³ Rt 2003 1827.

⁴⁴ Skoghøy(2007) s.193-194 og Rui(2009)s.147-174 som er av den oppfatning at det er tale om en tydelig endring og at straffebegrepet ikke lenger er unisonkonformt. Motsatt Aall(2007) s.410 note 7.

Før det tas stilling til om Mjelde og Storbråten- sakene representerer en endring i straffevilkårets innhold, er det nødvendig å gi en introduksjon om hvordan vilkåret straff tradisjonelt har blitt avklart i EMK.

2.2.1.2 Det tradisjonelle straffebegrepet i EMK.

Begrepsbruken hva gjelder straff i EMK er varierende. Det er dermed to faktorer som er avgjørende for å kunne redegjøre for rekkevidden til de ulike straffebegrepene: for det første om straffebegrepet plassert i ulike bestemmelser skal tolkes likt og for det andre straffebegrepets nærmere innhold. Avklaring av hva som er straff har i stor grad blitt gitt i relasjon til art. 6. Ved behandlingen av disse spørsmålene finner jeg det derfor både nødvendig og hensiktsmessig å fokusere på straffevilkåret i denne bestemmelsen i tillegg til straffebegrepet i art.7 og TP7 art.4 som blir behandlet i denne oppgaven.

I forhold til samsvaret mellom de ulike straffebegrepene har disse noe varierende formulering, jf. ”criminal charge” og ”criminal offence” i art. 6, ”criminal offence” i art. 7 og ”criminal proceedings” og ”penal procedure” i TP 7 art. 4 (1). På tross av ulik ordlyd har EMD gitt klart uttrykk for at straffevilkårene i art. 6, art. 7 og TP 7 art. 4 skal tolkes likt. Allerede i Engel mfl. mot Nederland fastslo EMD at straffebegrepet i art. 6 og art. 7 er unisonkonformt. Dette synspunktet har senere blitt fulgt opp i en rekke avgjørelser.⁴⁵ EMDs uttalelser hva gjelder straffevilkåret i TP 7 art. 4, har ikke vært i uoverensstemmelse med de kriterier som fastslår innholdet i art. 6 og art. 7.⁴⁶ Fra 2002 gav EMD eksplisitt uttrykk for at straff etter TP 7 art. 4

⁴⁵ Göktan mot Frankrike, Manasson mot Sverige, Rosenquist mot Sverige, Jebens(2004) s.604-605.

⁴⁶ Gradinger mot Østerrike, Fischer mot Østerrike, og Oliveira mot Sveits. Rui(2009) s.156.

og art. 7 var likt.⁴⁷ Den tradisjonelle oppfatningen har vært at straffebegrepet er unisonkonformt. Dette har bidratt til en effektiv og forutberegnelig anvendelse av vilkåret straff.

Ved redegjørelsen av straffevilkårets innhold har EMD tatt utgangspunkt i de såkalte Engel - kriteriene som for første gang ble presentert i forbindelse med innholdet i straffebegrepet i EMK art. 6.⁴⁸ Det er her tre kriterier som enten alene⁴⁹ eller etter en samlet helhetsvurdering⁵⁰ kan gjøre at en reaksjon utgjør straff i konvensjonens forstand. Kriteriene kan deles opp i tre klasser; nasjonal klassifikasjon, overtredelsens karakter og karakteren og intensiteten av sanksjonen.⁵¹ Redegjørelsen av straffebegrepets nærmere innhold viser at begrepet er autonomt og at medlemsstatenes oppfatning av hva som er straff ikke utelukker at en reaksjon er straff etter EMK. Ettersom kriteriene i seg selv fremstår som vage har EMD benyttet flere underordnede momenter i vurderingen av om kriteriene er tilfredsstillt.⁵²

I forhold til kriteriet nasjonal klassifikasjon er det av betydning hvordan den aktuelle stat rubriserer forholdet. Hvor den aktuelle hjemmelen ikke eksplisitt angir reaksjonen som straff vil hjemmelens plassering i den nasjonale lovgivningen, lovgivers oppfatning og domstolenes oppfatning bidra til avklaring.⁵³ Ved å foreta en grundigere undersøkelse av myndighetenes syn på reaksjonen, muliggjør en i større grad å avsløre om reaksjonen i realiteten anses som straff enn hvor en kun ser på hva som eksplisitt blir uttalt i loven.

⁴⁷ Göktañ mot Frankrike, Haarvig mot Norge.

⁴⁸ Engel mfl. mot Nederland avsnitt 81.

⁴⁹ Lutz mot Tyskland avsnitt 55.

⁵⁰ Bendenoun mot Frankrike avsnitt 47.

⁵¹ Kriteriene har blitt formulert noe ulikt i teorien, men innholdet i kriteriene er det likevel enighet om: Møse(2002) s.308 flg., Aall(2007) s.334 flg., Rui(2009) s.156 flg.

⁵² Møse(2002) s.308 flg., Aall(2007) s.334 flg., Rui(2009) s.156 flg.

⁵³ Rui(2009) s.156.

I vurderingen av overtredelsens karakter må en vurdere om den handling som er grunnlaget for reaksjonen generelt sett er straffverdig.⁵⁴ Dette må bedømmes ut fra karakteren av loven og karakteren av forholdet.⁵⁵ Sentrale momenter er formålet med loven, bestemmelsens virkningsside og om handlingen har et strafferettslig preg.⁵⁶ Hvorvidt karakteren og intensiteten av sanksjonen tilsier straff, beror i særlig grad på hvor streng sanksjon vedkommende risikerer å få.⁵⁷ Videre er det av interesse hva slags type reaksjon det gjelder for eksempel om det er tale om frihetsberøvelse, bot, plikter eller rettighetsbegrensninger.⁵⁸ Vektleggingen av disse kriteriene bidrar til å avklare de reelle forholdene rundt reaksjonsgivningen.

2.2.1.3 Straffebegrepet i EMK i dag.

I Mjelde mot Norge og Storbråten mot Norge i 2007 kommer EMD med uttalelser i forbindelse med avklaring av straffebegrepet i TP 7 art. 4. Begge sakene gjaldt spørsmål om konkurskarantene innebar straff etter TP 7 art. 4 slik at konkurskarantene eventuelt ville stenge for senere straffeforfølgning. EMDs uttalelser reiser for det første spørsmål ved om EMD her gir straffevilkåret et annet innhold. Dernest oppstår problemstillingen om eventuell endring kun relaterer seg til straff etter TP 7 art. 4 eller om det også gjelder for straffebegrepets rekkevidde på generell basis i EMK, altså om eventuell endring har betydning i forhold til hva som er straff etter art. 6 og art. 7.

⁵⁴ Campbell og Fell mot Storbritannia.

⁵⁵ Aall(2007) s.334-335.

⁵⁶ Aall(2007) s.334-335, Rui(2009) s.156-157.

⁵⁷ Aall(2007) s.335-336, Rui(2009) s.161.

⁵⁸ Aall(2007) s.335-336.

2.2.1.3.1 Er innholdet i straffebegrepet endret?

I Mjelde- og Storbråten- sakene er det straffebegrepet i TP 7 art.4 som blir behandlet. Det er uenighet i juridisk teori om uttalelsene som EMD kommer med bare har betydning for hva som er straff i forhold til TP 7 art. 4, eller om uttalelsene også relaterer seg til straffebegrepet i art. 6 og art. 7.⁵⁹ Jeg velger derfor først kun å ta stilling til om det er en endring av straffevilkåret i TP 7 art.4.

EMD kommer i Mjelde- og Storbråten- sakene med identiske uttalelser om innholdet av straffebegrepet i TP 7 art. 4. Først sier EMD at straffebegrepet i TP 7 art. 4 må tolkes i lys av ”criminal charge” og ”penalty” i EMK art. 6 og art. 7.⁶⁰ Foreløpig er uttalelsene i tråd med tidligere oppfatning, jf. ovenfor. EMD går så over til å liste opp seks ulike kriterier som samlet avgjør om en reaksjon er straff i TP 7 art. 4, jf. ”the Court will have regard to such factors”. Disse er: 1) ”the legal classification of the offence under national law”, 2) ”the nature of the offence”, 3) ”the national legal characterization of the measure”, 4) ”its purpose, nature and degree of severity”, 5) ”whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence” og 6) ”the procedures involved in the making and implementation of the measure”. Om disse kriteriene uttrykker EMD eksplisitt at dette er et større utvalg av kriterier enn det Engel kriteriene representerer, jf. ”(...)this is a wider range of criteria than the so-called ’Engel criteria’”. Spørsmålet er om disse nye opplistede kriteriene kun er en

⁵⁹ Skoghøy(2007) s.193-194 og Rui(2009) s.147-174 er av den oppfatning at uttalelsene kun bidrar til å avklare hva som er straff i relasjon til TP 7 art. 4. Motsatt Aall(2007) s.410 note 7.

⁶⁰ Under ”The Court’s assessment”.

presisering av straffevilkårets innhold eller om uttalelsene innebærer en mer drastisk realitetsendring.

Sammenlignet med de tradisjonelle Engelkriteriene, tilsier det faktum at ytterligere tre faktorer er skilt ut som egne momenter, umiddelbart at det er tale om en realitetsendring. At det skal foretas en samlet vurdering, jf. ”regard to such factors” kan gi uttrykk for at kriteriene ikke kvalifiserer til straff på selvstendig grunnlag. Dette synes også norsk juridisk teori å legge til grunn.⁶¹ Jeg er enig i at en konkret helhetsvurdering av de seks kriteriene medfører at et kriterium vanskelig kan kvalifisere til straff alene. En samlet vurdering utelukker likevel ikke at oppfyllelse av et kriterium vil kunne være nok til å fastslå straff etter konvensjonens forstand såfremt det er tilstrekkelig tungtveiende i den aktuelle sak.

Ved presentasjonen av de seks momentene viser EMD til Malige mot Frankrike(avsagt i 1998) og Nilsson mot Sverige(avsagt i 2005). I Malige mot Frankrike var problemstillingen blant annet om illegging av prikker på et førerkort som kunne føre til at førerkortet ble fratatt føreren, var straff etter art. 6. Ved vurderingen av innholdet i straffebegrepet, begynner EMD med å presentere de tre Engelkriteriene. EMD siterer så til uttalelser gitt i Welch mot Storbritannia(avsagt i 1995):

“The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a ‘criminal offence’. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its

⁶¹ Skoghøy(2007) s.193-194 og Rui(2009) s.171-174.

characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity.’’⁶²

Disse uttalelsene, sammen med de tre Engelkriteriene, har slik jeg kan se samme innhold som de som fremgår i avvisningsavgjørelsene. Vektleggingen av disse seks kriteriene som EMD presenterer i avvisningsavgjørelsene synes derfor ikke i seg selv å være nytt. EMD sier imidlertid ikke eksplisitt at de seks momentene utgjør et større aspekt av momenter enn de tradisjonelle Engelkriteriene.

I Nilsson mot Sverige var spørsmålet om fratakelse av førerkortet var straff i TP 7 art. 4 forstand. EMD henviser til Malige-saken og opplister nøyaktig de samme seks kriterier. I tillegg sier EMD eksplisitt at dette er en større liste av momenter enn det Engelkriteriene representerer. En sammenligning av uttalelsene i Malige mot Frankrike og Nilsson mot Sverige gir inntrykk av at det er en gradvis utvikling mot et mer presist innhold av straffebegrepet.

EMDs uttalelser i Storbråten-, Mjelde-, Malige- og Nilsson- sakene gir uttrykk for at EMD har foretatt en bevisst og kontrollert endring av straffebegrepets rekkevidde og ikke at Mjelde- og Storbråten- sakene innebærer en drastisk kursendring. Til støtte for dette synet er at kun dommer kan bringes inn for storkammer i de tilfeller hvor tolkningen av EMK reiser kontroversielle spørsmål. Når EMD velger formen avvisningsavgjørelse er det naturlig å forutsette at rettighetenes rekkevidde ikke avviker fra tidligere praksis.⁶³

⁶² Welch mot Storbritannia s.13, avsnitt 28.

⁶³ Til støtte for denne sontringen se Rui(2009) s.48-49. Rui mener likevel at EMD har foretatt en kursendring i Mjelde- og Storbråten- sakene, jf. Rui(2009) s.49 og kapittel 5 s.147 flg.

EMD synes å ha beveget seg fra å bruke få vage kriterier til å gi straffevilkåret et mer presist innhold ved at flere og tydeligere momenter tillegges vekt. At det skal foretas en samlet vurdering av de seks kriteriene gir videre inntrykk av at et kriterie sjeldent vil kunne kvalifisere til straff alene. Dette indikerer at straffebegrepets rekkevidde har endret seg noe.

De nye kriteriene er også anvendt på straffebegrepet i TP7 art.4 i senere tid. Zolotukhin mot Russland, også avsagt i 2007, gjaldt en sivil som utøvet en særdeles upassende oppførsel mot politiet ved å banne, dytte og unnlate å følge ordre.⁶⁴ For denne oppførselen ble det både gitt en administrativ reaksjon og straffeforfølgning som resulterte i fengsel i ettertid. Ved vurderingen av innholdet i vilkårene ”criminal proceedings” og ”penal procedure”, blir ikke Engelkriteriene lenger nevnt. De seks nye momentene blir i stedet presentert.⁶⁵ EMD sier heller ikke at dette er en mer omfattende liste av relevante momenter enn de tradisjonelle Engelkriteriene. At dette ikke nevnes, gir uttrykk for at på dette punkt har de nye kriteriene blitt såpass etablert at en slik presisering ikke lenger er nødvendig.

I storkammeravgjørelsen i 2009 som gjaldt samme sak, tas det i stedet utgangspunkt i Engelkriteriene igjen. At de nye momentene ikke blir presentert kan tolkes på flere på måter. En forståelse er at EMD med unnlattelsen mener den har gått for langt med de tidligere uttalelsene sine. Riktignok har de nye kriteriene blitt redegjort for tidligere. Her er det imidlertid tale om storkammeravgjørelse og EMD har først nå hatt mulighet til å ta et felles prinsipielt standpunkt.

⁶⁴ Zolotukhin mot Russland 2009 under ”The Facts” under ”A: The events of 4. January 2002”.

⁶⁵ Avsnitt 29.

En annen forståelse er at de nye kriteriene er unnlatt siden straffevilkåret i TP7 art.4 var uproblematisk i behandlingen av saken. Dette synspunktet støttes av at en sett i lys av den gradvise bruken av de seks momentene i praksis må kunne forvente at EMD hadde tydeliggjort et eventuelt ønske om å falle tilbake på Engelkriteriene i mye større grad. I stedet tyder bruken av Engelkriteriene i storkammeravgjørelsen på at den mer omfattende listen benyttes i de tilfeller hvor det er mer usikkert om straffevilkåret er innfridd. Dette synet samsvarer også med hvordan EMD har behandlet straffevilkåret i andre dommer hvor straffebegrepet ikke er problematisk. For eksempel var dette tilfelle i avvisningsavgjørelsene Synnelius og Edsberg Taxi mot Sverige og Carlberg mot Sverige. Her ble straffebegrepets nærmere innhold ikke redegjort for, verken ved henvisning til Engelkriteriene eller de seks nye momentene, av ”criminal proceedings” i TP 7 art. 4, da dette vilkåret var klart innfridd.

Etter en gjennomgåelse av EMD praksis som viser at flere momenter enn de tradisjonelle Engelkriteriene har blitt tatt i betraktning i vurderingen av om en reaksjon er straff etter TP 7 art. 4, mener jeg det er forsvarlig å legge til grunn at det har vært en viss utvikling i rettstilstanden hva gjelder innholdet i straffebegrepet.⁶⁶ Den EMD- praksis som er gjennomgått ovenfor, gir videre uttrykk for at de nye momentene er en forlengelse av Engelkriteriene og at deres hovedfunksjon er å fungere som et ytterligere hjelpemiddel i uklare tilfeller. Jeg er derfor av den oppfatning at det ikke er tale om en drastisk kursendring.

Det nærmere innholdet i straffebegrepet i TP 7 art. 4 på nåværende tidspunkt er i utgangspunktet en presisering av de såkalte Engelkriteriene, fra opprinnelige tre hovedkriterier til nå å gjelde seks hovedmomenter. Med disse ytterligere kriteriene har

⁶⁶ Skoghøy(2007) s.193-194, Rui(2009) s.171-174.

nasjonale myndigheters synspunkt hva gjelder formålet bak den nasjonale bestemmelsen og den aktuelle handlingens karakter fått større betydning enn tidligere, fra å utgjøre forskjellige aspekter under Engelkriteriene til nå å være selvstendige momenter. Hvordan vektingen av disse seks momentene er innad, er fremdeles usikkert. Skoghøy og Rui synes å være av den oppfatning at kriteriene har tilsvarende lik verdi.⁶⁷ Dette innebærer i så tilfelle at nasjonale myndigheters formål med reaksjonen og hvordan reaksjonen blir karakterisert i nasjonal rett, får vesentlig større betydning enn de har blitt gitt tidligere under Engelkriteriene. Da medlemsstatenes synspunkt her vil kunne sette begrensninger for hva som skal anses som straff i EMKs forstand, vil det kunne føre til at straffebegrepet får et merkbart snevrere anvendelsesområde. Dette er også oppfatningen til Skoghøy⁶⁸, Rui⁶⁹ og Holmboe⁷⁰. Teorien som støtter opp under dette synspunktet bærer preg av den overbevisning om at straffebegrepet ikke lenger er unisonkonformt. Argumenter som at formålet bak TP 7 art.4 tilsier et snevrere straffevilkår⁷¹ og at EMD vil gå utenfor sin legitimitet ved å operere med et for vidt straffebegrep i TP 7 art.4⁷², har derfor blitt tillagt vekt i deres vurdering. Jeg er ikke enig i det standpunkt at straffevilkårene har ulikt innhold, jf. behandling av dette spørsmålet nedenfor. Jeg finner ikke deres argumentasjon som begrunner deres standpunkt hva gjelder straffevilkårets rekkevidde helt overbevisende.

Jeg er av den oppfatning at det faktum at Engelkriteriene har vært kjernen i straffebegrepet kan tyde på at disse vil tillegges mer vekt enn de nye. Dette synspunktet samsvarer også med ideen om autonome konvensjonsbegreper, herunder at EMD ikke ønsker å gi statenes

⁶⁷ Til støtte for dette synet, se Skoghøy og Rui Johansen.

⁶⁸ Skoghøy(2007) s.193-194.

⁶⁹ Johansen(2008) s.100-103.

⁷⁰ Holmboe(2008) s.237-238.

⁷¹ Skoghøyt(2007) s.193-194.

⁷² Rui(2009) s.171-174.

oppfatning av vilkårene avgjørende betydning⁷³. Videre gir behandlingen av EMD- praksis under dette kapittelet uttrykk for at EMD har innsett et behov for nyansering på området, ikke at EMD har hatt et ønske om å gi straffebegrepet vesentlig snevrere rekkevidde. Dette synes også å være oppfatningen til Aall.⁷⁴ Også Riksadvokaten er usikker på hvor omfattende endringen av straffevilkårets rekkevidde egentlig er.⁷⁵ På denne bakgrunn finner jeg det sannsynlig at de tradisjonelle Engelkriteriene på nåværende tidspunkt har størst vekt i en samlet vurdering av om en reaksjon er straff eller ikke.

Jeg er usikker på om endringen av straffebegrepet i TP 7 art.4 representerer en positiv utvikling. Ved å tillegge medlemsstatenes oppfatning større betydning kan dette på den ene siden føre til at EMKs rettigheter får ulik rekkevidde i de ulike stater. På den andre siden sikrer EMD at deres rettsutvikling ikke overskrider den legitimitet som er tillagt dem i EMK.⁷⁶

2.2.1.3.2 Er straffebegrepet fremdeles likt?

De seks nye kriteriene som skal vektes i vurderingen av om en reaksjon er straff, har i senere tid vært knyttet til straffebegrepet i TP 7 art. 4.⁷⁷ Det har dermed vært usikkert om disse kriteriene også gjelder ved vurderingen av hva som er straff i EMKs øvrige bestemmelser. Spørsmålet er om straffebegrepet fremdeles er unisonkonformt slik at presiseringen av straffebegrepets innhold får betydning for hva som er straff i hele EMK, ikke bare i forhold til

⁷³ Rui(2009)s.160.

⁷⁴ Se Aall(2007) s.410 note 7.

⁷⁵ Riksadvokaten(2009) s.2-3.

⁷⁶ Rui(2009) s.174.

⁷⁷ Nilsson mot Sverige, Mjelde mot Norge, Storbråten mot Norge og Zolotukhin mot Russland(2007).

TP 7 art. 4. I denne oppgaven skal jeg både ta stilling til hvilke forpliktelser Norge har etter TP 7 art.4 og art.7. Hva som er straff etter art.7 må derfor avklares. Siden art.6 tidligere har vært sentral i vurderingen av hva som er straff i EMK, vil jeg ta dette straffevilkåret i betraktning, i tillegg til TP 7 art. 4 og art. 7, i vurderingen av om straffevilkårene i EMK fremdeles er like.

På bakgrunn av at straffebegrepet tidligere har vært tolket likt i de tre bestemmelsene og ønsket om ensartet tolkning med grunnlag i hensynet til effektivitet, forutberegnlighet og at gjennomførbarhet står sterkt i EMD praksis,⁷⁸ er det gode grunner til å anta at uttalelser knyttet til straff og dets nærmere innhold gjelder generelt sett. I det følgende blir det redegjort for om relevante rettskildefaktorer eller øvrige momenter tilsier at vilkåret straff likevel bør tillegges ulikt anvendelsesområde i de ulike bestemmelsene.

Ordlyden i artiklene er av betydning for forståelsen av vilkårenes innhold.⁷⁹ Straffebegrepet kommer til uttrykk på forskjellig måte i de ulike bestemmelsene i EMK art. 6, art. 7 og TP 7 art. 4. I art. 6 er formuleringene ”criminal charge” og ”criminal offence” benyttet⁸⁰, i art. 7 brukes ”criminal offence”⁸¹ og i TP 7 art. 4 (1) er ”criminal proceedings” og ”penal procedure” brukt. Anvendelsen av ulike begrep kan gi uttrykk for at rekkevidden av vilkårene kan være forskjellige.

⁷⁸ Gradinger mot Østerrike, Fischer mot Østerrike, Oliveira mot Sveits, Rui(2009) s.156, Aall(2007) s.410, Møse(2002) s.395.

⁷⁹ Wienkonvensjonen art. 31 nr.1.

⁸⁰ EMK art. 6 (1), (2) og (3).

⁸¹ EMK art. 7 (1).

Formålet bak bestemmelsene er av stor interesse ved tolkningen av EMK.⁸² En redegjørelse av formålene med art. 6, art. 7 og TP 7 art. 4, og en sammenligning av disse vil gi veiledning på om samsvar av straffebegrepet er hensiktsmessig og naturlig. Formålet med art. 6 er å ivareta individets rettssikkerhet og sørge for at hensynet til effektivitet ikke går på bekostning av denne. Art. 7 har i likhet med art. 6 også som hovedformål å ivareta rettssikkerheten til individet. Bestemmelsen skal bidra til økt rettssikkerhet ved å beskytte mot vilkårlig reaksjon på vilkårlige handlinger.⁸³ Formålet med TP 7 art. 4 er å sikre innrettelsehensyn og mulighet for individet til et endelig oppgjør med fortidige handlinger.⁸⁴ Det er en materiell bestemmelse som indirekte har prosessuell virkning.

Det er her tale om rettssikkerhetsgarantier som skal sikres i art. 6 og art.7 versus materielle skranker for å idømme straff etter TP 7 art. 4.⁸⁵ De hensyn som gjør seg gjeldende kan gi inntrykk av at det er et større behov for vidt anvendelsesområde på art. 6 og art. 7 enn for TP 7 art.4. Dette taler for at straffevilkåret etter art. 6 og art. 7 bør favne videre enn straff etter TP 7 art. 4. At de ulike formål og hensyn bak de aktuelle bestemmelsene taler for ulik rekkevidde av straffevilkåret, har også vært oppfatningen i Høyesterett og i teori.⁸⁶ Etter dette mener jeg det er forsvarlig å legge til grunn at formålet, i likhet med ordlyden, trekker i retning av at det ikke er naturlig å gi bestemmelsene identiske anvendelsesområder.

Videre har EMD praksis og de uttalelsene EMD kommer med i tilknytning til dette stor rettskildevikt. Uttalelsene i avvisningskjennelsene Mjelde mot Norge og Storbråten mot

⁸² Wienkonvensjonen art. 31 nr. 1.

⁸³ Kjølbro(2007) s.503.

⁸⁴ Gradinger mot Østerrike, Jebens(2004) s.600.

⁸⁵ Jebens(2004) s.600.

⁸⁶ Se eksempelvis Rt 2002 1216, Rt 2003 264, Rt 2006 1409 avsnitt 85, Skoghøy(2007) s.193-194. Motsatt Rui(2009) s.173-174.

Norge gir ikke svar på om straffebegrepet er unisonkonformt. Bruken av kriteriene forut for og i ettertid av avvisningsavgjørelsene kan her gi mer veiledning. De seks kriteriene er tidligere blitt benyttet til å redegjøre for innholdet av straffebegrepet i art. 6(Malige saken fra 1998), art. 7(Welch saken fra 1995) og TP 7 art. 4(Nilsson mot Sverige fra 2005). At kriteriene er benyttet til å avklare straffebegrepets rekkevidde både i art.6, art.7 og TP 7 art. 4 taler for at de nye kriteriene gjelder for samtlige straffebegrep i EMK.⁸⁷

I senere tid har de nye kriteriene foreløpig bare blitt anvendt på straffebegrepet i TP 7 art 4, jf. Nilsson saken fra 2005, avvisningskjennelsene mot de norske statsborgerne fra 2007 og senest Zolotukhin også fra 2007. Dette kan umiddelbart gi inntrykk av at de nye kriteriene kun er av interesse for hva som er straff i TP 7 art. 4. I EMD- avgjørelser som er avsagt etter 2007 hvor fornærmede har påberopt seg art. 6 og art.7 har jeg imidlertid ikke funnet noen tilfeller hvor straffebegrepet har vært problematisk. Det har dermed, etter det jeg kan se, ikke vært behov for å anvende de seks kriteriene.

Videre har uttalelser fra EMD i nyere tid klart gitt uttrykk for unisonkonform tolkning. Synnelius og Edberg Taxi mot Sverige og Carlberg mot Sverige(begge avsagt i 2009) gjaldt begge personer som hadde fått skattebot før straffedom var idømt. De mente dette brøt både mot kravet til domstol etter art. 6 (1), brudd på uskyldspresumsjonen etter art. 6 (2) og forbudet mot dobbeltstraff etter TP 7 art.4. Ved behandlingen av vilkåret ”criminal proceedings” i TP 7 art. 4, henviser EMD til Göktan mot Frankrike som uttaler at straffebegrepene i art. 6 og art. 7 skal tolkes likt og til Manasson mot Sverige som uttaler at

⁸⁷Til støtte for dette synet se Aall(2007) s.410 note 7. Jeg kan ikke se at dette argumentet har blitt tatt i betraktning verken av Skoghøy eller Rui i deres behandling av hva som er straff i EMK, jf. Skoghøy(2007) s.193-194 og Rui(2009).

straffebegrepene i art. 7 og TP 7 art. 4 skal ha likt innhold.⁸⁸ EMD påpeker så at ”the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention”.⁸⁹ Med disse uttalelsene gir EMD klart uttrykk for at straffevilkårene i de ulike bestemmelsene fremdeles skal ha likt innhold. Med denne avklaringen fra EMD mener jeg det ikke lenger er tvil om at EMD fremdeles forholder seg til konvensjonskonform tolkning av straffevilkåret.

På tross av bestemmelsenes ulike ordlyd og formål mener jeg det på bakgrunn av EMDs praksis, er forsvarlig å legge til grunn at det fremdeles ikke er tale om fravikelse fra et unisonkonformt straffebegrep i EMK. Dette innebærer at på nåværende tidspunkt har straffebegrepene i art.6, art. 7 og TP 7 art. 4 likt innhold.

2.2.2 Er tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt straff?

Det må så tas stilling til om endringen av straffebegrepets innhold har betydning for om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff i EMKs forstand.

Spørsmålet om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt var straff, blir drøftet av Høyesterett i Rt 2003 1827. Både mindretallet og flertallet tar utgangspunktet i de originale Engelkriteriene uten å komme med ytterligere presiseringer innledningsvis.⁹⁰

⁸⁸ Carlberg mot Sverige avsnitt 66 og Synnelius og Edberg Taxi AB mot Sverige under ”THE LAW” avsnitt 5.

⁸⁹ I.c.

⁹⁰ Rt 2003 1827 avsnitt 29(mindretallet) og avsnitt 63(flertallet).

Mindretallet gir likevel uttrykk for EMD praksis i senere tid har tillagt formålet med reaksjonen større betydning enn tidligere.⁹¹

Høyesterett har ikke en rettsutviklende rolle på EMK- basis. Å tolke konvensjonen dynamisk for å sikre samsvar med potensiell fremtidig utvikling av EMK vil i stedet kunne stride med norsk rett.⁹² At de seks nye kriteriene utgjorde et større aspekt av kriterier enn Engelkriteriene, ble først eksplisitt tydeliggjort av EMD i 2005 og i 2007. Samlet tyder dette på at Høyesterett i Rt 2003 1827 ikke har tatt hensyn til disse nye kriteriene i behandlingen av straffevilkåret i TP 7 art.4. Det er dermed grunn til å drøfte om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff på nåværende tidspunkt.

Hvorvidt overnevnte barneverntiltak er straff etter EMK, beror på en samlet vurdering av seks kriterier; den rettslige klassifikasjonen av handlingen under nasjonal lovgivning, handlingens natur, den nasjonale rettslige karakteriseringen av reaksjonen, reaksjonens formål, natur og grad av strenghet, om reaksjonen blir ilagt på grunn av dom for en kriminell handling og prosedyrene involvert ved utførelsen og realiseringen av reaksjonen, jf. behandling av straffebegrepets innhold ovenfor.⁹³

For det første er det av betydning hva den rettslige klassifikasjonen av handlingen under nasjonal lovgivning tilsier. Det er her fokus på norske myndigheters oppfatning av handlingen som er begått. Tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt krever at barnet har foretatt handlinger som kvalifiserer til ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Vilkåret

⁹¹ Rt 2003 1827 avsnitt 31.

⁹² Skoghøy LoR 2002 s.347, Aall(2007) s.88-89, Rui(2009) s.54.

⁹³ Se under oppgavens kapittel 2.2.1.

henviser indirekte til den type atferd som i henhold til straffelovgivningen er straffbare. Det kreves at både de subjektive og objektive vilkår for straff er til stede, med unntak av tilregnelighetsvilkåret for barn under 12 år.⁹⁴ At det er tale om kriminell atferd som kan straffes etter alminnelige strafferettslige regler, taler klart for at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff.

Kriminell atferd er imidlertid ikke alene tilstrekkelig til å kvalifisere som grunnlag for tvangsplassering; de må representere ”alvorlige atferdsvansker”, jf. barnevernloven § 4-24 (1). Hovedfokuset er ikke at handlingen er straffbar, men at den type handlinger viser at barnet har atferdsproblemer. Det er den kvalifiserte avvikende atferden som lovgiver tar sikte på å reagere mot. På bakgrunn av dette er mindretallet i saken i Rt 2003 1827 av den oppfatning at den nasjonale klassifikasjonen av handlingene totalt sett ikke er stemplet som kriminelle, men heller at de er ”en manifestasjon av alvorlig avvikende atferd”, jf. avsnitt 35. Flertallet deler ikke dette synspunktet. De viser til den tydelige koblingen vilkårene i bestemmelsen har til strafferetten, jf. avsnitt 69-73. Flertallets uttalelse hva gjelder klassifikasjon av handlingen støttes i teorien.⁹⁵ Jeg er enig med flertallet at grunnvilkåret ”alvorlige atferdsvansker” ikke er tilstrekkelig til å overskygge kriminalitetsstempelet. Den rettslige klassifikasjonen av handlingen under nasjonal lovgivning, trekker etter min mening i retning av at tvangsplassering etter barneloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff.

For det andre skal handlingens natur vektlegges. Dette er en av de opprinnelige faktorene gitt i Engel- saken. Her er det egenarten ved handlingen isolert sett, fra et internasjonalt

⁹⁴ Rt 2003 1827 avsnitt 74 som støtter seg til brev av 6. desember 1996 fra Justisdepartementets lovavdeling til Barne- og Familiedepartementet.

⁹⁵ Rui(2009) s.157 og s.192.

perspektiv, som er av interesse.⁹⁶ Ved tvangsplassering er det tale om handlinger som etter norsk lovgivning er straffbare. Små overtredelser av mindre graverende art, typisk forseelser, vil kunne ligge i gråsonen for hva som anses som kriminell atferd sett fra et internasjonalt perspektiv. Barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt krever imidlertid at det må være tale om ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Bagatellmessige enkelthandlinger synes derfor og ikke kunne gi grunnlag for denne type reaksjoner. Det kreves i stedet kriminell atferd av en viss kvalitet, enten i art eller omfang.⁹⁷ Jeg legger derfor til grunn at handlingenes natur med stor sannsynlighet vil anses kriminell fra et internasjonalt ståsted. Dette taler med stor tyngde for at tvangsplassering er straff.

Det tredje kriteriet som så må gjøres rede for er den nasjonale rettslige karakteriseringen av reaksjonen. Tidligere synes nasjonal klassifikasjon og ha hatt stor betydning kun dersom stater oppfatning taler for straff.⁹⁸ Det er dermed usikkert hvor tungtveiende dette argumentet er i den samlede vurderingen i dagens rettstilstand. Tvangsplassering på institusjon etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er etter norsk lovgivning et barnevernstiltak og ikke straff, jf. plassering av hjemmelen i Barnevernloven. Dette understrekes også i ulike forarbeider hvor det uttales at reaksjonen ikke har et pønalt formål, men er en offentlig tjeneste for å styrke utsatte barns oppvekst.⁹⁹ Den nasjonale rettslige karakteriseringen av reaksjonen taler mot å anse tiltaket som straff etter EMK.

Videre har kriteriet som omhandler reaksjonens formål, natur og strenghet betydning. Dette er argumenter som under Engelkriteriene var av stor interesse. Som nevnt under behandlingen

⁹⁶ Rui(2009) s.157.

⁹⁷ Ot.prp.nr.44(1991-1992) s.114. Se grundig behandling av lovvilåret under kapittel 2.3.2.

⁹⁸ Møse(2002) s.308, Aall(2007) s.334, Rui(2009) s.156.

⁹⁹ NOU 2000:12 s.167 og NOU 2009:8 s.22

av straffebegrepet i kapittel 2.2.1, tilsier dette at disse faktorene vil kunne tillegges stor vekt. Formålet med tvangstiltaket er å hjelpe utsatte barn.¹⁰⁰ Dette taler for at reaksjonen ikke er straff. I forhold til reaksjonens natur, er det veiledende hvem reaksjonshjemmelen retter seg mot. Hvis det kan reageres mot ethvert individ taler det for at reaksjonen er straff.¹⁰¹ Dersom reaksjonsbestemmelsen bare får anvendelse på en bestemt gruppe individer, er det mer usikkert om straffvilkåret i EMK er oppfylt.¹⁰² Momentet har i utgangspunktet kun betydning hvor oppførselen som gir grunnlag for reaksjonen ikke kan straffeforfølges av domstolen. Dette vil typisk kunne være ordensreaksjoner og andre disiplinærreaksjoner. Begrunnelsen er at hvor sanksjonen krever at straffbare handlinger er begått vil vektlegging av dette momentet kunne føre til lettvent omgåelse av de krav som stilles til domstolene og prosessen i straffesaker.¹⁰³

Barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt retter seg mot barn med atferdsproblemer. Dette er en bestemt gruppe individer. Denne begrensningen kan gi inntrykk av at barnevernstiltaket ikke er straff etter EMK. Betingelsen for tvangsplasseringen er imidlertid at barnet har begått lovbrudd som kan straffeforfølges i straffeprosessuelle former. Det er dermed en mulighet for at nasjonale myndigheter ubemerket kan ilegge barnet reaksjoner i regi av barnevernstjenesten, med et pønalt formål og allmennpreventive hensyn for øye.¹⁰⁴ Barnets rettssikkerhet risikerer her i stor grad å bli svekket. Individavgrensningen tillegges dermed ikke vekt i vurderingen av om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff.

¹⁰⁰ Til støtte for dette synet se blant annet formålsbestemmelsen i barnevernloven § 1-1, NOU 2009:8 s.22, NOU: 2000:12 s.167 og Ot.prp.nr.44(1991-1992) s.28. Se også Lindboe (2003) s.22-23, 46 flg. og s.304.

¹⁰¹ Aall(2007) s.339, Rui(2009) s.157.

¹⁰² Aall(2007) s.339, Rui(2009) s.157.

¹⁰³ Aall(2007) s.339.

¹⁰⁴ NOU 2000:12 s.167-168 hvor det blir påpekt at en ved å begrunne et inngrep med behandling, kan en skjule at myndigheter har en skjult agenda.

Ved vurderingen av sakens strenghet er sakens art, varighet og intensitet retningsgivende.¹⁰⁵

For eksempel vil frihetsstraff som utgangspunkt kunne kvalifisere til straff i EMKs forstand.

Videre må sakens strenghet vurderes ut fra både et generelt og et individuelt perspektiv;

hvordan dette generelt sett er ansett å tyngre og hvordan individet selv opplever reaksjonen.¹⁰⁶

For det første innebærer tvangsplassering på institusjon et inngrep i barnets frihet i forhold til

valg av bosted. For det andre har Barnevernstjenesten kompetanse til å sette ytterligere

begrensninger dersom ”barnets alder og modenhet”, ”formålet med oppholdet” eller ”trygghet

og trivsel” på institusjonen krever det, jf. barnevernloven § 5-9. Lengden på tiltaket kan som

utgangspunkt være opp til fire uker, jf. barnevernloven § 4-24 (1). Videre har Fylkesnemnda

mulighet til å fatte vedtak om tvangsplassering opp til 2 år, jf. barnevernloven § 4-24 (2) 2.pkt

jf. 1. pkt. På grunn av den store innskrenkningen i barnets frihet og mulig lengde av opphold,

vil tvangsplassering på institusjon kunne være like inngripende som fengselstraff.

I forhold til et individuelt perspektiv, må en se på hvem som rammes. Det er her tale om

reaksjon mot barn. Et inngrep kan føles særlig skjebnesvangert og alvorlig for denne gruppe

individer.¹⁰⁷ Reaksjonens strenghet, herunder dets art, varighet og intensitet, taler i stor grad

for at institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er straff.

Angående straffevilkårets femte kriterium, er spørsmålet om reaksjonen blir gitt på bakgrunn

av straffedom. Tvangsplassering på institusjon blir ikke gitt som en del av en strafferettslig

¹⁰⁵ Rui(2009) s.161 som viser til Johansen(2005) s.364-366.

¹⁰⁶ Aall(2007) s.101-102, særlig under bokstav f).

¹⁰⁷ NOU 2000:12 kapittel 14.8.3 s.173-174.

reaksjon etter forfølgning og dom i straffeprosessuelle former. Dette kan tyde på at reaksjonen ikke er straff i EMKs forstand. Ved vurderingen av det siste kriteriet er det av betydning hvilke prosedyrer som er involvert ved utførelsen og realiseringen av reaksjonen. Avgjørelsen blir fattet av Fylkesnemnda som i norsk rett ikke kvalifiserer til domstol. Det er likevel et upartisk og uavhengig organ som innen rimelig tid fatter de vedtak som venter på å bli prøvd. Videre er beviskravet tilsvarende som i strafferetten.¹⁰⁸ Prosedyrene som er involvert trekkes dermed i retning av at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt omfattes av EMKs straffebegrep.

Det må så foretas en samlet vurdering. Som nevnt ovenfor under kapittel 2.2.1.3.1 synes det forsvarlig å tillegge de argumentene som baserer seg på realiteten hva gjelder en reaksjon større betydning enn de som baserer seg på de formelle. Hva gjelder den rettslige klassifikasjonen av handlingen under nasjonal lovgivning, handlingens natur, reaksjonens strenghet og prosedyrene involvert, trekkes disse kriteriene i klar retning av at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første punkt er straff. I motsatt retning trekkes det faktum at den nasjonale rettslige karakteriseringen av reaksjonen er barneverntiltak, at reaksjonens formål er å hjelpe utsatte barn og at reaksjonen ikke blir ilagt på grunn av dom for en kriminell handling. De argumenter som taler for straff, er momenter som fokuserer på det reelle innholdet av reaksjonen. To av de argumenter som taler mot å stemple institusjonsplasseringen som straff, herunder den nasjonale rettslige karakteriseringen av reaksjonen og at reaksjonen ikke blir ilagt på grunn av dom for en kriminell handling, belyser i stedet de formelle forholdene.

¹⁰⁸ NOU 2001:32 kapittel 19.2.3.3.

Etter en helhetsvurdering av de aktuelle kriterier, hvor særlig kriteriene som har fokus på de reelle forholdene rundt tiltaket har blitt tillagt vekt, kommer jeg til at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt fortsatt må anses som straff i forhold til EMK.

Dette innebærer at barn i denne situasjonen har krav på det vern som art. 7 og TP 7 art. 4 gir.

2.3 Spesiell del.

2.3.1 Innledning

Jeg vil nå redegjøre for hvilke minstekrav EMK art.7 og TP7 art. 4 stiller til en stat. Videre vil jeg drøfte om tvangsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er i tråd med konvensjonsbestemmelsene.

Etter EMK art. 7 krever straff hjemmel i lov. Vedrørende lovkravet, er det særlig kvalitetskravet som er aktuelt å avklare, herunder om barnet kan forutberegne hvilke kriminelle handlinger som kan gi grunnlag for tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. I forhold til forbudet mot dobbeltstraff er det særlig vilkåret samme ”offence” som tillegges oppmerksomhet da EMD i sin praksis har foretatt en kursendring på dette punkt.

2.3.2 Lovkravet i EMK art.7.

I norsk rett er lovkravet på strafferettens område hjemlet i Grl. § 96 og i EMK art. 7. På grunn av plasshensyn blir det ikke tatt stilling til de eventuelle problemstillinger som Grl. § 96 kan

være gjenstand for. I stedet avgrenser jeg drøftelsen min mot de spørsmål EMKs bestemmelse reiser.

EMK art. 7 lyder som følger:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.”

Begrunnelsen bak og hovedformålet med å ha et lovkrav på strafferettens område er å forhindre maktkonsentrasjon og myndighetsmisbruk.¹⁰⁹ I forlengelsen av dette sørger også et hjemmelsvilkår for å forhindre vilkårlighet.¹¹⁰ Videre står hensynet til forutberegnelighet, herunder også individets mulighet til å innrette seg, sentralt. Et lovkrav bidrar på denne måten til å ivareta rettssikkerheten til individet. Mothensyn som gjør seg gjeldende er hensynet og behovet for effektiv rettshåndhevelse.¹¹¹ På den ene siden skal lovgiver sette skranker for den utøvende makt, og på den andre siden skal loven være praktikabel slik at den effektivt kan oppnå de formål loven er ment å ivareta.

¹⁰⁹ Aall(2007) s.96.

¹¹⁰ Se eksempelvis EMDs uttalelser i Kokkinakis mot Hellas avsnitt 32-47, Møse(2002) s.396-397.

¹¹¹ Aall(2007) s.110.

EMKs lovkrav i art 7 retter seg mot de tiltak som etter konvensjonen anses som straff.

Bestemmelsen setter skranker både for lovgiver og rettsanvender. Det er kravene i forhold til lovgiver som behandles her.

Videre beskytter art.7 individet på to måter. Den representerer for det første et forbud mot å gi straffebestemmelser tilbakevirkende kraft. Det foreligger hjemmel i lov for å tvangsinnlegge barn på det grunnlag at de har foretatt ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”, jf. barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. Tvangsinnlegging er dermed ikke problematisk i forhold til dette kravet. For det andre krever art. 7 at en kun kan straffes etter ”national or international law”, jf. art. 7 (1) 1.pkt. Begrepet ”law” er autonomt og har i utgangspunktet samme innhold som de øvrige lovvilkår i konvensjonen.¹¹² Konvensjonstekstens ordlyd gir uttrykk for at det må foreligge rettslig grunnlag for å ilegge straff, herunder innfri de nasjonale krav til hjemmel. Tvangsplassering på grunnlag av kriminalitet er lovfestet. Så langt er barnevernstiltaket i tråd med art. 7.

Videre har EMD- praksis tolket begrepet ”law” dit hen at vilkåret også stiller visse betingelser til kvaliteten til nasjonale regler, og da særlig når en befinner seg på strafferettens område.

Nærmere om hvilke kvalitetskrav som stilles til lov som hjemler straff ble av EMD for første gang avklart i forhold til art. 7 i Kokkinakis mot Hellas. På avsnitt 52 uttaler EMD:

“The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and

¹¹² Se for eksempel SW mot Storbritannia avsnitt 35, Aall(2007) s.95 flg.

*prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. **This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable**(min utheving).”*

Det fremgår av EMDs uttalelser at hvorvidt kvalitetskravet er innfridd beror på om individet gjennom nasjonal lov kan forutberegne sin rettsstilling ved hjelp av sakkyndig og øvrige rettskilder som eksisterer på området.¹¹³

Hvilke krav som stilles til forutberegnelighet beror på en avveining av barnets behov for rettssikkerhet opp mot myndighetenes behov for effektiv håndheving. På bakgrunn av effektivitetshensynet, herunder særlig behovet for at rettsregler har mulighet til og tilpasses i tråd med samfunnsutviklingen, har EMDs praksis åpnet for at kravet til presisjon ikke alltid må være like strengt. Dette vil i enkelte tilfeller kunne resultere i at vage og uklare lovbestemmelser må aksepteres, også på strafferettens område.¹¹⁴ Det er likevel et minstekrav at innholdet i rettsregelen må være så opplagt og definerbar at det som oftest er klart hvilke handlinger som bestemmelsen omfatter.¹¹⁵

Spørsmålet er dermed om advokater(som representerer barnet) i de fleste tilfeller vil være i stand til å forutse barns rettsstilling i forhold til tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24

¹¹³ Møse(2002) s.396-397, Aall(2007) s.115-116.

¹¹⁴ Møse(2002) s.396, Aall(2007) s.108.

¹¹⁵ Cantoni mot Frankrike avsnitt 32.

(1) første strekpunkt. De rettskildefaktorer som vil kunne bidra til avklaring av rettstilstanden i forhold til barnevernloven § 4-24, er lovtekst, forarbeider, Høyesterettspraksis, lagmannsretts praksis, tingrettspraksis, fylkesnemndenes praksis, juridisk teori og reelle hensyn.

Det er fire kumulative vilkår som må være innfridd for at et barn skal kunne bli tvangsplassert i inntil fire uker på bakgrunn av kriminell atferd. Barnet må for det første ha utvist ”alvorlige atferdsvansker” jf barnevernloven § 4-24 (1). Dernest må atferdsvanskene ha blitt påvist gjennom ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” jf barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. Videre kreves at barnevernstjenesten har vurdert andre hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 jf. § 4-25 (1), og endelig må institusjonsopphold være ”til det beste for barnet” jf barnevernloven § 4-1. Tvunget institusjonsopphold på opptil to år kan gis forutsatt at det er ”trolig” at barnet trenger en mer langvarig behandling jf barnevernloven § 4-24 (2) pkt 2 jf pkt 1.¹¹⁶

Det er vilkårene ”alvorlige atferdsvansker” og ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” som åpner for at barneverntjenesten kan tvangsplassere barn. Det er dermed avklaring av de ovennevnte krav som er sentrale i forhold til et barns mulighet til å forstå hvilke konsekvenser deres kriminelle atferd kan medføre hva gjelder tvangsplassering. Jeg velger derfor i det følgende kun å konsentrere meg om disse to vilkårene.

Selve grunnvilkåret i barnevernloven § 4-24 er “alvorlige atferdsvansker”, jf. (1). Ordlyden gir uttrykk for at ytre omstendigheter må kunne tas til innekt for at barnet sliter med oppførsel

¹¹⁶ Gjennomgåelse av samtlige av de kumulative vilkårene finner en blant annet i Lindboe(2003) s.144 flg.
41

eller væremåte i forhold til gjeldende normer og forventninger i samfunnet. Barnets oppførsel og væremåte avviker således fra det en normalt kan vente seg. Dermed kan det sluttet at avviket må være av kvalifisert art. Bagatellmessige avvik, og det at noen generelt sliter mer med oppførselen enn andre skulle etter dette falle klart utenfor den språklige forståelsen.

Videre synes forarbeidene å gi uttrykk for at vilkårets siktemål er å fange opp oppførsel av samfunnsmessig forstyrrende karakter.¹¹⁷ Dette medfører at atferd som ikke har negativ innvirkning på samfunnet, men kun går på bekostning av barnet selv, ikke omfattes. Dette synes også å være oppfatningen i teorien.¹¹⁸ Oppedal nevner selvmordsfare, spiseforstyrrelser og depresjoner som eksempler på typisk atferd som faller utenfor.¹¹⁹

De ”alvorlige atferdsvanske[ne]” må påvises gjennom en av tre alternative handlingsmønstre.

I vårt tilfelle er det vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” som er aktuelt.

Barnevernloven gir selv ingen legaldefinisjon av vilkåret. Isolert sett er ordet ”kriminalitet” et vagt begrep og åpner for flere tolkningsalternativer. Hensynet til sammenheng i rettsreglene og retts teknisk løsning tilsier at begrepet ”kriminalitet” skal forstås som de handlinger som er straffbare i straffelovgivningen, herunder straffeloven og øvrige straffebed i spesiallovgivningen. Dette er også oppfatningen i praksis.¹²⁰ Dette innebærer at de objektive og subjektive vilkår for straff må være innfridd, med unntak av tilregnelighetsvilkåret hvor barnet er under 15 år.¹²¹ Ut fra de synspunkt som er kommet til uttrykk gjennom praksis og

¹¹⁷ NOU 1985:18 s.179 og 188.

¹¹⁸ Børresen(1995) s.358-359, Andenæs(2003) kapittel 4 s.308-309, Oppedal(2008) s.339-341.

¹¹⁹ Oppedal(2008) s.339.

¹²⁰ Ofstad/Skar(2009) s.170 hvor de underbygger dette standpunktet med de uttalelser som framgår av brev fra Justisdepartementets lovavdeling til Barne- og familiedepartementet datert 6. Desember 1996. Også Høyesterett slutter seg til denne oppfatningen i Rt 2003 1827 avsnitt 74.

¹²¹ I.c.

teori er det nærliggende å trekke den slutning at begrepet ”kriminalitet” omfatter all den type atferd som i henhold til straffelovgivningen anses som straffverdig.

Hvilke typer kriminalitet og hvilket omfang av kriminell atferd som gjelder, blir avgrenset av lovteksten ved at handlingene enten må være ”alvorlig” eller ”gjentatt”. Ordlyden ”alvorlig(...)kriminalitet” gir uttrykk for at kriminelle handlinger av mer bagatellmessig art faller utenfor. Forseelser er i norsk rett ansett å være ulovlige handlinger av mindre graverende karakter, noe som henspiles blant annet i at forsøk på forseelser ikke er straffbart, jf. strl. § 49, og at strafferammen generelt sett er lavere. Av den grunn er det naturlig å trekke den slutning at forseelser ikke er tilstrekkelig til å innfri vilkåret. Lovteksten gir imidlertid ikke nærmere avklaring på hvilke forbrytelser som vil kvalifisere som alvorlige etter barnevernloven. Vilåret ”gjentatt” gir uttrykk for at det må være tale om en repetisjon av kriminell atferd. Ut fra lovteksten er minstekravet at lovbrudd er utført minst to ganger. Videre synes vilkåret å inkludere bagatellmessige lovbrudd, typisk forseelser, dersom disse blir overtrådt flere ganger.

Forarbeidene uttaler i forhold til det nærmere innholdet av begrepet:

”Med ’alvorlig kriminalitet’ i første ledd menes i første rekke de tilfelle hvor det foreligger volds - eller sedelighetsforbrytelse av alvorlig karakter. Ved ’gjentatt kriminalitet’ er blant annet tenkt på de tilfelle hvor vedkommende har gjort seg skyldig i serier av tyverier eller hærværk.”¹²²

¹²² Ot.prp.nr.44(1991-1992) s.114.

Uttalelsene avklarer at ”alvorlig(...) kriminalitet” begrenser seg til den type atferd som kan klassifiseres under kriminelle handlinger som retter seg mot liv og helbred. Akkurat som ordlyden i lovteksten, gir uttalelsene uttrykk for at kriminell atferd av mindre alvorlig karakter ikke omfattes. Dette tilsier at en forseelse ikke nødvendigvis vil være nok til å innfri vilkåret. Hva som nøyaktig er nedre grense for å påvise ”alvorlig(...)kriminalitet” og mer nøyaktig hvilke typer forbrytelser på liv og helbred det er tale om, gir heller ikke forarbeidsuttalelsene svar på. Etter min mening, kunne angivelse av strafferamme og/eller en nærmere presisering av hvilke type lovbrudd, for eksempel ved henvisninger til konkrete straffebestemmelser, bidratt til ytterligere avklaring.

Hærverk og tyveri er i forarbeidene nevnt som eksempel på en overtredelse som ved gjentakelse vil kunne innfri vilkåret ”gjentatt kriminalitet”. I straffelovgivningen kan tyveri og skadeverk både anses som forbrytelse, jf. strl. § 257 og strl. § 291 og som forseelse, jf. strl. § 291a og strl. § 391 avhengig av om straffeskylden anses som liten eller ikke. At forarbeidene ikke utelukker forseelse kan gi uttrykk for at forseelser, i alle tilfeller de typer atferd som går under karakteristikken vinningskriminalitet og kriminalitet som gjelder skadeverk på strafferettens område, omfattes. Dette indikerer at forseelser mot formuesrettigheter(kapittel 40: Strl. §§ 391-408) kan gi grunnlag for tvangsplassering. Ut fra synspunktet fra det mer til det mindre er det forsvarlig å legge til grunn at også de tilfeller hvor barnet gjentatte ganger har gjort seg skyldig i forseelser som retter seg mot liv og helbred, vil dette kunne kvalifisere til kriminalitet i barnevernlovens forstand (kapittel 39: strl. §§ 384- § 390a).

Selv om forarbeidene kun nevner enkelte typer kriminell atferd, representerer uttalelsene nødvendigvis ikke en uttømmende opplisting. Dette reiser flere spørsmål. En problemstilling er om ikke andre forbrytelser eller forseelser enn det forarbeidene gir eksplisitt eller implisitt

uttrykk for er egnet til å gi Fylkesnemnda tilstrekkelig grunnlag for å tvangsplassere barn. Blant annet kan en stille spørsmål ved om det er forskjell på overtredelse av handlingsdelikter og unnlatesdelikter, hovedgjerning og medvirkning eller om det må foretas en konkret vurdering av hvert enkelt straffebud og se om den alene eller sammen med overtredelse av andre straffebud kan kvalifisere til ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Videre er det usikkert hvilken grad en skal tillegge tidsperspektivet barnet utviser sin kriminelle atferd i betydning.

Det er kun to Høyesterettsdommer som omhandler tvangsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. Bare i Rt 2004 1368 ble det tatt stilling til vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Høyesterett foretok ikke en drøftelse av om kravet var oppfylt, men slo fast at ”alvorlig(..) kriminalitet” forelå med grunnlag i at barnet hadde gjort seg skyldig i grovt ran. Et tilfelle av grovt ran vil dermed kvalifisere til tvangsplassering hvis øvrige vilkår for et slikt barnevernstiltak er innfridd.

Bortsett fra ovennevnte dom, finnes det verken praksis fra Høyesterett eller lagmannsrettene hvor det tas stilling til hvilke typer handlinger som vil kvalifisere til ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Derfor vil tingrettspraksis få større betydning ved tolkningen enn ellers. På lovdata er det publisert fire tingrettsdommer¹²³ hvor det blant annet blir tatt stilling til overtredelser av straffelovgivningens bestemmelser i vurderingen av om barnet har utvist ”alvorlige atferdsvansker”. Representativiteten disse dommene utgjør er liten. På grunn av oppgavens omfang har jeg imidlertid ikke hatt anledning til å innhente bredere materiale.

¹²³ TOSLO-2004-15626, TOSLO-2003-5177, TOSLO-2003-1068, TOSLO-2002-7331.

I de tingrettsdommene som er tilgjengelige for meg, viser retten forsiktighet med å anvende første strekpunkt. I stedet blir ulike typer overtredelser nevnt og inngår heller som moment i en helhetsvurdering for hva som ”på annen måte” vil kvalifisere som symptomer på ”alvorlige atferdsvansker”. Ettersom retten ikke skiller mellom vilkårene kan det vanskelig tas stilling til om den straffverdige oppførselen til barnet er å anse som kriminalitet eller annen avvikende atferd som kvalifiserer til ”alvorlige atferdsvansker”. Disse dommene gir dermed ingen retningslinjer i forhold til innholdet i vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Etter dette bidrar ikke den rettspraksis som har vært tilgjengelig for meg, til å avklare tolkningsbildet i forhold til hva som kvalifiserer til kriminalitet i barnevernlovens forstand.

Videre vil jeg foreta en gjennomgang av saker hvor fylkesnemndene har tatt stilling til vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet.” Hva gjelder rettskildevekten til fylkesnemndenes praksis generelt sett, har avgjørelsene ingen automatisk autoritativ rettskildemessig vekt, men må vektes som forvaltnings- og myndighetspraksis. På grunn av manglende rettspraksis får likevel fylkesnemndenes avgjørelser en viss betydning hva gjelder innholdet i ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt.

Vedtakene i fylkesnemndene som blir gjennomgått her er ikke fullstendig da kun enkelte saker blir publisert på Lovdata. Som med tingrettsdommene, har jeg ikke hatt anledning til å innhente bredere materiale. Videre er vedtakene vanskelige å sammenligne med hverandre siden symptomene på avvikende atferd skal vurderes konkret. Det må forventes at vedtakets innhold er farget av det inntrykk nemnden får av barnet gjennom saksbehandlingen og øvrige opplysninger som blir gitt i form av vitneavhør, dokumenter og annen fremleggelse av bevismateriale. De bevis som Fylkesnemnda bruker som grunnlag for å påvise kriminelle handlinger er ikke tilgjengelige på Lovdata. Det er derfor vanskelig å få et tilsvarende samme

helhetlig bilde av situasjonen som Fylkesnemnda får. Det tas dermed forbehold om at representativiteten er liten og manglende innblikk i sakskompleksene ved vektingen av disse avgjørelsene.

I FNV-2006-182-HSF ble en gutt tvangsplassert etter barnevernloven § 4-24 på grunnlag av at hans oppførsel ”på annen måte” viste at vedkommende hadde ”alvorlige atferdsvansker”. Når det gjaldt hans kriminelle atferd, hadde han gjort seg skyldig i et tilfelle av naskeri, forsøk på å tenne på skolen og trusler mot medelever. Angående tidsperspektivet når den kriminelle atferden hadde funnet sted, hadde han i november 2005 forsøkt å tenne på papir for å brenne ned skolen. Januar 2006 ble han tatt av politiet for å stjele sjokolade i en matbutikk. Han erkjente også da til politiet at han stadig vekk stjal, da først og fremst godteri. Fylkesnemnda uttalte under ”Fylkesnemnda bemerker” i forhold til disse bruddene på straffelovgivningen at ”alternativene knyttet til gjentatt kriminalitet(...) er åpenbart ikke til stede.” De uttalelsene Fylkesnemnda kommer med i forbindelse med denne saken, gir inntrykk av at forseelser av all art vanskelig vil kunne forenes med kravet til kriminalitet i barnevernlovens forstand.

FNV-2006-144-AGD gjaldt en gutt som var anmeldt for 39 ulike forhold fra 28.10.02 fram til saken kom opp for Fylkesnemnda i januar 2006. Anmeldelsene omhandlet blant annet 19 voldssaker og seks narkotikasaker. De fleste av disse var funnet tilstrekkelig bevist eller erkjent av barnet. Disse forholdene var i følge Fylkesnemnda, tilstrekkelig til å påvise at gutten hadde foretatt ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Her var det tale om et stort omfang av forbrytelser av graverende art innenfor et tidsrom på fire år. Jeg er enig i at det her ikke er tvilsomt at atferden ligger innenfor vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Dette begrunner jeg med både i omfanget og det tidsperspektivet den kriminelle atferden har utspilt

seg i. Dette vedtaket gir derfor liten veiledning for de tilfeller som befinner seg i gråsonen av hva som vil kvalifisere til kriminalitet i barnevernlovens forstand.

I FNV-2006-184-AGD hadde barnet erkjent en rekke straffbare forhold, herunder grove tyverier, brukstyverier av motorvogn og skadeverk. De kriminelle forholdene var gjort i et tidsrom på under to år. Hans kriminelle atferd startet etter han fylte 15 år og pågikk frem til fylte 17 år. I forhold til hans kriminelle atferd uttaler Fylkesnemnda: ”Hvorvidt de erkjente forholdene er tilstrekkelig til å falle inn under alternativet ’alvorlig eller gjentatt kriminalitet’ slik dette er definert i forarbeidene, kan være tvilsomt”. Nemnda drøftet ikke dette noe nærmere da øvrig atferd gjorde at lovbruddene sammen med annen oppførsel ville innfri det alternative kriterium på annen måte. Heller ikke dette vedtaket er til hjelp for å avklare innholdet i ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”.

FNV-2007-3 AGD gjaldt en gutt hvor atferden i hovedsak gikk ut på å knuse ruter, plage naboer, naske og senere også grovt ran og innbrudd. Her var Fylkesnemnda i tvil om vilkåret ”alvorlig” kriminalitet var innfridd. De gikk imidlertid ikke inn på dette nærmere da de var av den oppfatning at kravet til ”gjentatt kriminalitet” klart var oppfylt. At Fylkesnemnda ikke anser grovt ran som ”alvorlig kriminalitet” er etter min mening betenkelig sett i lys av at Høyesterett i Rt 2004 1368 som er den eneste Høyesterettsdommen som tar stilling til vilkåret, legger til grunn at et tilfelle av grovt ran faller inn under ”alvorlig(...)kriminalitet”. Dette er etter min mening et typisk eksempel på at den vage lovteksten kan medføre ulik anvendelse og dermed ulike behandling på like tilfeller.

Oppsummeringsvis gir den fylkesnemndenes praksis som er tilgjengelig for meg, ingen ytterligere veiledning i forhold til hva som er ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” enn det som

allerede kan utledes av lovtekst og forarbeider. I stedet gir avgjørelsene inntrykk av at tolkningstvilen heller bidrar til ulik oppfatning av rettsregelen og som konsekvens medfører ulik praksis. Dette synet støttes også av teorien.¹²⁴

På bakgrunn av det uklare rettskildebildet synes også de juridiske teoretikerne å ha vanskeligheter med å tolke hva som vil være kriminalitet i barnevernlovens forstand.¹²⁵ Enkelte slutninger blir likevel trukket. I forhold til vilkåret ”alvorlig(...) kriminalitet” er Oppedal av den oppfatning at forarbeidene i utgangspunktet retter seg mot enkeltstående lovbrudd nedfelt i straffelovens kapittel 19 og 22.¹²⁶ Andre lovbrudd hvor voldsbruk er en del av gjerningsbeskrivelsen kan imidlertid også omfattes. Her blir ran og grovt ran nevnt som eksempler. Lindboe mener at med unntak av at enkeltstående handlinger kan kvalifisere til ”alvorlig(...) kriminalitet”, må det for øvrig være tale om atferd som har pågått over et visst tidsrom.¹²⁷

De slutningene som her er foretatt i teorien, gir ikke noen ytterligere retningslinjer angående hvilke straffbare handlinger som omfattes og på bakgrunn av hvilken type vurderinger. Etter min mening bidrar heller ikke juridisk teori til noen tilfredsstillende avklaring av innholdet i begrepet ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”.

Videre kan det stilles spørsmål ved om reelle hensyn i form av hensynet til konsekvens og harmoni vil kunne bidra til å fastslå innholdet i kriminalitetsvilkåret mer presist.

Konsekvensene tvangsplassering medfører er særlig inngripende og graverende for barnet,

¹²⁴ Ofstad(2009) s.231 flg.

¹²⁵ Lindboe(2005) s.188 flg på s.194, Oppedal(2008) s.338-341, Ofstad(2009) s.231.

¹²⁶ Oppedal(2008) s.338.

¹²⁷ Lindboe(2003) s.145-146.

(tvangsplassering opp til fire uker, eventuelt tvangsplassering opp til to år). En kan her problematisere om overtredelser som anses såpass bagatellmessige i straffelovgivningen at ingen reaksjon eller kun bøtstraff blir gitt ved overtredelse, ikke bør omfattes av vilkåret ”kriminalitet” i barnevernlovens forstand.

Funksjonen til begrepet ”kriminalitet” i barnevernloven er å gjøre rede for symptomer på atferdsvansker. I straffelovgivningen avspeiler straffeutmålingen og reaksjonstypene på hvor straffverdig lovgiver anser overtredelsen. Hvor alvorlig straffereaksjon den straffbare handling kan medføre, bør derfor etter min mening ikke ha betydning for rekkevidden av vilkåret ”kriminalitet” etter barnevernloven. Hensynet til konsekvens og harmoni kan etter mitt syn ikke anvendes som hjelpemiddel ved avklaring av rekkevidden av vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”.

Etter en gjennomgang av de aktuelle rettskildefaktorene, ser en at lovteksten og forarbeidsuttalelsene i tilknytning til barnevernloven § 4-24 bare til en viss grad bidrar til avklaring. De øvrige rettskildefaktorene gir liten eller ingen veiledning. Den informasjonen disse rettskildene gir, er ikke tilstrekkelig til at en i de fleste tilfeller vil kunne vite om en straffbar handling omfattes av barnevernlovens bestemmelse. Rettsregelen har en stor gråsoner hvor barnet vanskelig vil kunne vite om deres handling vil kunne omfattes av bestemmelsen eller ikke.

Videre kan jeg heller ikke se at en nærmere presisering av hva som omfattes av vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” vil gå på bekostning av effektiv håndhevelse av bestemmelsen. Ut fra den praksis som nå er gjennomgått synes i stedet det vage vilkåret å

medføre at denne alternative hjemmelen sjeldent blir brukt. En avklaring av begrepets nærmere innhold kan i stedet bidra til å effektivisere iverksetting av tiltak på dette grunnlag.

På denne bakgrunn er jeg av den oppfatning at de kvalitetskrav som kreves etter art.7 ikke er innfridd og således at Barnevernloven § 4-24 ikke er i tråd med lovkravet etter EMK art. 7.

Hvordan det manglende kvalitetskravet best kan repareres, er usikkert. En mulighet kan kanskje være å presisere vilkåret og dets innhold. Det kan også være en løsning å fjerne vilkåret. Ved å ta bort det alternative vilkåret vil en i tillegg avverge skyldkonstatering på prejudisielt grunnlag. En vil i så fall slippe å risikere krenkelse av uskyldspresumsjonen ved tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24.

2.3.3 Forbudet mot dobbel straffeforfølgning

Forbudet mot dobbeltstraff reguleres i norsk rett i strl. § 51 og i EMK TP7 art. 4. På grunn av plasshensyn er det kun rekkevidden av EMKs bestemmelse som blir tatt stilling til.

EMK TP 7 art. 4 nr. 1 lyder som følger:

”No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

Forbud mot dobbel straffeforfølgning er en rettskraftregel. Den innebærer imidlertid ikke et forbud mot litispendens og er ikke til hinder for parallellforfølgning.¹²⁸ Formålet med bestemmelsen er å beskytte individet mot mulig straffeforfølgning og straffereaksjon for forhold som vedkommende allerede har gjort opp for, og den usikkerhet dette medfører.¹²⁹

Det er her flere kumulative vilkår som må være innfridd for at et individ skal kunne påberope seg dette forbudet. For det første er det en forutsetning at den bestridte forfølgningen eller avgjørelsen regnes som straff i EMKs forstand, jf. ”criminal proceedings”. Barn i aldersgruppen 15-18 år kan straffeforfølges etter nasjonale domstoler og tvangsplasseres etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt for deres kriminelle atferd. Både hvor barnet blir ilagt reaksjon i henhold til straffelovgivningen og hvor Fylkesnemnda fatter vedtak på grunnlag av ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” innfrir dette vilkåret, jf. redegjørelse ovenfor.

Videre må individet ha blitt forfulgt og eventuelt dømt tidligere, jf. ”an offence(...) in accordance with the law and penal procedure of that State”. På tross av at ordlyden skiller seg fra uttrykket ”criminal proceedings” viser EMD- praksis at vilkåret er tillagt samme innhold.¹³⁰ Forfølgning og reaksjon både i Fylkesnemndas prosess og etter straffeprosessuelle former oppfylder dermed dette kravet.

Bestemmelsen stiller også som vilkår at den tidligere avgjørelsen må være endelig, jf. ”finally acquitted or convicted”. Det vil si at avgjørelsen ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler. På strafferettens område vil det etter norsk rett foreligge rettskraftig dom når

¹²⁸ Se eksempelvis R.T. mot Sveits. Se også Rui(2009) s.293-299 som mener at EMK TP7 art. 4 kun forbyr parallellforfølgning i en viss grad sett ut i fra norsk retts perspektiv.

¹²⁹ Se eksempelvis Gradinger mot Østerrike avsnitt 53, Jebens(2004) s.600.

¹³⁰ Fischer mot Østerrike avsnitt 29, Göktan mot Frankrike avsnitt 48, Aall(2007) s.412-413, Rui(2009) s.276.

ankefristen har gått ut. I forhold til Fylkesnemndas vedtak vil det også her være tale om utgått ankefrist. Det forutsettes at endelig avgjørelse foreligger.

Videre må reaksjonene eller forfølgningene som blir foretatt, rette seg mot samme person, jf. ”he has”. De situasjoner som er problematisk i forhold til barnevernloven, er hvor et barn både blir tvangsinnlagt på institusjon og straffedømt på bakgrunn av kriminell atferd. Vilkåret er i disse tilfeller innfridd.

Til slutt stilles det krav om at forfølgningen og/eller reaksjonen gjelder samme forhold, jf. ”an offence for which he has already been finally acquitted or convicted...”. Spørsmålet er om tvangsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt og straff for de aktuelle straffebud som er overtrådt vil kunne utgjøre samme forhold i EMKs forstand.

EMD har tidligere lagt til grunn at det er to forutsetninger som må være til stede for at det skal være tale om samme forhold i EMKs forstand. For det første må forfølgningene gjelde samme faktiske handling som individet har foretatt seg¹³¹ og for det andre må reglene som hjemler de aktuelle reaksjonene ikke være ulike ”in their essential elements”¹³². Hvor samme faktiske handling har vært grunnlag for begge forfølgningene har kjernen i problemstillingen vært om forholdet har tilsvarende strafferettslige identiteter.¹³³ Det har her blitt foretatt en konkret sammenligning av straffehjemlene som har vært grunnlag for idømmelsen av straff.¹³⁴

¹³¹ Nærmere om hvilke faktiske handlinger som utgjør samme forhold i EMKs forstand er nøye gjennomgått i Rui(2009) s.357 flg.

¹³² Fausa(2005) s.47.

¹³³ Rt 2004 1368 avsnitt 31.

¹³⁴ Fausa(2005)s.41 flg.

Høyesterett tok stilling til identitetsspørsmålet med denne forståelsen av vilkåret i Rt 2004 1368. Det gjaldt her samme sak som i Rt 2003 1827. Det var nå lagt til grunn at tiltak etter § 4-24 (1) første strekpunkt var straff. Spørsmålet var om de øvrige vilkårene for at forbudet mot dobbeltstraff skulle få anvendelse, var til stede. Det problematiske var om plassering på institusjon på dette grunnlag utgjorde samme forhold som straff etter det konkrete straffebud. Høyesterett konkluderte med at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt, på generelt grunnlag aldri vil utgjøre samme forhold som ordinær straffeforfølgning. Dette til tross for at samme faktiske handling er tillagt vekt. Begrunnelsen var at 1) vilkårene i bestemmelsene var ulike; tvangstiltak krevde ved siden av kriminell atferd også ”alvorlige atferdsvansker” og forbedringspotensialet for barnet, 2) formålet bak reaksjonene var ulike; ordinær straffeforfølgning tar sikte på å straffe og ivareta samfunnsvern, mens barnevernsvedtaket har til formål å rehabilitere og 3) interessene bestemmelsene var ment å ivareta tilsa at det var tale om ulike forhold; straffebudene skal fungere allmennpreventivt og tvangstiltak er av hensyn til barnet.

Med den rettsstilstanden som var i 2004 er jeg enig i Høyesteretts oppfatning av at barnevernloven § 4-24 og straffehjemmelen dekket ulike forhold i EMK TP 7 art. 4's forstand. I senere tid synes imidlertid EMD å ha foretatt en kursendring for hva som er vurderingstemaet i vilkåret samme ”offence”. I Zolotukhin foretar EMD en prinsipiell drøftelse om hva som ligger i dette begrepet.

EMD starter med å påpeke at praksis har vært flertydig på området og at internasjonale instrumenter har ulike kriterier for hva som vil utgjøre identiske forhold.¹³⁵ Dommen gir

¹³⁵ Avsnitt 78-79.

videre uttrykk for et ønske om å gi vilkåret det innhold som best vil ivareta formålet bak bestemmelsen (legge til rette for at individ skal kunne gjøre seg ferdig med forfølgning av et straffbart forhold) og EMK for øvrig (individvern).¹³⁶ EMD uttaler at et vurderingstema som fokuserer på den lovbaserte karakteristikken lett vil kunne innsnevre rekkevidden av forbudet mot dobbeltstraff og dermed gå på bekostning av individvernet.¹³⁷ På denne bakgrunn sammenfatter EMD innholdet i samme "offence" med:

"Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second 'offence' in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same."

Hva som vil være samme faktum utdypes nærmere i dommen i avsnitt 84 hvor det uttales at:

"those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space".

I denne prinsipielle drøftelsen sier ikke EMD eksplisitt at de ønsker å foreta en kursendring. Etter min mening er det likevel helt klart at de rettslige forskjellene som er grunnlaget for de aktuelle straffereaksjonene ikke lenger er av betydning. Dette er også norsk lovgivers, Høyesteretts og Riksadvokatens oppfatning som allerede har innrettet seg etter en slik forståelse av begrepet.¹³⁸

¹³⁶ Avsnitt 80 hvor EMD uttaler: "It reiterates that the Convention must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory".

¹³⁷ Avsnitt 81.

¹³⁸ Prop 1 L(2009-2010) avsnitt 5.5.6.4, HR-2010-00173-A avsnitt 9 til 13, Riksadvokaten (2009).

Sammenfatningsvis synes EMD å ha gått vekk fra å drøfte hvorvidt den lovlige karakteristikkene kan innebære ulik identitet ved de ulike strafferettslige overtredelsene. Det er nå kun av interesse å se på de faktiske forhold som er grunnlaget for straffereaksjonen. Spørsmålet er hvordan denne endringen stiller seg i forhold til institusjonsplassering med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt og forfølgning på strafferettslig grunnlag.

Verken lovgiver eller domstolene har tatt stilling til hvilken betydning kursendringen hva gjelder rekkevidden av samme "offence" i forhold til tvangsplassering på institusjon etter § 4-24 (1) første strekpunkt. For at barnet skal være vernet mot straffeforfølgning eller administrativt vedtak, må nettopp reaksjonene knytte seg til de samme faktiske straffbare handlinger. Et typisk eksempel er tvangsplasseringstilfellet som var bakgrunnen for avgjørelsene i Rt 2003 1827 og Rt 2004 1368 hvor grunnlaget var de faktiske handlingene som utgjorde grovt ran.

Det er klart at hvor de samme lovbrudd er grunnlaget for reaksjonsileggelse både fra Fylkesnemnda og fra straffedomstol vil dette innebære straff for samme "offence". Samtlige av de kumulative vilkårene i TP 7 art. 4 vil da være innfridd. Forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK gjelder således også ved tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt. Dette innebærer at hvor Norge tvangsplasserer og straffeforfølger et barn med hjemmel i de samme faktiske straffbare handlinger, strider norsk rett mot EMK. For å være i tråd med EMK må Norge praktisere straffeforfølgning og tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt slik at den ene type forfølgning og reaksjon stenger for den andre.

Etter min mening er ikke denne rettstilstanden en god løsning. Riktignok sikres barnet mot å bli forfulgt flere ganger for samme straffbare handling. Forbudet mot forfølgning i to prosesser vil likevel kunne gå på bekostning av barnet ved at straffeforfølgning setter skranker for barneverntjenestens adgang til å hjelpe vedkommende. Videre vil de tilfeller hvor vedtak etter Fylkesnemnda utelukker forfølgning i straffeprosessuelle former, krenke fornærmedes og allmennheten for øvrig sin rettsfølelse. Også de allmennpreventive hensyn som ligger til grunn for straffelovgivningen kan bli svekket ved at barnet kan forhindre straffeforfølgning for kriminelle handlinger ved å fremskynde tvangsplassering.

3 Oppsummering

Etter å ha behandlet spørsmålet om hvorvidt tvangsplassering av barn med hjemmel i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt samsvarer med EMK art. 7 og TP 7 art.4, finner jeg at verken de rettigheter som fremgår av lovkravet eller av forbudet mot dobbel straffeforfølgning er tilstrekkelig ivaretatt på dette området. Det er et stort behov for å endre gjeldende rett i forhold til tvangsplassering av barn på grunnlag av deres kriminelle atferd. Hvilke endringer som må foretas for å oppnå en tilfredsstillende løsning, er imidlertid usikkert.

En mulighet kan være å fjerne det alternative vilkåret ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Ved å ta bort vilkåret vil en ikke bare eliminere en hjemmel som ikke oppfyller kvalitetskravet i EMK, men også unngå å krenke de rettigheter som følger av forbudet mot dobbel straffeforfølgning. Ulempen med en slik løsning er at en kan risikere at

barneverntjenesten ikke har grunnlag for å iverksette tvangstiltak for enkelte barn som trenger hjelp. Barneverntjenesten har imidlertid også hjemmel for å tvangsplassere barn som ”på annen måte” har alvorlige atferdsvansker, jf. barnevernloven § 4-24 (1) tredje strekpunkt. Ordlyden favner vidt og det er dermed gode grunner til å anta at barns atferdsvansker som nå kvalifiserer til ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet” også vil innfri vilkåret i tredje strekpunkt.

En annen mulighet kan være å presisere kriminalitetsvilkåret i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt på en slik måte at kravet til kvalitet etter art. 7 blir innfridd.

Tvangsplassering av barn blir sjelden prøvd for retten da barnet som oftest mister sin rettslige interesse før de når fram til domstolene, jf. tvisteloven § 36-1 (1) og (2) og tvisteloven § 1-3. Dette gjør seg særlig gjeldende i dagens rettstilstand da en ved ny tvistelov gikk fra å ha lagmannsretten som første klageinstans for fylkesnemndenes vedtak til å tillegge tingretten denne kompetansen, jf. tvisteloven § 36-2 (2). Å få prøvd et vedtak for Høyesterett er derfor reelt sett tilnærmet umulig. Det eneste alternativet til å presisere innholdet i rettsregelen er dermed gjennom lovs form. Hvis en velger å fastholde kriminalitetsvilkåret i barnevernloven § 4-24 (1) første strekpunkt er det i så tilfelle også nødvendig å etablere et samarbeid mellom barnevernet og påtalemyndigheten som vil kunne være i samsvar med TP 7 art. 4. Et nærmere samspill mellom disse etatene er imidlertid krevende da flere hensyn ville kunne komme på kollisjonskurs. Dette gjelder særlig i forhold til hensynet til barnet sett opp mot rettsfølelsen for fornærmede. Jeg har selv vanskeligheter med å finne alternative løsninger på dette punkt. Det er imidlertid klart at uansett hvilken løsning lovgiver til slutt faller ned på, må barnets rettssikkerhet tillegges avgjørende vekt.

Litteraturliste

Bøker

- Børresen(1995) Børresen, Pål B. *Barnevern og familievern*. Oslo, 1995.
- Møse(2002) Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002.
- Andenæs(2003) Andenæs, Kristian, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kirsten Sandberg og Lasse Warberg. *Sosialrett*. 6. Utgave. Oslo, 2003.
- Lindboe(2003) Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 4.utgave. Oslo, 2003.
- Aall(2007) Aall, Jørgen. *Rettstat og menneskerettigheter*. 2. Utg. Bergen, 2007.
- Kjølbrot(2007) Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den europeiske menneskerettighedskonvention- for praktikere*. 2. Utg. København, 2007.
- Jebens(2004) Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Trondheim, 2004.
- Oppedal(2008) Oppedal, Mons. *Akutthjemlene i barnevernloven*. Oslo, 2008.
- Ofstad(2009) Ofstad, Kari og Skar, Randi. *Barnevernloven med kommentarer*. 5. Utgave. Oslo, 2009.
- Rui(2009) Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*. Oslo, 2009.

Artikler

- Fausa(2005) Fausa, Jostein. *Det straffbare forholds identitet*. I Jussens Venner. 2005, s.41-70.
- Pedersen(2006) Pedersen, Jorun I. *Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort*. I Tidsskrift for Strafferett nr. 4. 2006, s. 258-293.
- Lindboe(2005) Lindboe, Knut. *Fylkesnemndene- ressursbruk, rettssikkerhet og rettslig overprøving*. I Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2005 s. 188 flg.
- Johansen(2005) Johansen, Jon Petter Rui. *Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. I Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 3. 2005, s.294-369.
- Skoghøy(2007) Skoghøy, Jens Edvin A. *Menneskerettsdomstolens straffebegrep*. I Lov og Rett nr.4. 2007, s.193-194.
- Johansen(2008) Johansen, Jon Petter Rui. *Fra Menneskerettsdomstolen*. I Tidsskrift for Strafferett nr. 1. 2008, s. 93 flg.
- Holmboe(2008) Holmboe, Morten. *Kommentar*. I Tidsskrift for Strafferett nr. 2. 2008, s. 237-238.

Lovgivning – norske lover

Grl. 1814 Kongeriget Norges Grundlov(grunnloven)

	av 17. Mai 1814
Strpl.	1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker(straffeprosessloven) av 22. Mai 1981 nr. 25.
Strl.	1902 Almindelig borgerlig straffelov(straffeloven) av 22. Mai 1902 nr. 10.
Barnevernloven	1992 Lov om barneverntjenester(barnevernloven) av 17. Juli 1992 nr. 100.
Menneskerettsloven	1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett(menneskerettsloven) av 21. Mai 1999 nr. 30.
Twisteloven	2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister(twisteloven) av 17. Juni nr. 90.
Forskrifter	
FOR-2002-12-12-1594	2002 Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon av 12. Desember 2002 nr. 1594.
Lovgivning - traktater	
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. Mai 1969.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950.
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. November 1989.

Dommer – nasjonale

HR-2010-00173-A

Rt 2006 1409

Rt 2005 833

Rt 2004 1368

Rt 2003 1827

Rt 2003 264

Rt 2002 1216

Rt 2000 996

Rt 1994 721

Rt 1952 989

Rt 1977 1207

TOSLO-2004-15626

TOSLO-2003-5177

TOSLO-2003-1068

TOSLO-2002-7331

Forvaltningsavgjørelser

FNV-2006-182-HSF

FNV-2006-144-AGD

FNV-2006-184-AGD

FNV-2007-3-AGD

Dommer – internasjonale: EMD - avgjørelser fra Strasbourg.

Golder mot Storbritannia	Dom av 21. Februar 1975
Engel mfl. mot Nederland	Dom av 23. November 1976
Tyrer mot Storbritannia	Dom av 25. April 1978
Sunday Times mot Storbritannia	Dom av 26 April 1979
Deweer mot Belgia	Dom av 27. Februar 1980
Campbell og Fell mot Storbritannia	Dom av 28. Juni 1984
Johnston mfl mot Irland	Dom av 18. Desember 1986
Lutz mot Tyskland	Dom av 25. August 1987
Barbera, Messegue and Jabardo mot Spania	Dom av 6. Desember 1988
Van der Leer mot Nederland	Dom av 21. Februar 1990
Kokkinakis mot Hellas	Dom av 25. Mai 1993
Sekanina mot Østerrike	Dom av 25. August 1993
Bendenoun mot Frankrike	Dom av 24. Februar 1994
Welch mot Storbritannia	Dom av 9. Februar 1995
Gradinger mot Østerrike	Dom av 23. Oktober 1995
S.W. mot Storbritannia	Dom av 22. November 1995
Allenet De Ribemont mot Frankrike	Dom av 7. August 1996
Johansen mot Norge	Dom av 7. August 1996
Cantoni mot Frankrike	Storkammeravgjørelse av 15. November 1996
Oliveira mot Sveits	Dom av 30. Juli 1998
Malige mot Frankrike	Dom av 23. September 1998
R.T. mot Sveits	Avvisningsavgjørelse av 30. Mai 2000.
Daktaras mot Lithuania	Dom av 10. Oktober 2000

Fischer mot Østerrike	Dom av 29. Mai 2001
Göktan mot Frankrike	Dom av 2. Juli 2002
Janosevic mot Sverige	Dom av 23. Juli 2002
Böhmer mot Tyskland	Dom av 3. Oktober 2002
Hammern mot Norge	Dom av 11. Februar 2003
Manasson mot Sverige	Avvisningsavgjørelse av 8. April 2003
Rosenquist mot Sverige	Avvisningsavgjørelse av 14. September 2004
Nilsson mot Sverige	Avvisningsavgjørelse av 13. Desember 2005
Jussila mot Finland	Dom av 23. November 2006
Mjelde mot Norge	Avvisningsavgjørelse av 1. Februar 2007
Storbråten mot Norge	Avvisningsavgjørelse av 1. Februar 2007
Zolotukhin mot Russland	Dom av 7. Juni 2007
Haarvig mot Norge	Avvisningsavgjørelse av 11. Desember 2007
Synnelius og Edsberg Taxi AB mot Sverige	Avvisningsavgjørelse av 17. Juni 2008
Carlberg mot Sverige	Avvisningsavgjørelse av 27. Januar 2009
Zolotukhin mot Russland	Storkammeravgjørelse av 10. Februar 2009
Forarbeider	
Ot.prp.nr.44(1991-1992)	Ot.prp.nr.44 (1991-1992). Om lov om barneverntjenester
Prop.1 L(2009-2010)	Prop.1 L(2009-2010). Skatte- og avgiftsopplegget mv. - lovendringer
NOU 1985:18	NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester
NOU 2000:12	NOU 2000:12 Barnevernet i Norge

NOU 2001:32

NOU 2001:32. Lov om tvisteløsning

NOU 2005:9

NOU 2005:9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker

NOU 2008:15

NOU 2008:15 Barn og straff

NOU 2009:8

NOU 2009:8. Kompetanseutvikling i barnevernet

Nettdokument

Riksadvokaten(2009)

Nye retningslinjer om dobbeltstraff fra Riksadvokaten
03.04.2009

<http://www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?artikkelid=236>