

Barnekonvensjonens betydning for adgangen til å varetektsfengsle unge lovbrytere

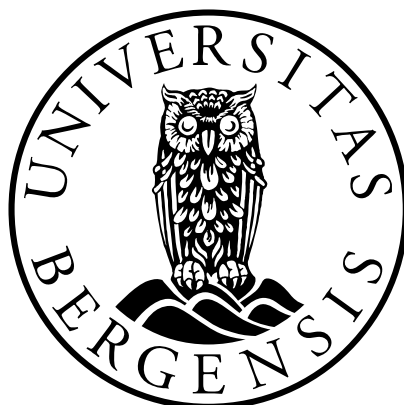
*- En sammenligning av kravene for
frihetsberøvelse av barn etter FNs
barnekonvensjon art. 37 b) og c) med
kravene for varetektsfengsling av barn i
norsk straffeprosesslovgivning*

Kandidatnummer: 180423

Veileder: Norunn Løkken Sundet

Antall ord:

14.641



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[10.12.2012]

Innhold

1	Innledning.....	4
1.1	Aktualitet	4
1.2	Tema	4
1.2.1	Presisering av tema.....	4
1.2.2	Kort om terminologi og avgrensning av oppgaven.....	5
1.2.3	Utdyping av oppgavens tema og formål	5
1.3	Rettskilder og tolkning	6
1.3.1	Barnekonvensjonen som kilde	6
1.3.2	Generelt om tolkning av barnekonvensjonen.....	7
1.3.3	Øvrige kilder	11
1.4	Statistikk.....	12
1.5	Veien videre.....	12
2	Om barn.....	13
2.1	Hvem er barn?	13
2.2	Hvorfor egne straffeprosessuelle regler for barn? Prinsippet om barnets beste	14
3	Presentasjon av barnekonvensjonens artikkel 37	16
3.1	Innhold og tolkning	16
3.2	Frihetsberøvelse.....	17
4	Vilkår for frihetsberøvelse av barn etter art. 37 b).....	19
4.1	Frihetsberøvelsen må ikke være “ulovlig eller vilkårlig”.....	19
4.1.1	Konvensjonens krav	19
4.1.2	Lovhjemmelen for varetektsfengsling i norsk rett	20
4.2	Varetektsfengsling ”skal bare benyttes som en siste utvei”	22
4.2.1	Konvensjonens krav	22
4.2.2	Kravene i norsk rett	24
4.2.3	Samsvaret mellom konvensjonens krav og gjennomføringen i norsk rett	24
5	Frihetsberøvelse skal bare benyttes “for et kortest mulig tidsrom”	29
5.1	Konvensjonens krav	29
5.2	Kravene i norsk rett	30
5.2.1	Generelt.....	30

5.2.2	Fristen for fremstilling for varetektsfengsling	31
5.2.3	Fristen for overføring fra politiarrest til varetektscelle	32
5.2.4	Varetektsfengslingens varighet	33
5.3	Samsvar	34
6	Barn som er berøvet sin frihet skal ”holdes atskilt fra voksne”	37
6.1	Konvensjonens krav	37
6.2	Norsk rett	38
6.3	Samsvar	40
7	Barn som er berøvet sin frihet skal ha “rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie”	43
7.1	Konvensjonens krav	43
7.2	Kravene i norsk rett	43
7.3	Samsvar	44
8	Konklusjon	46
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Aktualitet

Media har de siste årene stadig skrevet nyhetssaker som omhandler varetektsfengsling av mindreårige. Man har kunnet lese om barn ned til 15-årsalderen som sitter varetektsfengslet i ukevis, mistenkt for alvorlig kriminalitet. Noe av bakgrunnen for den økte oppmerksomheten i media er kritikken FNs komité for barnets rettigheter har rettet mot Norges gjennomføring av FNs konvensjon om barnets rettigheter.¹ En del av kritikken har omhandlet forholdene barn opplever i norske fengsler.²

Den 20. april 2007 oppnevnte regjeringen et utvalg³ for å utrede det norske behandlings- og reaksjonssystemet overfor unge lovbrytere. Arbeidet resulterte i NOU 2008:15 der utvalget pekte på flere svakheter ved det norske systemet og foreslo en rekke lovendringer. Etter proposisjon til Stortinget i 2011⁴ ble det vedtatt flere nye lovbestemmelser som tar sikte på å bedre forholdene ved fengsling av barn og å styrke deres juridiske stilling i straffesaker. Disse lovendringene trådte i kraft fra 20.01.12, noe som gjør temaet for denne oppgaven svært aktuelt.

1.2 Tema

1.2.1 Presisering av tema

Temaet for denne oppgaven er kort sagt FNs konvensjon om barnets rettigheters (heretter omtalt som ”barnekonvensjonen” eller ”konvensjonen”) betydning for adgangen til å varetektsfengsle unge lovbrytere i Norge. Det er konvensjonens artikkel 37 bokstav b), c) og d) som gir regler for pågrepelse, frihetsberøvelse og fengsling av barn. I denne oppgaven er det de to førstnevnte som kommer til å stå sentralt.

¹ http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bfd/bro/2004/0004/ddd/pdfv/178931-fns_barnekonvensjon.pdf

² Se avsnitt 57 og 58 i FNs barnekomité’s ”*Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention - Concluding observations: Norway*” av 29. januar 2010, heretter bare referert til som ”Concluding observations av 2010”.

<http://www.advokatforeningen.no/PageFiles/14086/concluding%20observations.pdf>

³ Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet

⁴ Prop. 135 L (2010-2011)

1.2.2 Kort om terminologi og avgrensning av oppgaven

Når oppgaven bruker betegnelser som ”barn”, ”unge” eller ”ungdom”, siktes det til personer som etter norsk lov er under myndighetsalder, altså under 18 år jf. vergemålsloven § 1.⁵ Når det snakkes om straff eller varetektsfengsling av barn, vil dette referere til personer som er under 18 år, men som er over den strafferettslige lavalder etter norsk lov. Det følger av straffeloven⁶ § 46 at ingen kan straffes for en handling som er foretatt ”før det fylte 15 år”. Oppgaven omhandler derfor varetektsfengsling av lovbrutere i aldersgruppen 15 til 18 år.

Videre presiseres det at oppgaven begrenser seg til varetektsfengsling og ikke vil omhandle fengsel som straffereaksjon eller forholdene i fengselet for barn som er ilagt fengsling ved dom. Kort sagt er varetektsfengsling et tiltak for å holde en person fengslet i påvente av en rettskraftig dom mot vedkommende. Beslutning om varetektsfengsling foretas av tingretten dersom vilkårene i straffeprosessloven⁷ § 184 jf. § 171 er oppfylt. Disse vilkårene vil bli nærmere presentert i punkt 4.2. nedenfor.

Med begrepet fengslingssurrogater menes de alternativer til varetektsfengsling som følger av straffeprosesslovens § 188. Viktigst i denne sammenheng vil være plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Med mindre annet følger av sammenhengen vil betegnelsen ”fengsling” kunne bli benyttet som et alternativ til termen ”varetektsfengsling” for å forenkle språket eller oppnå språklig variasjon.

1.2.3 Utdyping av oppgavens tema og formål

Norges etterlevelse av barnekonvensjonen har som nevnt vært kritisert på flere punkter av FNs ekspertkomité for barnets rettigheter. I komiteens ”Concluding observations” fra 2010 nevnes blant annet økt bruk av fengsling av barn i Norge, samt de forholdene barn møter i norske fengsler som bekymringsverdige. Det pekes her særlig på problemet med at barn i Norge sitter fengslet sammen med voksne.⁸

I denne oppgaven skal det sees på hvordan vilkårene for varetektsfengsling i intern norsk lovgivning er i overensstemmelse med vilkårene i barnekonvensjonens artikkel 37 b). Har de

⁵ Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige

⁶ Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10, heretter bare referert til som Straffeloven eller Str.l.

⁷ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter bare referert til som straffeprosessloven eller Stprl.

⁸ Jf. ”Concluding observations” avsnitt 57.

nye lovendringene av 2011 gjort norsk lov mer i samsvar med barnekonvensjonens krav på området enn slik det var etter tidligere rett? Kan vi med disse lovendringene si å ha nådd målet med å oppfylle konvensjonens krav, eller er terskelen for å varetektsfengsle fortsatt strengere etter konvensjonen sammenlignet med etter norsk lov? Videre skal det sees på barnekonvensjonens krav til forholdene under fengsling som følger av artikkel 37 bokstav c). Har lovendringene ført til at varetektsfengslede barn i Norge blir ivaretatt i samsvar med konvensjonen, eller har lovverket fortsatt mangler på området? I denne forbindelse siktes det særlig til kravene om at barn som soner eller sitter i varetekt skal holdes adskilt fra voksne.⁹

Oppgaven vil ta for seg noen av de viktigste lovendringene og sammenholde dem med barnekonvensjonens krav for å konstatere samsvar eller påpeke eventuelle uoverensstemmelser.

1.3 Rettskilder og tolkning

1.3.1 Barnekonvensjonen som kilde

Den viktigste kilden for oppgaven vil naturlig nok være barnekonvensjonen. Allerede her vil jeg derfor foreta en kort presentasjon av konvensjonen og dens stilling i norsk rett.

En internasjonal traktat er en folkerettslig avtale mellom to eller flere stater. Ordet konvensjon kommer av det latinske *conventio* som betyr avtale, og brukes som oftest om traktater som gjelder et stort antall stater. Den norske stats hjemmel for å tilslutte seg internasjonale traktater og konvensjoner finner vi i Grunnloven § 26 i følgende ordlyd: ”Kongen har Ret til at [...] indgaa og ophæve Forbund”. FNs konvensjon om barnets rettigheter ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1989. Norge ratifiserte konvensjonen i 1991 og den trådte i kraft 7. februar samme år. I dag er konvensjonen ratifisert av nesten alle verdens stater.¹⁰

Barnekonvensjonen omhandler alle de anerkjente generelle menneskerettighetene og gir i tillegg barn styrkede rettigheter innen blant annet helsevern, omsorg og i situasjoner der barn er i konflikt med loven. Etter barnekonvensjonens artikkel 4 innebærer de ratifiserende staters plikter å ”treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak” for å gjennomføre konvensjonens rettigheter.

⁹ Jf. barnekonvensjonen art. 37 c)

¹⁰ I 2012 er det bare USA og Somalia som ikke har ratifisert konvensjonen.

Etter at barnekonvensjonen ble inkorporert direkte i norsk lov gjennom menneskerettsloven¹¹ § 2 nr. 4 i 2003, har konvensjonen fått en særlig sterk stilling i norsk rett. I tillegg ble en rekke norske lover endret for å samsvare bedre med konvensjonen og for å synliggjøre barnets rettigheter. Konvensjonens stilling blir ytterligere styrket som følge av menneskerettsloven § 3 som bestemmer at dersom det foreligger motstrid mellom konvensjonen og annen lovgivning, har konvensjonen forrang.

Det finnes i dag ingen internasjonal domstol eller klageorgan tilknyttet barnekonvensjonen.¹² Med hjemmel i barnekonvensjonens artikkel 43 er det imidlertid nedfelt en komité for barnets rettigheter som fører tilsyn med konvensjonsstatene. Komiteen består av 18 personer med høy moralsk anseelse og anerkjent kompetanse innen menneskerettigheter. Medlemmene blir valgt av konvensjonens parter for fire år av gangen og det enkelte medlem er uavhengig ved at det ikke representerer sitt eget land. Komiteen møtes i Genève i fire uker tre ganger i året. Konvensjonens artikkel 44 pålegger partene å sende inn rapporter til barnekomiteen som viser hvordan konvensjonskravene overholdes i vedkommende stat. Den første rapporten sendes inn to år etter at konvensjonen trådte i kraft for vedkommende part, og deretter hvert 5. år. På bakgrunn av statenes rapporter utarbeider barnekomiteen såkalte ”Concluding Observations” som inneholder komiteens vurderinger av hvorvidt den anser konvensjonskravene for overholdt. I konklusjonene blir det også gitt anbefalinger til statene på områder der komiteen mener det er nødvendig med forbedring.

1.3.2 Generelt om tolkning av barnekonvensjonen

Den første utfordringen når det gjelder tolkning av internasjonale konvensjoner er språket. Det følger av barnekonvensjonens art. 54 at konvensjonen har seks offisielle språkversjoner som alle har samme gyldighet. Dette innebærer at man ved tolkning av en oversatt versjon også må se hen til en eller flere av de offisielle versjonene for å sikre overensstemmelse og riktig forståelse av konvensjonen. I denne oppgaven vil jeg derfor ofte sitere både den

¹¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

¹² Det nevnes i denne forbindelse at FNs generalforsamling i desember 2011 vedtok en tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen som fastsetter en klageordning for brudd på konvensjonen. Denne har ikke trådt i kraft da det kreves ti ratifiserende parter til dette. Norge signerte ikke protokollen da den ble lagt frem for signering den 28. februar 2012. I Innst.75 s (2012-2013) bes regjeringen om å gjennomføre en utredning for å synliggjøre fordeler og ulemper ved ratifisering. Utenriksminister Espen Barth Eide svarte i sin tale den 29.11.12 at regjeringen påtar seg oppgaven, se

http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/taler_artikler/eide_taler/2012/barnekonvensjonen.html?id=708890

Det er bedt om at utredningen er ferdig innen våren 2013, og spørsmålet om ratifisering vil følgelig bli besvart etter dette. Jeg vil ikke komme nærmere inn på problemstillingene rundt dette i denne oppgaven.

engelske og den norske versjonen for å gi en mest mulig presis gjengivelse av konvensjonens innhold.

Videre må det ved tolkning av barnekonvensjonen tas i bruk alminnelige tolkningsregler for internasjonale konvensjoner. I denne forbindelse gir Wienkonvensjonen¹³ relevante tolkningsregler. Det følger av Wienkonvensjonens art. 31 at konvensjoner skal tolkes i samsvar med en naturlig ordlydsforståelse ut fra den gitte kontekst og i lys av konvensjonens helhetlige ”object and purpose”. Etter dette skal barnekonvensjonens formål alltid være veiledende for tolkningen av dens ordlyd. Den generelle oppfatningen er at en slik metode ivaretar hensynet til en effektiv gjennomføring av den enkelte traktat. Dette såkalte effektivitetsprinsippet kan imidlertid ikke dras for langt ettersom det ville kunne føre til at statene ble pålagt plikter som rakk lenger enn traktatens ordlyd. Her kommer det såkalte restriktive tolkningsprinsipp inn som et slags folkerettslig legalitetsprinsipp og ivaretar statenes suverenitet ved å ta utgangspunkt i at traktater skal tolkes innskrenkende og at inngrep i statenes suverenitet krever et rettslig grunnlag.

FNs barnekomité har siden konvensjonen ble vedtatt utarbeidet en rekke såkalte ”General Comments” som tar for seg tolkning av enkelte artikler eller tar opp andre viktige spørsmål. Det er nettopp i forhold til barnekomiteens uttalelser rundt tolkning, samt konklusjoner vedrørende gjennomføring av konvensjonen at spørsmålet om suverenitetsprinsippet blir satt på spissen. Kjernen i suverenitetsprinsippet er som kjent at statene ikke er underkastet andres vilje enn sin egen. Når en stat velger å inngå rettslig bindende traktater oppgir den en del av sin suverenitet så langt vedkommende traktat rekker. Naturlig nok er det konvensjonens ordlyd som trekker grensene for hva konvensjonsstatene er rettslig bundet til. Særlig gjelder dette i tilfeller som her der konvensjonsstatene ikke har gitt myndighet til noen internasjonal domstol eller klageordning. På grunn av suverenitetsprinsippet er barnekomiteens kommentarer om hvordan konvensjonsteksten skal tolkes ikke juridisk bindende for de ratifiserende stater. Hvor stor betydning uttalelsene har for norsk retts vedkommende er imidlertid et uavklart spørsmål. I Ot.prp.nr.104 (2008-2009) som gjelder endringer i barnelova¹⁴ uttaler departementet at ”De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

¹⁴ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.”¹⁵ Også i juridisk litteratur har det blitt uttalt at kommentarene er ”verdifulle retningslinjer”¹⁶ for hvordan konvensjonen skal tolkes og anvendes. Høyesterett uttaler i Rt.2009.1261 i avsnitt 44 at det avgjørende for kommentarenes vekt må være ”hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteén og den berørte staten.” Høyesterett gir ikke her noen klar veiledning rundt hvordan de ulike uttalelsene fra barnekomiteen skal tillegges betydning. Det kan imidlertid virke som om Høyesterett med den siste setningen mener at komiteens ”Concluding observations” kan tillegges noe mer vekt enn de generelle kommentarene ettersom de førstnevnte knytter seg til enkeltsaker som komiteen har vurdert. Videre finnes det også eksempler på at Høyesterett selv siterer fra de generelle kommentarene for å utdype innholdet i konvensjonstekstens ordlyd, se blant annet Rt.2010.1313 der punkter fra Generell kommentar nr. 10 gjengis i dommens avsnitt 13 og 14.

Når det gjelder artikkel 37 er det Generell kommentar nr. 10, som dreier seg om rettighetene til barn i konflikt med loven, som i den utstrekning som er skissert ovenfor er særlig relevant som veiledning for tolkningen.

I Generell kommentar nr. 5, ”General Measures of Implementation”, identifiserer barnekomiteen i avsnitt 12 fire av konvensjonens artikler som såkalte ”general principles”. Disse prinsippene er veiledende for tolkningen av konvensjonen i sin helhet idet komiteen ber om at alle konvensjonens artikler tolkes i tråd med prinsippene.

Det viktigste av disse er prinsippet om barnets beste som har stor betydning for forståelsen av hele konvensjonen. Det følger av artikkel 3 nr. 1 at barnets beste skal være et ”grunnleggende hensyn” ved ”alle handlinger som berører barn”. Å fremme barnets beste kan også sies å være

¹⁵ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) på side 26.

¹⁶ Høstmølingen (2003) s. 80, gjengitt av Lucy Smith i Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge s. 25.

det overordnede formålet med barnekonvensjonen. At prinsippet gjennomsyrrer hele konvensjonen er på denne måten et eksempel på at konvensjonen tolkes i tråd med sitt formål slik det fremheves i Wienkonvensjonen. Hva som faktisk er barnets beste er imidlertid problematisk ettersom dette vil variere over tid og dessuten være forskjellig ut fra barnets alder, bosted, kultur og mange andre faktorer. Prinsippet om barnets beste vil jeg derfor komme noe tilbake til i punkt 2.2 nedenfor.

De øvrige generelle prinsippene barnekomiteen peker på er ikke-diskriminering som følger av artikkel 2, barnets rett til liv og utvikling etter artikkel 6, samt dets rett til å bli hørt etter artikkel 12. Også disse prinsippene vil som nevnt være veiledende ved tolkning av konvensjonen.

Barnekomiteen har videre indikert i sine rapporter og kommentarer at FNs standard minimumsregler for rettspleie angående mindreårige, de såkalte Beijing-reglene¹⁷, er relevante ved tolkningen av barnekonvensjonen¹⁸. Også i barnekonvensjonens innledning blir det minnet om Beijing-reglene. Videre er de såkalte JDL-reglene¹⁹ og Riydah-retningslinjene²⁰ relevante for tolkningen. I Generell kommentar nr. 10 blir det i punkt 4 trukket frem at et formål med kommentaren er å fremme integrering av disse tre standardene i partenes helhetlige nasjonale politikk. Beijing-reglene, JDL-reglene og Riydah-retningslinjene vil derfor flere steder bli trukket inn som hjelp ved tolkningen. At Beijing-reglene er nevnt i innledningen til selve konvensjonen kan av ulike grunner tilsi at de kan tillegges mer vekt ved tolkningen enn rettskilder som bare nevnes i kommentarene. Det viktigste grunnlaget for å påstå dette er at konvensjonspartene har hatt muligheter for å forutse reglenes betydning i og med sin gjennomgang av konvensjonsteksten før ratifisering. Følgelig vil de ha hatt muligheten til å vurdere situasjonen og også reservere seg mot at Beijing-reglene skal tillegges tolkningsmessig betydning.

Et annet viktig moment ved tolkningen av barnekonvensjonens art. 37 er at konvensjonsteksten her i stor grad sammenfaller med innholdet i art. 9 i FNs konvensjon om

¹⁷ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice av 29. November 1985.

¹⁸ Se UNICEF Implementation Handbook 2007, s. 548.

¹⁹ United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, også kalt Havana-Rules, vedtatt 1990

²⁰ United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency

sivile og politiske rettigheter²¹. Teksten i SP art. 9 fungerte da også i stor grad som mal ved utformingen av teksten i art. 37.²² På bakgrunn av dette kan kommentarer og tolkning tilknyttet SP art. 9 også benyttes ved tolkningen av art. 37 i den grad suverenitetsprinsippet tillater det.

Videre er et viktig poeng at barnekonvensjonen, i likhet med alle andre konvensjoner som omhandler menneskerettigheter, må sees på som et såkalt "living instrument"²³ som vil måtte tolkes dynamisk i tråd med at samfunnet utvikler seg. At dette også gjelder for barnekonvensjonen følger av Generell kommentar nr. 8 avsnitt 20 der dette blir uttrykkelig sagt. Motsetningen til det dynamiske prinsipp ville være å tolke konvensjonen med utgangspunkt i ordenes betydning slik den var på den tiden konvensjonen ble til. Dette ville i større grad respektere partenes intensjoner og dermed bedre ivareta statenes suverenitet. Når det gjelder menneskerettighetskonvensjoner vil imidlertid formålet i seg selv, det å beskytte individets fundamentale rettigheter og friheter mot overgrep fra myndighetene, tilsi at det må legges en dynamisk tolkning til grunn. Dette er fordi at hva som er det beste for mennesket og hvilke rettigheter som er fundamentale ikke er statisk definert, men vil forandre seg i tråd med samfunnets utvikling.

1.3.3 Øvrige kilder

Andre kilder som vil bli benyttet i arbeidet er de relevante bestemmelsene i straffeloven og straffeprosessloven. Her vil enkelte av bestemmelsene slik de var før lovendringen i 2012 bli trukket inn for å sammenlignes med den nye lovgivningen. I forbindelse med lovendringene vil relevante lovforarbeider som NOU 2008:15 Barn og straff og Prop.135 L (2010-2011) bli benyttet i stor grad. Fordi endringene er gjort såpass nylig er det begrenset med norsk rettspraksis i forhold til de nye bestemmelsene. Hva gjelder de gamle bestemmelsene vil høyesterettspraksis bli trukket inn.

Andre kilder som benyttes så mye at de er verdt å nevne allerede her er Helmut Sax "Article 37"²⁴ og UNICEFs "Implementation Handbook"²⁵

²¹ International Covenant on Civil and Political rights, heretter omtalt som SP. Finnes som vedlegg nr. 5 til menneskerettsloven av 21. mai 1999.

²² Se SAX "Article 37" s.76

²³ Se EMDs avgjørelse i Tyrer mot Storbritannia (1978)

²⁴ "A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37" av William Schabas and Helmut Sax

1.4 Statistikk

Tall fra Statistisk Sentralbyrå viser en nedgang i antall nyinnsettelse av barn i varetekt per år. I 1999 ble 77 barn i aldersgruppen 15-17 år varetektsfengslet, mens tallet i 2010 var redusert til 57 barn.²⁶ Selv om disse tallene vitner om en positiv utvikling, viser nærmere statistiske undersøkelser at antallet barn som varetektsfengsles fortsatt utgjør en høy andel av det samlede antall barn som ilegges straff. I 2010 ble 2517 barn under 18 år ilagt en eller annen form for straffereaksjon for å ha begått en forbrytelse.²⁷ Av de 57 varetektsfengslingene av barn mellom 15 og 17 år som fant sted i 2010, ble 51 ilagt på bakgrunn av mistanke om en forbrytelse, mens fire fengslinger ble gjennomført på grunnlag av mistanke om forseelse.²⁸ Dette betyr at varetektsfengsling ble benyttet i 2,03 % av tilfellene hvor en forbrytelse var begått.

Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet foretok i forbindelse med utarbeidelsen av NOU 2008:15 i 2006-2007 en undersøkelse der de gjennomgikk 150 straffesaker mot 143 barn under 18 år som var idømt ubetinget fengsel. 40 av ungdommene hadde i forbindelse med straffesaken vært underlagt varetektsfengsling. Bare i ni av de 150 straffesakene ble fengslingssurrogater som meldeplikt, opphold i institusjon eller besøksforbud benyttet.

1.5 Veien videre

Opgaven vil i kapittel 2 begynne med en presentasjon av hvem som omfattes av begrepet ”barn”, samt presentere det grunnleggende prinsippet om barnets beste. Deretter vil det i kapittel 3 gis en overordnet presentasjon av barnekonvensjonens artikkel 37, både hva gjelder artikkelens innhold og tolkning av den. Oppgavens hoveddel er kapitlene 4-7 der jeg vil ta for meg ulike vilkår for å kunne foreta varetektsfengsling av barn, samt krav til fengslingens innhold. Hvert kapittel vil først presentere konvensjonens krav og norsk rett på området før det foretas en vurdering av hvorvidt det foreligger samsvar mellom norsk rett og konvensjonen.

²⁵ ”Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child”, Unicef, tredje utgave.

²⁶ Se <http://www.ssb.no/fengsling/arkiv/tab-1999-12-16-50.html> og http://www.ssb.no/0305/a_krim_tab/tab/tab-2012-03-08-57.html

²⁷ Jf. http://www.ssb.no/0305/a_krim_tab/tab/tab-2011-12-22-33.html

²⁸ For de resterende to tilfellene er det uvisst hvorvidt forholdet karakteriserte som forbrytelse eller forseelse.

2 Om barn

2.1 Hvem er barn?

Det følger av barnekonvensjonens artikkel 1 at begrepet barn i konvensjonen omfatter ”ethvert menneske under 18 år” med mindre barnet blir myndig tidligere etter relevant nasjonal lovgivning. Også i Norge er den vanlige juridiske forståelsen av ordet barn alle under myndighetsalderen, jf. vergemålsloven § 1, også dem som man i dagligtalen ville betegnet som ungdom.

På strafferettslig område fastsetter barnekonvensjonen at alle land skal ”fastsette en lavalder under hvilken barnet ansees ikke å være i stand til å begå et straffbart forhold” jf. artikkel 40 nr. 3 a). I Generell kommenter nr. 10 går det frem av avsnitt 31 hva fastsettelsen av en slik minstealder innebærer. For det første vil barn som har begått lovbrudd mens de er under minstealderen ikke kunne holdes ansvarlig for dette ”i en strafferettslig prosess”. Dette vil si at barnet ikke kan bli formelt siktet og at det ikke kan bli idømt straff av en formell domstol. For det andre innebærer fastsettelse av minstealder at barn som har nådd denne alderen, men som fortsatt er barn i konvensjonens forstand, kan bli siktet og straffeforfulgt innenfor de rammene som er fastlagt av konvensjonen.

I forbindelse med fastsettelse av minstealderen viser Generell kommentar nr. 10 i punkt 32 til Beijing-reglene artikkel 4 der det heter at minstealderen ”shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the facts of emotional, mental and intellectual maturity”. Ut fra dette hevder barnekomiteen at en minstealder under 12 år ikke er internasjonalt akseptabelt, hvorpå komiteen oppfordrer partene til å heve sine minstealdre til 12 år og til å heve dem ytterligere etter hvert.

I Norge var det etter kriminalloven²⁹ to ulike aldersgrenser med ulik betydning. Man opererte med en absolutt grense på 10 år under hvilken man aldri kunne holdes strafferettslig ansvarlig. Barn mellom 10 og 15 år kunne imidlertid straffes for alvorlige forhold dersom barnet hadde innsett ”Handlingens forbryderske Beskaffenhet”. I 1896 ble systemet med to aldersgrenser fjernet og man satte 14 år som strafferettslig lavalder. Denne ble endret til 15 år i 1987, noe som også vil bli videreført i straffeloven av 2005.

²⁹ “Lov angaaende Forbrydelser” fra 1842

2.2 Hvorfor egne straffeprosessuelle regler for barn? Prinsippet om barnets beste

Hvorfor har så samfunnet bestemt at barn som begår lovbrudd skal behandles annerledes enn voksne? I Generell kommentar nr. 10 blir det generelle grunnlaget for dette beskrevet med at ”barn og voksne er forskjellig når det gjelder fysisk og psykologisk utvikling, og de har forskjellige følelsesmessige behov og oppdragsbehov.” jf. avsnitt 10. I alminnelighet kan det sies at barn er mer sårbare for den negative påvirkningen straffeforfølgelse og straff kan medføre. Når det gjelder frihetsberøvelse som for eksempel varetektsfengsling, gjør behovet for egne regler for barn seg særlig gjeldende. Bakgrunnen for dette beskrives særlig godt av Sax i boken Article 37 med følgende ord: ”...depriving young persons of their regular family and social life, of educational opportunities, and, more basically, of choices simply to enter, stay or leave places at their own will, obviously has fundamental impact on the personal development as well as the exercise of human rights.”³⁰

Også i norsk rett finner man at tilsvarende hensyn har gjort seg gjeldende. I forbindelse med hevingen av den kriminelle lavalder fra 14 til 15 år i 1987 la justisdepartementet blant annet vekt på at barn ikke har den samme ”moralske innsikt og modenhet som voksne” og at barn lettere enn voksne ville kunne ”ta skade av å komme i fengsel.”³¹ Man finner også hensynene igjen i rettspraksis der de enkelte ganger blir avgjørende for hvorvidt fengselstraff skal anvendes eller ikke. I Rt.2004.804 ble resultatet samfunnsstraff for en gutt på 15 år og tre måneder som hadde gjort seg skyldig i legemsbeskadigelse etter str.l. § 229, andre straffalternativ, jf. § 232. Flertallets begrunnelse for ikke å anvende fengsel i saken bygget på følgende uttalelse av andrevoterende: ”En ting er at så unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjonen forutsetter. Vesentligere er at individualpreventive hensyn har en særlig tyngde. I denne alderen er sinnet ytterst sårbart og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. Det bør derfor skulle svært mye til før så unge mennesker sperres inne.”

Selv om hensynene bak varetektsfengsling skiller seg fra de foreliggende hensyn i forbindelse med straffespørsmål, vil den grunnleggende enigheten om den negative effekten enhver form for frihetsberøvelse har på barn gjøre seg gjeldende også her. Det er gjennom anvendelsen av disse hensynene vi ser hvordan barnekonvensjonens grunnleggende prinsipp om barnets beste

³⁰ Article 37, s. 34, avs. 44

³¹ Ot.prp.nr. 26 (1986-1987) s. 9

gjør seg gjeldende i forbindelse med barnekonvensjonens regler om straff og straffeforfølgning. Hensynet til hva som er det beste for det barnet som har begått lovbrudd vil ha svært mye å si, og det vil i mange tilfeller også gå foran andre hensyn som for eksempel samfunnets behov for å sperre lovbrøyteren inne.

3 Presentasjon av barnekonvensjonens artikkel 37

3.1 Innhold og tolkning

Utgangspunktet om menneskets rett til frihet er nedfelt i Den Europeiske Menneskerettskonvensjonens artikkel 5, første avsnitt, første punktum som lyder som følger; ”Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet.” Deretter følger en rekke unntak for denne hovedregelen i avsnittets punkt a-f, samt fire øvrige avsnitt med vilkår som må være overholdt for at frihetsberøvelsen skal være gyldig.

Artikkel 37 er barnekonvensjonens svar på vilkårene i EMKs artikkel 5. Den oppstiller ikke direkte hovedregelen om barns rett til frihet, men den grunnleggende rettigheten kommer indirekte fram gjennom de strenge kravene som stilles i forbindelse med frihetsberøvelse av barn. Art.37 er delt i fire deler med benevnelsene a) - d).

Bokstav a) gir totalforbud mot å utsette barn for tortur eller andre grusomme former for behandling eller straff. I tillegg gir den barnet vern mot å bli ilagt dødsstraff eller livsvarig fengsel. I forhold til denne oppgavens tema om varetektsfengsling er ikke bokstav a) relevant og vil derfor ikke bli nærmere behandlet. Bokstav d) gir barn som er berøvet friheten rett til juridisk bistand og til å få lovligheten av frihetsberøvelsen prøvd for en domstol. På grunn av denne oppgavens omfang vil ikke dette punktet bli behandlet for seg, men retten til å bli stilt foran en domstol vil bli berørt i tilknytning til behandlingen av varetektsfengslingens lengde.

Det er etter dette bokstavene b) – c) denne oppgaven vil ta for seg. Bokstav b) angir vilkårene for når frihetsberøvelse av barn kan foretas, samt krav til dens varighet, mens bokstav c) stiller krav til de fysiske forholdene under frihetsberøvelse når dette først har funnet sted. Det er disse vilkårene og kravene jeg vil se om er oppfylt i norsk rett

Som nevnt innledningsvis skal konvensjonsteksten tolkes i tråd med tolkningsprinsippene for internasjonale konvensjoner. Dette betyr at art. 37 skal tolkes ut fra en naturlig ordlydsforståelse og i lys av konvensjonens grunnleggende formål om å fremme barnets

beste. I tillegg er de øvrige grunnprinsippene om ikke-diskriminering, retten til liv, overlevelse og utvikling og retten til å bli hørt viktige ved tolkningen av artikkel 37.

Et særlig viktig middel når det skal sees konkret på om norsk lov er i samsvar med kravene i art. 37, er de allerede nevnte ”Concluding Observations” som barnekomiteen sender som svar på Norges rapporter hvert femte år. Av disse fremgår det detaljert på hvilke områder norsk praksis ikke er i samsvar med konvensjonens krav, og det blir gitt anbefalinger til hva som må gjøres for å oppnå samsvar.

3.2 Frihetsberøvelse

Hva ligger så i begrepet frihetsberøvelse, eller etter konvensjonstekstens ordlyd, det å ”berøves sin frihet”? Barnekonvensjonen inneholder ingen definisjon av begrepet. Den engelske versjonen taler om barn som er ”deprived of his or her liberty”. Som nevnt var det SP art. 9 som fungerte som mal ved utformingen av barnekonvensjonens art. 37. SP art. 9 taler i likhet med EMK art. 5 om ”liberty [...] of person”. At det er såkalt ”personal liberty” som også er innholdet i art. 37, er derfor klart. Sax skriver om dette at ”personal liberty” ikke må forveksles med det han kaller ”concepts of human freedom”, men derimot relaterer seg til ”freedom of bodily movement in the narrowest sense”.³² På norsk kan vi oversette dette til at frihetsberøvelsen det snakkes om i art. 37 relaterer seg til bevegelsesfrihet i motsetning til handlings- eller ytringsfrihet. I og med at det videre er snakk om bevegelsesfrihet i snever grad betyr det at art. 37 heller ikke omfatter mindre inngripende restriksjoner i bevegelsesfriheten som for eksempel forbud mot å oppholde seg på et bestemt sted eller landsforvisning.

Heller ikke SP inneholder noen definisjon eller anvisning om hva som skal forstås med ”deprivation of liberty”. Man kan imidlertid finne en definisjon av begrepet i JDL-reglene. Som nevnt i punkt 1.3.2 fremgår det av Generell kommentar nr. 10 at disse er relevante også for tolkningen av barnekonvensjonen. Ettersom det her dreier seg om tolkning av et begrep som er definert i en kilde barnekomiteen viser til, i motsetning til det Høyesterett i den nevnte Rt.2009.1261 kalte en ”tilråding om optimal praksis”, må JDL-reglenes definisjon her kunne tillegges en viss betydning. Av regel 11 (b) følger det at frihetsberøvelse skal forstås som ”

³² ”Article 37” side 59

any form of detention or imprisonment or the placement of a person in a public or private custodial setting, from which this person is not permitted to leave at will, by order of any judicial, administrative or other public authority.” Definisjonen er svært vidtrekkende og omfatter altså all form for berøvelse av bevegelsesfrihet utøvd av en statlig autoritet.

Art. 37 benytter begrepet ”deprivation of liberty” i hele artikkelen med unntak av i bokstav b) andre punktum der ordlyden snevres inn til ”arrest, detention or imprisonment”. Den norske versjonen bruker her ordene ”Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling”. Den norske versjonens bruk av ”frihetsberøvelse” i denne sammenheng gjør derfor bestemmelsen videre enn den engelske ettersom ”detention” er et ord som bare peker på frihetsberøvelse i forbindelse med straffesak. Bakgrunnen for endringen av ordlyden i art. 37 b) andre punktum i de offisielle versjonene er at enkelte stater som for eksempel USA, Sovjetunionen og Senegal anså ”deprivation of liberty” for å være et for vidt begrep som også omfattet blant annet ”educational and other types of deprivation of liberty applied to minors besides detention, arrest or imprisonment”.³³ Vilkårene for frihetsberøvelse i art. 37 b) andre punktum om ”siste utvei” og ”for et kortest mulig tidsrom” peker etter dette bare på frihetsberøvelse innen strafferettspleien. Andre former for frihetsberøvelse som for eksempel tvangsinnleggelse etter sosiallovgivningen vil følgelig falle utenfor. ”Fengsling” vil her peke på fengsling ilagt ved dom, mens ”frihetsberøvelse” vil omfatte varetektsfengsling både før og etter fremstilling for tingretten, samt politiarrest.

³³ Se NOU’ens gjengivelse av dette på i punkt 7.3.2.6. på side 106.

4 Vilkår for frihetsberøvelse av barn etter art. 37 b)

4.1 Frihetsberøvelsen må ikke være “ulovlig eller vilkårlig”

4.1.1 Konvensjonens krav

Artikkel 37 b) gir regler om hvilke vilkår som må være til stede for at frihetsberøvelse av barn kan skje. Frihetsberøvelse av barn som har begått lovbrudd kan bestå i innbringelse, pågrepelse, varetektsfengsling, fengsling eller eventuelt plassering i barnevernsinstitusjon. Denne oppgaven tar som kjent bare for seg frihetsberøvelse ved varetektsfengsling, men som vi skal se er mange av vilkårene for dette de samme som kravene for pågrepelse.

Artikkel 37 b fastslår for det første at staten skal sikre at ”intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet”. Deretter slås det fast igjen at ”pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte [...]”. Lovlighets- og vilkårlighetskriteriet er to kumulative grunnvilkår som vi finner igjen i artikkel 9 i FNs Internasjonale Konvensjon om Sivile og Politiske rettigheter, heretter bare omtalt som SP. Her heter det at ”ingen må utsettes for [...] vilkårlig frihetsberøvelse” og videre at ”ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov”. SP art. 9 var som allerede nevnt malen til teksten i barnekonvensjonen, og da den korte, konsise formuleringen i art. 37 b ble foreslått ble den vedtatt uten videre diskusjon. Ettersom innholdet i de to artiklene er ment å være det samme, kan man ved tolkningen av art.37 b se hen til de tolkninger som er gjort av SP art. 9.

Når det gjelder vilkåret om at frihetsberøvelsen må være lovlig innebærer dette at den må være i samsvar med nasjonal lovgivning. I diskusjonen rundt hva kriteriet ”established by law” innebærer etter SP art. 9 har det blitt uttalt i en kommentarutgave til konvensjonen utgitt av professor Manfred Nowak at fremgangsmåten enten må være i samsvar med en parlamentarisk lov, eller med en uskreven ”common law” regel som er tilgjengelig for alle individer underlagt den aktuelle jurisdiksjon³⁴. For norsk retts vedkommende må

³⁴ UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary skrevet av Manfred Nowak

frihetsberøvelsen bygge på en lov gitt av det norske Storting. Dette følger av legalitetsprinsippet som også er nedfelt i Grunnloven § 99 der første punktum lyder som følger: ” Ingen maa fængslig anholdes, uden i lovbestemt Tilfælde og paa den ved Lovene foreskrevne Maade”.

Kriteriet om at frihetsberøvelsen ikke skal være ”vilkårlig” tilsier at det skal foretas nøye vurderinger og overveielser for om frihetsberøvelse skal foretas, for på den måten å forhindre at et barn blir fengslet ved en ren tilfeldighet. Det er i denne sammenheng viktig at det er et bestemt organ som foretar vurderingen slik at resultatet blir mest mulig konsekvent. I Norge følger det av straffeprosessloven § 175 at pågrepelse besluttet av påtalemyndigheten, og i følge § 183 skal den pågrepne fremstilles for tingretten senest innen den tredje dag etter pågripelsen. § 183 andre ledd gir en særskilt regel om at fremstilling skal skje senest dagen etter pågripelsen dersom den pågrepne er under 18 år. I norsk rett er det altså tingretten som vurderer hvorvidt vilkårene for varetektsfengsling er til stede.

Vilkårlighetskriteriet er et selvstendig kriterium som må være oppfylt for at varetektsfengsling skal kunne skje, men i følge Nowak er vilkårlighetskriteriet imidlertid også viktig sett i sammenheng med lovlighetskriteriet. Dersom loven selv eller måten den blir håndhevet på er vilkårlig, vil ikke kravene i barnekonvensjonen være oppfylt. Nowak stiller her et krav til at vilkårene for frihetsberøvelse gitt i loven ikke må være ” manifestly unproportional, unjust or unpredictable”.³⁵ At loven må være forutberegnelig følger også av Generell kommentar nr. 10 der det i avsnitt 80 heter at ”Loven skal klart angi hvilke vilkår som må være oppfylt for at barnet skal kunne settes eller holdes i varetekt”.

4.1.2 Lovhjemmelen for varetektsfengsling i norsk rett

Hjemmelen for varetektsfengsling følger i norsk rett av straffeprosessloven § 184. Bestemmelsens andre ledd første punktum slår fast at ”Fengsling kan besluttet dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188.” Tiltakene i § 188 er alternativer til fengsling som for eksempel beslutning om forføyning, sikkerhetsstillelse og dessuten plassering i institusjon. Vilråene i 171-173 som det vises til, er de samme vilråene som gjelder for pågrepelse og disse vil bli kort gjennomgått nedenfor. Inntil januar 2012 fulgte § 184 deretter opp med en setning som sa at ”reglene i § 174 gjelder tilsvarende”. § 174 er en særbestemmelse som regulerer pågrepelse av

³⁵ M. Nowak note 255, Artikkel 9, para 30.

personer under 18 år. I tillegg til at vilkårene i §§ 171-173 andre ledd må være oppfylt, krever § 174 at pågrepelse av personer under 18 må være ”særlig påkrevd”.

Ved lovendring i januar 2012 fikk § 184 imidlertid et nytt andre punktum i andre ledd som erstattet henvisningen til § 174. Punktumet lyder i dag derfor som følger: ”Personer under 18 år skal ikke fengsles hvis det ikke er tvingende nødvendig”. Loven har dermed fått en noe ulik ordlyd i bestemmelsen som hjemler pågrepelse av mindreårige i forhold til i bestemmelsen som hjemler varetektsfengsling av dem. Vi skal komme nærmere tilbake til sondringen mellom de to og betydningen av endringen i punkt 4.3.

Vilkårene som i følge § 184 andre ledd må være oppfylt for at retten skal kunne beslutte fengsling er for øvrig like overfor både voksne og mindreårige lovbryttere. Jeg vil for ordens skyld foreta en kort gjennomgang av kravene.

Av § 171 følger det for det første at det må foreligge ”skjellig grunn” til mistanke for at personen har begått en handling som ”kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. ”Skjellig grunn” kan etter en naturlig ordlydstolkning forstås som at det må foreligge god eller rimelig grunn. I rettspraksis er skjellig grunn til mistanke tolket som et krav om sannsynlighetsovervekt, jf. for eksempel kjennelsen i Rt. 1993 side 1302. Sannsynligheten for at mistenkte har begått handlingen må altså overstige 50 %, eller sagt på en annen måte, det må være mer sannsynlig at han har begått handlingen enn at han ikke har gjort det. At handlingen videre må kunne ”medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder” tilsier for det første at handlingen må være straffbar, samt at lovbruddet er av en viss alvorlighetsgrad. For at handlingen skal være straffbar må både de subjektive og objektive vilkårene for straff være oppfylt. I dette ligger at handlingen må falle innenfor en straffebeskrivelse beskrevet i et straffebud samt at gjerningsmannen må ha utøvd den skyld som det bestemte straffebudet krever. I forhold til at straffen må være høyere enn fengsel i 6 måneder, er det straffebudets teoretiske strafferamme som legges til grunn for vurderingen, og ikke hva som for eksempel er normalstraff for forholdet. I tillegg til disse kumulative vilkårene kreves det at ett av vilkårene i § 171 punkt 1-4 er oppfylt. Det må følgelig foreligge enten unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare eller gjerningsmannen må selv begjære fengsling.

Fengsling etter § 172 kan foretas dersom det foreligger tilståelse eller særlig mistanke for forbrytelser som kan medføre fengsel i minst 10 år eller for grovere voldsforbrytelser. Etter

§ 173 andre ledd kan fengsling også foretas overfor personer som ikke har kjent fast bopel i riket og det er grunn til å frykte at han vil flykte til utlandet.

I tillegg til de enkelte kravene for fengsling er det imidlertid viktig å være oppmerksom på § 170a som er en generell bestemmelse for all bruk av tvangsmidler i lovverket.

Bestemmelsen slår fast at et tvangsmiddel bare kan brukes ”når det er tilstrekkelig grunn til det”. Videre sier den at tvangsmiddelet ikke kan brukes ”når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep”. Bestemmelsen krever altså at det foretas en hensiktsmessighetsvurdering så vel som en forholdsmessighetsvurdering i det enkelte tilfelle. Tidligere var disse vurderingene bakt inn i de enkelte bestemmelser, men med en lovendring i 1999 ble dette generalisert i form av § 170a, uten at dette var ment å medføre noen realitetsendring. Når det gjelder varetektsfengsling av personer under 18 år har rettspraksis lagt til grunn at den nevnte særbestemmelsen i § 174 skjerper kravene til begrunnelsen for forholdsmessigheten etter § 170a, jf. Rt. 2004 side 1655 avsnitt 13.

4.2 Varetektsfengsling ”skal bare benyttes som en siste utvei”

4.2.1 Konvensjonens krav

I tillegg til lovlighets- og uvilkårlighetskravet krever art. 37 b at frihetsberøvelse av barn ”shall be used only as a measure of last resort”. Dette er gjengitt i den norske oversettelsen som at frihetsberøvelse ”skal bare benyttes som en siste utvei”. En naturlig ordlydstolkning av dette tilsier at det ikke finnes andre alternativer til frihetsberøvelsen. Sax³⁶ skriver om dette på side 81 i Article 37 at frihetsberøvelse er den reaksjonen som vil ha ”the most serious impact on the child’s development and its personal future” og at det derfor kreves at myndighetene først ser etter alternative metoder på alle nivåer i prosessen.

Innbakt i art. 37 b) kan man følgelig lese et krav til konvensjonspartene om faktisk å ha alternative tiltak til frihetsberøvelse til disposisjon. Dette følger også av Generell kommentar nr. 10 punkt 80 der det nettopp står at for at partene skal kunne ansees å oppfylle kravet ”må de ha et effektivt spekter av alternativer til rådighet”. Deretter vises det til kapittel IV del B i kommentaren som omhandler alternativ håndtering av barn i konflikt med loven. Av punkt 23

³⁶ Helmut Sax, Article 37

går det frem at alternative tiltak bl.a. skal omfatte ”omsorgstiltak, veiledning og tilsyn, rådgivning, løslatelse på prøve, plassering i fosterhjem, utdannings- og opplæringstiltak og andre alternativer til plassering i institusjon”. Med unntak av alternativet løslatelse på prøve kan alle disse tiltakene fungere som alternativer til varetektsfengsling. Etter punkt 25 i kommentaren har konvensjonspartene plikt til å fremme slike utenomrettslige tiltak overfor barn som har begått mindre lovbrudd og overfor førstegangsovertredere, men det heter videre at ”tiltakene skal på ingen måte begrenses til å omfatte bare disse barna”. Dette betyr at også overfor barn som begår alvorlige og gjentatte lovbrudd skal slike tiltak vurderes.

Barnekomitéens generelle kommentarer er som nevnt i avsnitt 1.3.2. ikke juridisk bindende for konvensjonspartene, men de fungerer som retningslinjer ved tolkningen av konvensjonen. Følgelig er ikke konvensjonspartene forpliktet til å ha de alternative tiltakene som er listet opp der. Denne forståelsen blir også lagt til grunn i NOU 2008:15 der det står på side 100 at ”Barnekomiteens generelle anbefalinger om tiltak som bør iverksettes, vil i de fleste tilfeller ikke ha like stor vekt som komiteens uttalelser om hvordan barnekonvensjonen skal forstås”. Som nevnt over kan imidlertid et krav om at de ratifiserende stater *har* ulike former for alternative tiltak tolkes direkte inn i konvensjonens ordlyd. Av konvensjonens artikkel 4 går det i tillegg frem at ”Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon”. Videre heter det i andre punktum at ”Når det gjelder økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, skal partene treffe slike tiltak i størst mulig utstrekning innenfor de ressurser de har til rådighet, om nødvendig innenfor rammen av internasjonalt samarbeid”. Etersom artikkel 37 hører til de sivile og politiske rettigheter, foreligger ikke et slikt ressursforbehold når det gjelder alternative tiltak til frihetsberøvelse. Dette taler for at det stilles visse krav til at det faktisk finnes flere, reelle og effektive alternative tiltak.

Barnekonvensjonens art. 40 (4) lister opp ulike alternative tiltak som skal være tilgjengelige for å sikre at barn blir behandlet på best mulig måte. Her heter det at ” Forskjellige ordninger, som f. eks. omsorg, veiledning og pålegg om tilsyn; rådgivning, friomsorg, plassering i fosterhjem; allmennfaglige og yrkesfaglige opplæringsprogrammer og andre løsninger enn plassering i institusjon, skal være tilgjengelige [...] ”. Imidlertid vil det heller ikke gjennom denne bestemmelsen påligge partene noen plikt til å gjennomføre alle tiltakene, jf. ordlyden ”som f. eks.” Også av Beijing-reglene følger eksempler på slike tiltak. I art. 13.2. står det at “Whenever possible, detention pending trial shall be replaced by alternative measures, such as

close supervision, intensive care or placement with a family or in an educational setting or home.” Etersom barnekonvensjonen viser til Beijing-reglene i sitt forord, og ordbruken ”measures” er lik i de to bestemmelsene, kan dette tale for at man kan innfortolke de tiltakene som er nevnt her i konvensjonens ordlyd. Også her gjør imidlertid ordlyden ”such as” at statene ikke pålegges å gjennomføre alle alternativene. Hvorvidt Norge imøtekommer kravene til alternative tiltak kommer jeg tilbake til i punkt 4.2.3. nedenfor.

4.2.2 Kravene i norsk rett

I norsk rett var det som nevnt før januar 2012 et vilkår for varetektsfengsling at fengsling var ”særlig påkrevd”. En naturlig ordlydstolkning av denne gamle bestemmelsen tilsier at det måtte foreligge spesielle grunner, eller dreie seg om spesielle situasjoner dersom fengsling skulle kunne skje. Ut over dette gir ikke ordlyden noe særlig veiledning. Heller ikke i forarbeidene finner man noen veiledning i forhold til bestemmelsens innhold. Som nevnt i punkt 4.1.2. har imidlertid rettspraksis³⁷ slått fast at bestemmelsen er av viktig betydning i forhold til forholdsmessighetsvurderingen i § 170 ved at den skjerper kravene til begrunnelsen for fengsling når den pågripne er under 18 år.

Med lovendringen som trådte i kraft i februar 2012 er det nå et krav for varetektsfengsling at dette er ”tvingende nødvendig”, jf. § 184 andre ledd, andre punktum. Den nye ordlyden kan etter en naturlig ordlydstolkning tolkes som at varetektsfengsling må fremstå som den eneste løsningen. Proposisjonen støtter også opp under en slik ordlydstolkning ettersom den i punkt 7.4.4. slår fast at vilkåret innebærer ”et absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til varetektsfengsling”. Terskelen for å varetektsfengsle kan etter dette synes å ligge noe høyere etter lovendringen sammenlignet med tidligere. Det følger videre av proposisjonen at departementet³⁸ mente det var hensiktsmessig at vilkåret for varetektsfengsling av unge lovbrytere var selvstendig og strengere enn vilkåret som gjelder for pågripelse. Formålet med å erstatte henvisningen til vilkåret i § 174 med et eget vilkår var nettopp å tydeliggjøre den høye terskelen som gjelder for varetektsfengsling av barn.

4.2.3 Samsvaret mellom konvensjonens krav og gjennomføringen i norsk rett

³⁷ Se bl.a. Rt.2004.1655 og Rt.1999.2080

³⁸ Det kongelige justis- og politidepartement

I hvilken grad kan man så si at norsk rett samsvarer med konvensjonens krav om at varetektsfengsling bare skal benyttes som en ”siste utvei”?

Konvensjonen stiller altså krav til at terskelen for varetektsfengsling av mindreårige settes høyt. I tillegg skal konvensjonen forstås slik at det er et vilkår for fengsling at alternative tiltak er vurdert. I forarbeidene til endringsloven som inkorporerte barnekonvensjonen direkte i norsk lov gjennom menneskerettsloven i 2003 ble det uttalt at ”barnekonvensjonen i all hovedsak regnes oppfylt i norsk rett, og at norsk rett dels gir sterkere rettigheter enn det som følger av konvensjonen”³⁹. At lovgiver ikke foretok noen endringer i nasjonal lov vedrørende barn som er mistenkt for lovbrudd, tilsier også at norsk lov ble ansett å være i samsvar med konvensjonen. I Rt.2004.1655 konstaterte Høyesteretts kjæremålsutvalg helt kort og uten å foreta noen sammenligning eller tolkning for øvrig, at forpliktelsen etter barnekonvensjonen var ivaretatt gjennom strpl. § 174, jf. § 184 ved ordlyden ”særlig påkrevd”. Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet tar i NOU’ens kapittel 7 for seg forholdet mellom norsk rett og barnekonvensjonen. Når det gjelder terskelen for å foreta varetektsfengsling fant heller ikke utvalget noen uoverensstemmelser med konvensjonen som gjorde at det ble foreslått endringer i norsk lov. Som nevnt foreslo departementet likevel endringen med et selvstendig, og dermed mer tydeliggjort, vilkår for varetektsfengsling i strpl. § 184. Det er imidlertid ikke noe i proposisjonen som tyder på at dette ble gjort fordi departementet fant at det forelå noen uoverensstemmelse med konvensjonen.

Etter mitt syn har imidlertid den nye ordlyden gjort at vilkåret for å varetektsfengsle nå ligger nærmere konvensjonens ordlyd om ”siste utvei”. Dette fordi jeg mener ordlyden ”tvingende nødvendig” i større grad enn den tidligere ”særlig påkrevd” kan tolkes i retning av at alternative tiltak må ha blitt vurdert før varetektsfengsling kan finne sted, slik konvensjonen krever.

Hvilke alternative tiltak har vi i norsk rett?

Når norsk lov likevel må kunne sies alltid å ha vært i samsvar med konvensjonen på dette punktet, ligger dette i at man finner kravet om å vurdere alternative tiltak allerede i den generelle delen av strpl. § 184 som også gjelder lovbrutere over 18 år. Av bestemmelsens andre ledd, første punktum følger at selv om de øvrige vilkår for varetektsfengsling er oppfylt, skal ikke fengsling skje dersom ”formålet [...] kan oppnås ved tiltak etter § 188”. § 188

³⁹ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 24

inneholder såkalte fengslingssurrogater og nevner blant annet beslutning om forføyning etter § 181 eller beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet som alternative tiltak. Etter § 181 kan det avtales at mistenkte skal fremstille seg for politiet til bestemte tider, såkalt meldeplikt, eller at han/hun ikke skal "forlate et bestemt oppholdssted". Det første alternativet kan kanskje særlig være aktuelt der det foreligger unndragelsesfare i form av at mistenkte forlater landet, mens det siste alternativet kan være effektivt også ved gjentakelses- og bevisforspillingsfare. Det kan også benyttes en kombinasjon av ulike fengslingssurrogater for å oppnå ønsket virkning.

I Rt.2007.333 ble flere fengslingssurrogater benyttet overfor en 17 år gammel gutt sammen med en rekke vilkår han hadde samtykket til. Vedkommende måtte oppholde seg hos sin onkel mellom klokken 18.00 og 06.00, med unntak av deltakelse på et behandlingstilbud i regi av Ungdomsalternativet. I tillegg måtte han melde seg for politiet daglig og kunne ikke ha ureglementert fravær fra skolen. I dommen tas det stilling til hvorvidt gutten kunne sies å ha vært "undergitt frihetsberøvelse" etter strl. § 60 slik at tiden han hadde oppholdt seg hos onkelen kunne gis til fradrag i straffen. Det vises i dommen til flere høyesterettsavgjørelser der opphold i institusjon som varetektssurrogat har gitt straffefradrag. Problemet i 2007-dommen var imidlertid om det dreide seg om opphold i et privat hjem, og dessuten hos et familiemedlem av mistenkte, gjorde at situasjonen ikke kunne sees på som "frihetsberøvelse" etter strl. § 60. Dommen konkluderer imidlertid med at det forelå frihetsberøvelse av gutten, og at den tiden han hadde tilbrakt hos onkelen skulle komme til fradrag i straffen. Førstvoterende uttaler i avsnitt 22 følgende som grunnlag for sin konklusjon: "Jo yngre lovovertrederen er, jo viktigere er det i en varetektssituasjon å finne et alternativ utenfor fengselet. Så lenge restriksjonene er omfattende og blir gjennomført med nødvendig konsekvens, er det liten grunn til å vektlegge hvorvidt de fysiske rammene er gitt gjennom opphold ved en behandlingsinstitusjon eller i en privat bolig, ei heller om voksenpersonene er familie eller profesjonelle."

Tendensen i rettspraksis synes å være at tilfellene ansees som frihetsberøvelse etter strl. § 60, uavhengig av hvor og hvordan oppholdet har foregått, så lenge det ikke foreligger elementer av frivillighet⁴⁰. At slike varetektssurrogater også er å se på som frihetsberøvelse gjør imidlertid at vilkårene, både i konvensjonen og i loven, også må være oppfylt dersom surrogatene skal kunne benyttes. Dette innebærer blant annet at tiltaket ikke må være vilkårlig

⁴⁰ Se blant annet Rt.1990.196 og Rt.2000.822 der fradrag ikke ble gitt

etter konvensjonen, at vilkårene i § 171 må være oppfylt, samt at det må være forholdsmessig etter § 170 a.

Departementet mener at også andre tiltak enn de som er uttrykkelig nevnt i § 181 kan tas i bruk, ettersom paragrafen bare nevner eksempler på tiltak, jf. uttrykket ”andre vilkår, så som...”.⁴¹ For eksempel må husarrest kunne benyttes som varetektssurrogat selv om det ikke nevnes konkret. Departementet bemerker at dersom det er ønskelig med en utvidet bruk av husarrest som surrogat, vil det ha en viss pedagogisk effekt å ha tiltaket uttrykkelig med i loven. Likevel blir det ikke forelått noen endringer i loven på dette punktet. Også restriksjoner i bevegelsesfrihet som besøksforbud, innetid med elektronisk kontroll, forbud mot å oppholde seg på bestemte steder og lignende vurderer departementet at kan ilegges med hjemmel i dagens regelverk.

Særlig om plassering i barnevernsinstitusjon som alternativ til varetektsfengsling

Etter § 188 andre ledd kan som nevnt også plassering i institusjon besluttes. Når lovbryteren er mellom 15 og 18 år vil det særlig være plassering barnevernsinstitusjon som er aktuelt, og spørsmål om dette skal derfor normalt komme opp i fengslingsmøtet. Det følger imidlertid av bestemmelsens andre ledd, andre punktum at slik plassering bare kan skje dersom institusjonen samtykker. I tillegg kan plasseringen bare skje dersom det ligger innenfor rammene av forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon⁴². Barn med ”alvorlige atferdsvansker ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet” kan plasseres i barnevernsinstitusjon med hjemmel i barnevernloven⁴³ § 4-24. Formålet med slik plassering er imidlertid omsorg og behandling og dermed et annet enn formålet med varetektsfengsling som vil være beskyttelse av samfunnet. Dette er også årsaken til at barneverntjenesten i dag er tilbakeholdne med å samtykke til å fungere som varetektssurrogat. I praksis er det derfor sjelden at plassering i barnevernsinstitusjon benyttes som et alternativ til varetektsfengsling.

Utvalget påpeker at det er behov for et tett samarbeid mellom justismyndigheter og barnevernmyndigheter. Likevel ønsker det ikke å pålegge barnevernet et ansvar som normalt hører under kriminalomsorgens arbeidsområde. Også departementet er enig i at å legge ansvaret over på barneverntjenesten ville være uheldig. I tillegg påpeker det at det å bygge

⁴¹ Proposisjonen punkt 7.8.4.

⁴² Forskrift av 15. november 2011, i kraft fra 1.mars 2012 erstattet den tidligere forskriften av 12. desember 2002. Også kalt rettighetsforskriften.

⁴³ Lov 17. juli 1992. nr 100 om barneverntjenester

egne institusjoner innen barnevernet for å ivareta formålet med varetekt, vil kunne komme i konflikt med rettighetsforskriften. Departementet kom imidlertid med et lovforslag som ble inntatt i strpl. § 183 tredje ledd. Dette innebærer at påtalemyndigheten skal varsle barneverntjenesten om fengslingen, hvorpå barneverntjenesten skal møte til hvert fengslingsmøte og ”uttale seg om behovet for tiltak etter barnevernloven kapittel 4 og gi informasjon om det arbeidet som pågår med å iverksette tiltak.”⁴⁴ Departementet ønsker med dette ”å legge til rette for å unngå at barn plasseres i fengsel gjennom å stimulere til økt bruk av surrogatordninger for barn der frihetsberøvelse ikke kan unngås”.⁴⁵

⁴⁴ Se også ny § 3-5 om dette i barnevernloven

⁴⁵ Proposisjonen punkt 7.8.5.4

5 Frihetsberøvelse skal bare benyttes “for et kortest mulig tidsrom”

5.1 Konvensjonens krav

Det er videre et vilkår etter art. 37 b) at frihetsberøvelse av barn bare blir benyttet ”for the shortest appropriate period of time”. Dette er et selvstendig vilkår som må vurderes i tillegg til det foregående vilkåret om ”siste utvei”, og ordlyden tyder på at standarden er streng.

I praksis vil vilkåret innebære at det er to ulike tidsrom som begge må være kortest mulige for at kravet skal være oppfylt. For det første peker vilkåret på tiden fra pågrepelse og frem til den siktete fremstilles for tingretten i fengslingsmøte. For det andre peker det på den totale lengden av varetektsfengslingen frem til rettssaken tar til.

Også her finner man en lignende bestemmelse i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Av art. 9 punkt 3 går det frem at den som er arrestert på grunn av siktelse for en straffbar handling ”shall be brought promptly before a judge” og at personen ” shall be entitled to trial within a reasonable time”. For barn følger et særlig strengt krav av art. 10 2 b. der det heter at ”Accused juvenile persons shall be [...] brought as speedily as possible for adjudication”. Som nevnt over er innholdet i barnekonvensjonens artikkel 37 b ment å være det samme som teksten i SP, og man kan derfor se hen til SPs kommentarer for tolkning.

FNs menneskerettskomité uttaler seg om tolkningen av punkt 3 art. 9 i sin CCPR General Comment No 08. Her går det frem at medlemsstatene skal fastsette presise tidsfrister, men at ”delays must not exceed a few days”.⁴⁶ I forhold til tiden frem til dom beskriver ikke komiteen konvensjonsteksten nærmere enn at varetekt skal være et unntak og ”as short as possible”.⁴⁷ Ettersom art. 10 som nevnt har et eget vilkår for mindreårige, ligger det nært å anta at tidsfristen for disse er enda kortere enn etter art. 9.

Når det gjelder art. 37 b) har Barnekomiteen imidlertid uttalt seg mer konkret om tidsfristene i Generell kommentar nr 10 i punkt 83. Av denne følger det at en kompetent myndighet skal vurdere om frihetsberøvelsen av et barn er i henhold til loven innen 24 timer etter pågrepelse. Deretter skal denne vurderingen skje annenhver uke, og saken skal bringes inn for retten

⁴⁶ Kommentarens punkt 2.

⁴⁷ Kommentarens punkt 3.

senest 30 dager etter varetektsfengsling. Som nevnt i avsnitt 1.3.2 fastsatte Høyesterett i Rt.2009 1261 at det avgjørende for de generelle kommentarenes rettskildemessige vekt er ”hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene.” Ut fra konvensjonens vage ordlyd på dette punktet kan det ikke antas at barnekomiteen har en forståelse av at partene har forpliktet seg til å overholde de nøyaktige tidsfristene som komiteen her fremsetter. Fristene i kommentaren på dette punktet må derfor i større grad sees på som det Høyesterett karakteriserte som en ”tilråding om optimal praksis på konvensjonens område” i motsetning til en tolkningsuttalelse, og må følgelig tillegges mindre betydning ved tolkningen av konvensjonskravet.

Flere land har imidlertid fått kritikk fra barnekomiteen vedrørende sin manglende overholdelse av fristene. I forhold til fengslingens totale lengde uttalte komiteen i sine ”Concluding Observations” til Japan i 2004 at landets dobling av varetektsfengslingens lengde fra fire til åtte uker ikke er i samsvar med konvensjonen.⁴⁸ I forhold til tiden før fengslingsmøte reagerte komiteen på systemet i Irland der barn ned til 10 år kunne bli holdt i syv dager uten tiltale.⁴⁹ I tråd med høyesterettspraksis som nevnt i avsnitt 1.3.2 vil det at barnekomiteen her har vurdert konkrete tilfeller for så å fastslå konvensjonsbrudd tilsi at komiteens uttalelser i konklusjonene har noe større vekt enn uttalelsene i de generelle kommentarene.

5.2 Kravene i norsk rett

5.2.1 Generelt

Som nevnt stiller konvensjonen krav til to ulike tidsfrister når det gjelder varetektsfengsling av mindreårige. Den første gjelder fristen for når et pågrepet barn fremstilles for tingretten til fengslingsmøte, mens den andre fristen relaterer seg til varetektsfengslingens totale lengde og når saken bringes til doms. Innenfor den første fristen er det i norsk rett også en tilleggsfrist for når overføring fra politiarrest til varetektscelle skal skje. I dette avsnittet skal det sees på hvilke frister som gjelder for alle disse ulike situasjonene.

⁴⁸ CRC Committee, Concluding observations : Japan (UN Doc. CRC/C/15/Add.231, 2004) para,53, gjengitt av Sax i Article 37 på side 88.

⁴⁹ Utdrag fra rapporten er gjengitt i UNICEF håndboken på s. 558

5.2.2 Fristen for fremstilling for varetektsfengsling

Fristen for når den pågrepne skal fremstilles for varetektsfengsling følger av strpl. § 183. Før lovendringene i januar 2012 hadde ikke norsk lov egne frister for når mindreårige skulle fremstilles for varetektsfengsling. § 183 anga bare en generell bestemmelse om at fremstilling for tingretten måtte skje ”snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen”⁵⁰. Før ikrafttredelse av en lovendring i 2006 lød imidlertid bestemmelsen annerledes idet den ikke anga noen eksakt lengstefrist, men sa at fremstilling skulle skje ”snarest mulig og så vidt mulig dagen etter pågripelsen”. I forarbeidene til den nye bestemmelsen fra 2006 ble den utvidede fristen blant annet begrunnet med at det ville tjene den pågrepnes interesser, ettersom det ville bli begjært fengsling i færre tilfeller dersom politiet fikk bedre tid til å etterforske før fengslingsmøtet kom opp.⁵¹ I tillegg ble det lagt vekt på at den nye tre-dagers fristen ikke utvidet den eksisterende fristen ettersom denne ikke var absolutt.

I 2010 la departementet fram et høringsnotat⁵² der de redegjør for virkningene av tre-dagers fristen og samtidig forslår å stramme den inn til to dager med mulighet for forlengelse med ytterligere ett døgn i forbindelse med søndager og helligdager. Forslaget var på høring til 1. mars 2011, og er fortsatt til behandling i departementet.

Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet anså begrunnelsen for lovendringen i 2006 som relevant også i forhold til mindreårige. I tillegg fant de at det var svært sjeldent at barn ble fremstilt for varetektsfengsling senere enn et døgn etter pågripelse.⁵³ På bakgrunn av dette foreslo ikke utvalget noen endringer i straffeprosessloven på dette punktet. Departementet var imidlertid av en annen oppfatning enn utvalget idet det mente at gode grunne talte for at fremstillingsfristen for mindreårige burde være kortere enn for voksne.⁵⁴ Selv om en kort frist kan gjøre at det begjæres fengsling i flere saker enn tidligere, antar departementet at politi og påtalemyndighet likevel vil kunne etterforske saken og ta de nødvendige påtalemessige avgjørelser også innenfor en kortere frist. Departementet la derfor vekt på barnekomiteens anbefaling i Generell kommentar nr. 10 og foreslo en at mindreårige skulle fremstilles ”snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen”. Dette er nå ordlyden i strpl. § 183 andre

⁵⁰ Jf. bestemmelsens første ledd

⁵¹ Se Ot.prp. nr.66 (2001-2002) punkt 4.1.7.1

⁵² snr. 201003640

⁵³ NOU'en punkt 9.3.1

⁵⁴ Se Proposisjonens punkt 7.2.4.2

ledd. I bestemmelsens andre punktum går det fram at dersom fristen ender på en helgedag eller en dag likestilt med dette, skal fristen forlenges med én dag.

5.2.3 Fristen for overføring fra politiarrest til varetektscelle

Grunnen til at det finnes frister for når den pågrepne skal overføres fra politiarrest til varetektscelle er at forholdene i de to cellene skiller seg fra hverandre. Politiarresten, eller det som på folkemunne ofte blir omtalt som ”glattcelle”, finnes på politistasjoner eller lensmannskontor og kjennetegnes av en strippet celle uten annet inventar enn en eventuell madrass og et teppe dersom den innsatte skal tilbringe natten der. Den innsatte blir underlagt strenge regler, får ikke motta besøk av andre enn sin advokat og det er ingen eller dårlige muligheter for lufting avhengig av om politistasjonen har egnet personell til dette.

Varetektscellene befinner seg derimot i egne avdelinger i fengslene, er ofte noe større og inneholder seng og andre møbler. I tillegg har de innsatte etter straffegjennomføringsloven § 49 adgang til å delta i arbeid, opplæring eller andre programmer, samt ha fellesskap med andre innsatte etter § 17.

Utvalget tok stilling til gjeldende frister for overføring av den pågrepne fra politiarrest til varetektscelle. Heller ikke her fantes det egne frister for mindreårige. Det følger av forskrift om bruk av politiarrest⁵⁵ at overføring skal skje ”innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig”, jf. § 3-1. Selv om utvalget påpeker at forholdene i politiarresten tilsier at barn oppholder seg her for et kortest mulig tidsrom, forslår ikke utvalget at det innføres egne frister for mindreårige. Grunnen til dette er at de anser det som for vanskelig å overholde ettersom det enkelte steder i landet kan være vanskelig å oppdrive en ledig varetektscelle umiddelbart etter pågripelsen. I tillegg er utvalget av den oppfatningen at overføring av barn skjer så raskt som det praktisk er mulig.⁵⁶

Også på dette punktet skiller departementets oppfatning seg fra utvalgets. Ettersom barn kan ha en annen tidsoppfatning enn voksne, mener departementet at sittediden for barn i politiarrest bør være kortere enn for voksne.⁵⁷ De legger derfor frem forslag om at det innføres et nytt annet punktum i forskriftens § 3-1 om at barn skal overføres til varetektscelle

⁵⁵ Forskrift av 30. juni 2006 nr.749

⁵⁶ Se NOU'ens punkt 9.3.1

⁵⁷ Se proposisjonens punkt 7.2.4.1

”snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen”. Forslaget har per dags dato ikke ført til noen endring i forskriften, og fristen på to døgn er derfor gjeldende rett.

5.2.4 Varetektsfengslings varighet

Straffeprosessloven inneholder ingen bestemmelser som direkte regulerer varetektsfengslings lengde. Den inneholder imidlertid flere bestemmelser som angir ulike frister, men ingen av dem er absolutte.

Av § 249 første og annet ledd følger at tiltalespørsmålet skal avgjøres ”så snart saken er tilstrekkelig forberedt til det” og dessuten ”innen 6 uker etter at vedkommende er å anse som mistenkt i saken” dersom denne var under 18 år på handlingstidspunktet. At fristen ikke er absolutt følger imidlertid av andre ledd, andre punktum der det heter at tiltalespørsmålet kan avgjøres senere ”dersom hensynet til etterforskningen eller andre særlige grunner gjør det nødvendig”. Av § 275 annet ledd følger det videre at hovedforhandling skal avholdes ”så snart som mulig” og at den skal være påbegynt ”innen seks uker etter at saken kom inn til tingretten” dersom den siktede var under 18 år på handlingstidspunktet. Heller ikke denne fristen er imidlertid absolutt ettersom den kan fravikes dersom ”særlige forhold er til hinder”.

Sammenholder man disse bestemmelsene blir utgangspunktet at varetektsfengsling av mindreårige ikke skal vare mer enn 12 uker. Men ettersom fristene ikke er absolutte finnes det flere eksempler på barn som har sittet i varetekt utover 12 uker. Departementet viser i proposisjonen til tall fra 2010 som blant annet viser at to 17-åringer og en 16-åring satt i henholdsvis 94, 117 og 119 dager.⁵⁸

Grunnen til at det ikke er satt noen absolutt frist for den samlede varetektsfengslings lengde, er for å ivareta hensynet til etterforskning i store og kompliserte saker. Utvalget fant at dette hensynet gjør seg gjeldende også i saker der den mistenkte er mindreårig. En absolutt frist måtte derfor være lang nok til å ivareta dette hensynet. Utvalget fryktet at en så lang frist kunne oppfattes som en legitimering av bruk av varetekt overfor barn i lengre perioder enn slik det allerede var. For å få frem viktigheten av at varetektsfengsling av barn unngås foreslo utvalget å innføre egne frister i § 185 i forhold til prøving av fengslingsvilkårene for barn. Departementet støttet utvalget, både når det gjaldt ikke å innføre en absolutt frist, og når det gjaldt lovforslaget. I tillegg påpeker departementet at hyppigere prøvinger vil sikre at politiet

⁵⁸ Se proposisjonens punkt 7.6.1 på side 61

og påtalemyndigheten prioriterer etterforskning i saker som gjelder barn.⁵⁹ Strpl. § 185 har derfor fått et nytt andre ledd som angir en innskrenket frist for hvor ofte fengslingsvilkårene skal prøves. Første gang retten fatter beslutning om fengsling, skal den fastsette en tidsfrist for fengslingen som skal være ”så kort som mulig” og som ikke må overstige to uker. Når fristen løper ut skal vilkårene prøves på nytt, og fengslingen kan da forlenges med inntil to uker av gangen dersom de fortsatt er oppfylt. Før lovendringen sammenfalt også disse fristene med dem som gjelder for personer over 18 år, altså fire uker slik det følger av bestemmelsens første ledd.

5.3 Samsvar

Konvensjonsteksten i seg selv er vag på dette punktet idet den bare krever at fengsling blir benyttet ”for the shortest appropriate period of time”. De nærmere retningslinjene for innholdet i dette følger som nevnt av barnekomiteens uttalelser i kommentar nr. 10. Når det gjelder i hvilken grad norsk rett er i samsvar med konvensjonen vil det også på dette punktet være avgjørende i hvilken grad barnekomiteens uttalelser er bindende for medlemslandene.

I følge kommentar nr. 10 skal fremstilling for videre fengsling skje innen 24 timer etter pågrepelse. Før lovendringen i norsk rett av 2012 var fristen for fremstilling av barn lik den som stadig gjelder for voksne, altså ”snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågripelsen”⁶⁰. Ved å angi tidsfristen på denne måten kan fristen for fremstilling variere veldig ut fra når på døgnet den siktede er pågrepet. I Andenæs ”Norsk Straffeprosess” skrives det om hvordan denne fristen fungerer i praksis.⁶¹ Dersom pågrepelse finner sted før midnatt, for eksempel en mandag klokken 23, tilsier regelen at fremstilling må skje innen torsdag formiddag. Fant pågripelsen sted to timer senere, slik at tidspunktet ble tirsdag kl 01, vil ”den tredje dagen” imidlertid falle på fredag formiddag. Dersom fengslingsmøtet finner sted kl 12. i begge tilfellene gjør dette at fristen i det første tilfellet er på 61 timer, mens den i det andre tilfellet er på hele 83 timer. I begge tilfellene var fristen langt over de 24 timene som barnekomiteen tilråder.

⁵⁹ Jf. proposisjonens punkt 7.6.4 på side 62

⁶⁰ Jf. strpl. § 183 første punktum

⁶¹ 4. utgave, side 296

Med lovendringen av 2012 er regelen nå at fremstilling av barn skal skje ”snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen”⁶². Ved første øyekast kan man tenke seg at ”dagen etter” svarer til barnekomiteens frist på 24 timer. En naturlig ordlydstolkning tilsier imidlertid at man også her må regne på samme måte som ved tredagersfristen. Dersom pågripelse skjer tirsdag klokken 01 vil ”senest dagen etter” tilsvare senest onsdag. Loven inneholder heller ikke noen bestemmelser som tilsier at fengslingsmøtet skal skje på formiddagen slik Andenæs legger til grunn for sin beregning i tilfellet over. I praksis kan det derfor gå opp mot 40 timer før fengslingsmøtet finner sted. I tillegg til dette kommer særregelen i andre ledd andre punktum om at fristen forlenges med én dag dersom den ender på en ”helgedag eller dag som etter lovgivningen er likestilt med helgedag”. Dermed er den lengste mulige fremstillingsfrist andre dagen etter pågripelse, eller altså opp mot 60 timer dersom pågripelse skjer like etter midnatt og fengslingsmøte finner sted den andre dagen klokken 13. Etter dette er fristene i norsk rett fortsatt langt videre enn de barnekomiteen fastslår. Som nevnt må barnekomiteens uttalelse på dette punktet imidlertid tillegges mindre vekt ettersom den vanskelig kan leses som en ren tolkningsuttalelse, men mer som en tilrådning for optimal praksis. I forhold til konvensjonens vide ordlyd må det derfor mer til for å konstatere konvensjonsbrudd. Norge har heller ikke mottatt kritikk fra barnekomiteen på dette punktet.

I forhold til fristene for hvor ofte det skal skje en vurdering av fortsatt frihetsberøvelse krever barnekomiteen som nevnt at dette ”blir gjort regelmessig, fortrinnsvis annenhver uke”⁶³. Den nye regelen i strpl. § 185 andre ledd bestemmer nå at tidsfristen for fengsling ikke kan overstige to uker og at retten deretter kan forlenge fengslingen med inntil to uker av gangen. Fristene på dette punktet stemmer derfor nå overens med barnekomiteens tilrådninger.

Til slutt kommer barnekomiteens tilrådning om at saken barnet er siktet for skal bringes inn for domstolen senest 30 dager etter varetektsfengsling. På dette punktet har vi som nevnt ingen absolutt frist i norsk rett. Dette begrunner både utvalget og departementet med hensynet til å ivareta etterforskningen i store og kompliserte saker. I tillegg nevnes at det å fastsette en endelig frist ville kunne legitimere bruk av varetekt overfor barn i lengre perioder enn slik det allerede er. Det veiledende utgangspunktet for varetektsfengsling av barn følger som nevnt av §§ 249 og 275 og tilsvarer en grense på 12 uker dersom det ikke foreligger særlige forhold. På dette punktet kan man følgelig konstatere at norsk rett skiller seg fra barnekomiteens

⁶² Jf. strpl. § 183 andre ledd

⁶³ Jf. kommentar nr. 10 punkt 83

uttalelser. Også dersom man forholder seg direkte til konvensjonens ordlyd om ”shortest appropriate period of time”, vil jeg anta at det å la et barn sitte i varetekt i tre måneder er utenfor hva som kan aksepteres. Med begrunnelsen nevnt over synes departementet å mene at barn i praksis ikke blir sittende så lenge i varetekt, slik at det derfor ikke er nødvendig å fastsette en absolutt tidsgrense. Det er vanskelig å forstå departementets hensikt når det samtidig trekkes frem flere eksempler på at barn har sittet fengslet i over fire måneder⁶⁴.

⁶⁴ Se note 58

6 Barn som er berøvet sin frihet skal ”holdes atskilt fra voksne”

6.1 Konvensjonens krav

Artikkel 37 bokstav c) angir minimumskrav til hvordan barn som er berøvet sin frihet skal behandles. Første punktum er en relativ vag bestemmelse som fastsetter at barnet skal behandles med medmenneskelighet og med respekt for dets verdighet. Et annet viktig moment som fremgår er at det skal tas hensyn til barnets behov i forhold til dets alder.

Andre punktum presiserer to krav som skal ivaretas for å sikre en trygg behandling av barnet slik det fremgår av første punktum. Sammenhengen mellom andre punktum og prinsippene i første punktum fremgår ved at andre punktum innledes med ordene ”In particular”. Det første er kravet om at barn skal holdes adskilt fra voksne innsatte. Dette skal det sees på her i kapittel 6. Det andre er barnets rett til forbindelse med familien sin som vi vil komme tilbake til i kapittel 7.

Det fremgår av artikkel 37 c) andre punktum at barn som er berøvet sin frihet ”shall be separated from adults unless it is considered in the child’s interest not to do so”. Av kommentar nr. 10 følger det i avsnitt 85 at unntaket som fremgår av bestemmelsen skal tolkes snevert slik at det sjelden vil være aktuelt å plassere barna sammen med voksne. Det presiseres blant annet at slik plassering aldri skal skje fordi det er det ”mest bekvemmelige for staten”. At statene synes dette punktet i konvensjonen er vanskelig å gjennomføre vises tydelig gjennom det store antall stater som har reservert seg mot kravet. Nesten alle reservasjoner relatert til art. 37 b) c) og d) dreier seg om dette punktet.⁶⁵Begrunnelsene svinger mellom at den enkelte stat ikke ser på separasjonen som formålstjenelig, at det ikke finnes ressurser til å overholde kravet, eller en blanding mellom disse to begrunnelsene. Av de nordiske landene har for eksempel Island reservert seg.

Hva er så begrunnelsen for kravet om å separere frihetsberøvede barn fra voksne? Kommentar nr. 10 begrunner dette med følgende setning: ”Det er godt dokumentert at plassering av barn i

⁶⁵ Sax, article 37, side 92

fengsler for voksne setter barnas grunnleggende sikkerhet og deres velferd i fare, øker faren for tilbakefall og reduserer deres muligheter til å bli reintegrert i samfunnet”. For det første har komiteen altså lagt vekt på at barn kan være utsatt for risiko og fare dersom de omgås voksne innsatte. Dette kan umiddelbart synes å være et viktig argument. Det er imidlertid verdt å merke seg at komiteen her ikke har brydd seg med å gjøre noen forskjell på ulike typer kriminelle. Både voldsforbrytere og økonomisk kriminelle utgjør etter komiteens mening en tilsynelatende like stor fare for barnet. For det andre mener komiteen at separasjon er gunstig med hensyn til barnets fremtidige adferd. Man frykter at barnet vil tilknytte seg kontakter av negativ karakter og dermed lettere kunne komme inn i kriminelle miljøer når de slipper ut av fengselet. I praksis er det nok denne delen av begrunnelsen som har mest for seg, i hvert fall sett med norske fengsler for øye.

6.2 Norsk rett

Da Norge skulle ratifisere barnekonvensjonen i 1991 vurderte også vi å reservere oss mot dette punktet av bestemmelsen. Norsk rettssystem hadde dårlige erfaringer med reaksjonen ungdomsfengsel som gjennom den såkalte ungdomsreaksjonsloven⁶⁶ av 1965 erstattet den gamle arbeidsskolen. Etter massiv kritikk ble ungdomsfengslene avviklet i 1975 og frykten for å gjeninnføre noe lignende stod nok sterkt ved vurderingen av hvorvidt Norge skulle reservere seg mot bestemmelsen i barnekonvensjonen. Når Norge likevel valgte ikke å reservere seg var dette på bakgrunn av en vurdering om at det var hensynet til barnets beste som lå til grunn for avviklingen av ungdomsfengselet og at ” den norske ordning i hovedsak var i samsvar med konvensjonens intensjoner”⁶⁷.

På bakgrunn av dette inneholder ikke norsk rett noen bestemmelser som sier at barn skal sitte varetektsfengslet adskilt fra voksne. Det finnes heller ingen regler som skiller varetektsfengslede fra domsinnsatte. Av proposisjonen fremgår det i punkt 7.7.1 at dette videre er begrunnet i ”prinsippet om at innsatte så langt som mulig skal sitte fengslet i nærheten av hjemstedet, for å motvirke sosial isolasjon og legge til rette for kontakt med familien og nærmiljøet”. Situasjonen i Norge er noe spesiell på grunn av at den lave befolkningstettheten vi har ville medføre at barn måtte sitte fengslet alene dersom både nærhetsprinsippet og kravet om separasjon fra voksne skulle ivaretas.

⁶⁶ Lov 9. april 1965 nr 3 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrøytarar

⁶⁷ NOU 1993:18 s. 50

Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet kommer i NOU'en med forslag om å opprette egne enheter som skal prioritere unge innsatte, men som også skal ta imot enkelte andre eldre innsatte. Det heter i NOU'ens punkt 9.6.3.1 at formålet er ”å sette sammen en gruppe innsatte som kan ha stabiliserende og positiv innvirkning på hverandre.” Disse enhetene skal i første rekke prioritere barn som gjennomfører straff og det påpekes at det kan være problematisk å plassere varetektsfengslede barn i samme enhet. Utvalget mener imidlertid at muligheten ikke bør avskjæres uten at det er prøvd. Departementet støtter i proposisjonens punkt 11.6.3 utvalget i at enheten også bør kunne ta i mot varetektsinnsatte, men under forutsetning av at doms- og varetektsinnsatte skilles. Videre stiller departementet seg svært negativt til at enheten også skal ta imot eldre ungdom over 18 år og det pekes her på kravet i barnekonvensjonen. Mens utvalget ønsker én enhet i hver av kriminalomsorgens seks regioner med seks plasser i hver, påpeker departementet at dette ville utgjøre langt flere plasser enn det som er nødvendig. Departementet vil derfor begrense kapasiteten til ti plasser fordelt på to enheter, en som allerede er i drift i Bergen, og en som er planlagt på Østlandet. I tilknytning til hver enhet foreslås det videre å opprette tverrfaglige team som skal sikre at barnets behov ivaretas på best mulig måte, både ved tilrettelegging i fengselet og ved oppfølging etter løslatelse. I tilknytning til Ungdomsenheten i Bergen var et slikt team allerede under etablering i 2010 og basert på erfaringer fra dette teamet ville det vurderes hva som var det mest hensiktsmessige ved sammensetningen av et team tilknyttet Ungdomsenheten på Østlandet.

Ettersom det bare er planer om to slike ungdomsenheter i Norge med til sammen ti plasser, vil fortsatt mange barn som varetektsfengsles eller som skal sone måtte plasseres i ordinære fengsler. Et mål er derfor at de tverrfaglige teamene tilknyttet Ungdomsenhetene også skal ha et faglig oppfølgingsansvar overfor disse barna. På denne måten vil opprettelsen av Ungdomsenhetene få en positiv innvirkning også på barn som ikke direkte får benytte seg av disse anstaltene.

Med bakgrunn i utvalgets forslag og departementets justeringer fikk straffegjennomføringsloven⁶⁸ en ny § 10 a som angir særregler for unge innsatte. Her heter det at fengselsoppholdet skal tilrettelegges etter barnets behov og at ”Enheter som opprettes spesielt for innsatte under 18 år skal ha et tverretatlig team som skal ivareta de unges behov under straffegjennomføringen og forberede tiden etter løslatelse”.

⁶⁸ Lov 18.mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff

Per i dag er Ungdomsenheten på Østlandet fortsatt på et planleggingsstadium, men i mars 2011 startet ungdomstiltaket i Oslo fengsel som et strakstiltak i påvente av Ungdomsenheten. Dette er et tiltak der de yngre innsatte gis tilbud som er skjermet fra de innsatte. Statbygg gikk høst 2011 ut til 100 kommuner på Østlandet og ba om forslag til eiendommer som kunne huse den nye ungdomsenheten og Kriminalomsorgen skrev på sine nettsider i januar 2012 at 38 kommuner hadde kommet med forslag.⁶⁹ Ungdomsenheten til Bjørgvin fengsel har siden høsten 2009 hatt midlertidige lokaler i Bergen fengsel, hvorav to plasser befinner seg inne på lukket avdeling og to i avdeling D utenfor murene. Ungdomsenheten i Bergen skal evalueres ved utløpet av 2013.

6.3 Samsvar

Norge har altså lenge vært ett av de landene som har ment at det å holde varetektsfengslede og fengslede barn adskilt fra voksne fanger ikke var formålstjenelig. Med begrunnelse i prinsippet om barnets beste har Norge derfor ment at vi har overholdt barnekonvensjonen selv om vi ikke har imøtekommet kravet om separasjon. De siste årene ser vi imidlertid at Norge har gjennomgått et systemskifte på dette punktet og NOU'en og proposisjonen viser at det er stor interesse for å opprette egne Ungdomsenheter for å ivareta barns særlige behov ved fengsling og varetektsfengsling.

I hvilken grad vil det så medføre riktighet å si at Norge har overholdt konvensjonen på dette punktet gjennom å handle i tråd med det vi selv mener er barnets beste? Prinsippet om barnets beste skal som kjent gjennomsyre all tolkning av barnekonvensjonen, og alle bestemmelsene er gitt med dette for øyet. I dette tilfellet er det imidlertid ikke snakk om å benytte prinsippet for å tolke seg frem til innholdet i konvensjonens krav. Konvensjonsteksten har en klar ordlyd som tilsier at barn ”skal [...] holdes atskilt fra voksne”. Deretter angir konvensjonen en snever⁷⁰ unntaksregel om at dette kan fravikes dersom ”det motsatte anses å være det beste for barnet”. Gjennom uttalelsen ved ratifiseringen gjengitt over i avsnitt 6.2, synes det umiddelbart som om Norge har lagt til grunn at det motsatte alltid vil være det beste for barnet, og at unntaket skal fungere som en hovedregel.

⁶⁹ <http://www.kriminalomsorgen.no/kommuner-oensker-ungdomsfengsel.5011395-237613.html>

⁷⁰ Jf. det som er sagt om kommentar nr. 10 over i avsnitt 6.1.

I en kjennelse fra Agder lagmannsrett av 22. mars 2004⁷¹ var spørsmålet nettopp hvorvidt det var et brudd på barnekonvensjonens artikkel 37 c) at en mindreårig gutt var plassert i varetekt sammen med tunge rusmisbrukere og belastede kriminelle. Lagmannsretten uttalte da at de var enige i at barnekonvensjonens art. 37 c) ”i utgangspunktet ville gjera seg gjeldande i dette tilfellet”. Når retten ikke konstaterte konvensjonsbrudd var det fordi den la avgjørende vekt på at hovedforhandling var satt opp innen få dager, og at fengsling var nødvendig for å hindre nye lovbrudd. Kjennelsen opprettholdes av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt.2004 s. 545. Også i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett fra 2007⁷² blir forholdet til art. 37 c) påpekt av forsvaret når en 16 år gammel gutt blir varetektsfengslet sammen med voksne i en narkotikasak. Lagmannsretten bemerker til dette at Norge ikke har egne ungdomsfengsler og at det var hensynet til lovovertrederens beste som lå til grunn for avviklingen av disse. Deretter sier retten videre noe lettvint at ”I forbindelse med Norges ratifisering av barnekonvensjonen la derfor Stortinget til grunn at det ikke var nødvendig å ta forbehold med hensyn til artikkel 37 bokstav c.”⁷³ Dertil kommer at ”Lagmannsretten kan ikke se at det er opplyst om forhold i fengselet i Fredrikstad som gjør at fengslingen av A er i strid med denne bestemmelse”.

De to kjennelsene viser at retten foretar en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, og at det dermed vil kunne forekomme tilfeller der fengsling av barn sammen med voksne kan bli ansett som konvensjonsbrudd. Likevel synes avgjørelsene å støtte opp under påstanden om at fengsling sammen voksne er hovedregelen og at atskillelse krever spesielle grunner.

At Norge ikke tilfredsstillter konvensjonskravene på dette punktet vises også gjennom tilbakemeldingene fra FNs Barnekomité. Senest i Concluding Observations fra 2010 uttales det i avsnitt 57⁷⁴ at “the Committee is concerned that there has been an increase in the number of imprisoned children and that these children are not detained separately from adult inmates.” Norge oppfordres i det videre til å “Make sure that children are held separately from adults both in pre-trial detention and after being sentenced;” Barnekomiteens konklusjoner fra 2010 bygger på Norges rapport av 2008⁷⁵. Av denne går det bare kort frem at det er fremmet

⁷¹ Se 04-009980-KST-ALAG gjengitt av Fornes i artikkelen ”Varetektsfengsling av barn” i Kritisk Juss nr. 2, 2006.

⁷² LB-2006-130188 - RG-2007-160

⁷³ Se kjennelsens 9. avsnitt

⁷⁴ <http://www.galdu.org/govat/doc/crcnorca4.pdf>

⁷⁵ http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Rapporter/2008/Barnets_rettigheter.pdf

en Stortingsmelding⁷⁶ der det foreslås opprettet ”et spesialtilpasset tilbud for fengsels- og varetektsinnsatte barn og unge under 18 år”⁷⁷. Dette er den samme stortingsmeldingen som utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet har fått sitt mandat fra, og som forslaget om ungdomsenheter følgelig har sitt utspring fra. Når barnekomiteen ikke bemerker noe i forhold til dette punktet i Norges rapport, kommer det trolig av at forslaget var på et svært tidlig stadium og at det ikke kunne vises til noen konkrete planer. Hvorvidt responsen fra barnekomiteen vil være bedret etter neste rapport i 2013 gjenstår å se. Som nevnt vil det imidlertid være umulig i et land som Norge med til enhver tid 10 fengslede barn å sørge for at disse plasseres sammen, samtidig som alle skal plasseres i nærheten av familien sin. Særlig vil dette gjelde for varetektsfengslede barn når disse i tillegg ikke skal plasseres sammen med domfelte barn.

⁷⁶ St.mld. nr 20 (2005-2006)

⁷⁷ http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Rapporter/2008/Barnets_rettigheter.pdf punkt 490.

7 Barn som er berøvet sin frihet skal ha “rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie”

7.1 Konvensjonens krav

Artikkel 37 c) andre setning sier videre at frihetsberøvede barn “shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.” Sax⁷⁸ skriver at unntaket ”save in exceptional circumstances” ble satt inn med tanke på de tilfeller der barnets kontakt med foreldrene ville ha negative innvirkning på barnets situasjon. Unntaket må med andre ord tolkes i tråd med prinsippet om barnets beste. I Kommentar nr. 10 uttales det om dette at ”eventuelle spesielle forhold som kan begrense denne kontakten, skal være tydelig beskrevet i loven, og ikke overlates til de ansvarlige myndigheter å vurdere”⁷⁹.

Kontakten med familien skal altså opprettholdes gjennom brevveksling og besøk. For at det siste skal være gjennomførbart er det avgjørende at barnet plasseres ”så nær familiens bosted som mulig”⁸⁰ slik det også går frem av kommentar nr. 10.

7.2 Kravene i norsk rett

Før lovendringen dro ikke norsk lov noe skille mellom mindreårige og voksne på dette punktet. Straffeprosessloven § 186 andre ledd fastsatte at retten kunne ”..i den utstrekning hensynet til etterforskningen i saken tilsier det, ved kjennelse bestemme at den fengslede ikke skal kunne motta besøk eller sende eller motta brev eller annen sending..”.

Straffeprosessloven åpnet altså for at forbudet i barnekonvensjonen kunne settes til side. Bestemmelsen måtte imidlertid tolkes i lys av menneskerettsloven § 3 som tilsier at barnekonvensjonens bestemmelser ville gå foran dersom det forelå motstrid.

Utvalget mot alvorlig ungdomskriminalitet foreslo i NOU’en⁸¹ å endre straffeprosesslovens § 186 slik at brev- og besøksforbud overfor nær familie ikke skulle kunne benyttes der siktede

⁷⁸ Article 37, s. 93, avsnitt 147

⁷⁹ Kommentar 10, avsnitt 87

⁸⁰ Kommentar 10, avsnitt 87

er mindreårig. Departementet er enig med utvalgets forslag, men påpeker at det unntaksvis kan være behov for brev- og besøksforbud i saker der familiemedlemmer mistenkes for å ha begått kriminelle handlinger sammen.⁸² Departementet mener imidlertid at en reservasjon mot slike tilfeller lar seg gjøre i og med barnekonvensjonens ordlyd som gir mulighet for brev- og besøksforbud ”under særlige omstendigheter”. Proposisjonen viser i denne forbindelse til at også enkelte av de andre nordiske landene har tilsvarende unntak. Straffeprosesslovens § 186 andre ledd har nå fått nytt tredje og fjerde punktum som lyder som følger: ”Fengslede under 18 år skal kunne motta besøk av, eller sende eller motta brev fra, nær familie, med mindre det foreligger særlige omstendigheter. ”

7.3 Samsvar

Ordlyden i det nye tredje punktum i strpl. § 186 andre ledd skiller seg fra konvensjonens ordlyd på to små punkter. For det første bruker § 186 ordlyden ”eller” der konvensjonen skriver ”og”. Etter sin ordlyd gir § 186 dermed den fengslede rett til å motta besøk *eller* sende *eller* motta brev. Det er imidlertid lite trolig at departementet har ment dette bokstavelig slik at den fengslede må velge mellom disse ulike kontaktformene. I alle fall vil en ”fra det mer til det mindre”- teori tale for at der den fengslede får ta imot besøk får han/hun også motta brev.

For det andre skal besøk og brevveksling etter konvensjonen ivareta den fengsledes forbindelse ”med sin familie”, mens strpl. § 186 på dette punktet bruker den snevrere ordlyden ”nær familie”. I departementets merknad⁸³ til bestemmelsen angis at det med begrepet ”nær familie” skal forstås ”foreldre eller søsken eller andre familiemedlemmer som har en særlig tilknytning til den fengslede”. I tillegg skal også ”andre foresatte” omfattes. I praksis vil trolig ordlyden i § 186 omfatte de samme personer som ordlyden i barnekonvensjonen ettersom mange vil kunne falle inn under den noe vage gruppen ”familiemedlemmer som har en særlig tilknytning til den fengslede”.

Dersom det i et konkret tilfelle skulle oppstå konflikt mellom de to bestemmelsene slik at bestemmelsen i barnekonvensjonen viser seg å gi bedre rettigheter enn den nye bestemmelsen i strpl. § 186, vil trolig en utvidende tolkning av ordlyden i § 186 i tråd med prinsippet om

⁸¹ NOU 2008:15 i punkt 9.4.3

⁸² Prop. 135 L i punkt 7.7.2.4

⁸³ Prop. 135 L i punkt 14.4

barnets beste kunne løse situasjonen. Om direkte motstrid skulle finnes å foreligge vil den nevnte § 3 i menneskerettsloven føre til at konvensjonens ordlyd går foran strpl. § 186.

8 Konklusjon

Oppgaven har tatt for seg ulike punkter der FNs barnekonvensjon artikkel 37 b) og c) stiller krav til de prosessuelle reglene for varetektsfengsling av mindreårige i norsk lovgivning. Som oppgaven har vist må norsk rett stort sett ansees for å være i samsvar med barnekonvensjonens krav. Særlig gjelder dette etter lovendringene av januar 2012 som har gitt barn i konflikt med loven et større vern enn tidligere. I kapittel 4 så vi at lovendringene har medført et bedre samarbeid mellom justismyndigheter og barnevernstjenesten idet barnevernet i større grad enn tidligere skal trekkes inn i situasjoner der barn er i konflikt med loven. På denne måten sikres det i enda høyere grad enn før at alternative tiltak til fengsling blir vurdert. Også når det gjelder varetektsfengslede barns muligheter til å opprettholde forbindelse med familien så vi at lovendringene har gitt barna større rettigheter idet det nå skal svært mye til for å ilegge mindreårige brev- og besøksforbud.

Imidlertid finnes det fortsatt områder der norsk rett strider mot barnekomiteens tilrådninger, og det er også påpekt enkelttilfeller der norsk rett synes å være direkte i strid med konvensjonens ordlyd. Særlig uheldig er det at norsk rett mangler en absolutt maksimumsgrense for hvor lenge barn kan sitte varetektsfengslet slik vi så i kapittel 5. I tillegg kommer problemet med at norske barn sitter fengslet sammen med voksne som vi så på i kapittel 6. På dette siste punktet er det imidlertid i ferd med å skje en utvikling ettersom det nå er opprettet en egen ungdomsenhet i Bergen, samtidig som arbeidet med ungdomsenheten på Østlandet er iverksatt. Hvorvidt en slik fengslingsmulighet i praksis vil føre til reduksjon i antall barn som sitter fengslet sammen med voksne, og hvorvidt konkrete krav på området i fremtiden vil inntas i loven, gjenstår imidlertid å se.

Litteraturliste

Lover, konvensjoner og lovforarbeider

- Almindelig Borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (Straffeloven)
- Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (SP), inntatt som vedlegg 5 (autentisk engelsk tekst) og vedlegg 6 (norsk oversettelse) i lov av 21. mai 1999 nr. 20 (menneskerettsloven)
- Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) inntatt som vedlegg 1 (autentisk engelsk tekst) og vedlegg 2 (norsk oversettelse) i lov av 21. mai 1999 nr. 20 (menneskerettsloven)
- FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) – inntatt som vedlegg 7 (autentisk engelsk tekst) og vedlegg 8 (norsk oversettelse) i lov av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven)
 - o Også tilgjengelig her:
http://www.regjeringen.no/upload/kilde/bfd/bro/2004/0004/ddd/pdfv/178931-fns_barnekonvensjon.pdf
- Forskrift om bruk av politiarrest FOR-2006-06-30-749
- Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, (Rettighetsforskriften) FOR-2011-11-15-1103
- Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige (vergemålsloven)
- Lov 9. april 1965 nr. 3 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrytarar
- Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
- Lov 17. juli 1992. nr. 100 om barneverntjenester
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) med vedlegg.
- Lov 18.mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (Straffeloven)
- Lov Angaaende Forbrydelser (kriminalloven) av 1842
- NOU 2008:15 ”Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll”
- NOU 1993:18 s. 50 ”Lovgivning om menneskerettigheter”
- Ot.prp.nr. 26 (1986-1987) ”Om lov om endringer i straffeloven m m (heving av den kriminelle lavalder)”

- Ot.prp. nr.66 (2001-2002) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)*
- Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) *Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)*
- Ot.prp.nr.104 (2008-2009) *Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)*
- Prop. 135 L (2010-2011) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) ”*Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)*”
- Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23. May 1969, (Wienkonvensjonen) United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.
 - o Tilgjengelig her: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf
- United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency. (The Riyadh-guidelines) Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/112 of 14 December 1990
 - o Tilgjengelig her: <http://www2.ohchr.org/english/law/juvenile.htm>
- United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, (Havana-Rules), Adopted by General Assembly resolution 45/113 of 14 December 1990.
 - o Tilgjengelig her: http://www2.ohchr.org/english/law/res45_113.htm
- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985 29.
 - o Tilgjengelig her: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/beijingrules.pdf>
-

Dommer og kjennelser

- European Court of Human Rights. *Case of Tyrer v. The United Kingdom*. 25.04.1978. Application No. 5856/72.
- RG.2007.160
- Rt.1990.196
- Rt. 1993.1302

- Rt.1999.2080
- Rt.2000.822
- Rt.2004.545
- Rt. 2004.804
- Rt.2004.1655
- Rt.2007.333
- Rt.2009.1261

Litteratur

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave 2007, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS
- Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, 4.utgave, 2. opplag 2010, Universitetsforlaget
- Fornes, Ingun, *Varetektsfengsling av barn*, artikkel publisert i *Kritisk Juss* nr. 2 2006, s. 87-107.
- Gisle, Jon m.fl., *Jusleksikon*, 2. utgave, 2. opplag, 2005, Kunnskapsforlaget Aschehoug og Gyldendal
- Hodgkin, Rachel og Newell Peter for UNICEF, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. Utgave, New York, 2007.
- Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg Kirsten (red), *Barnekonvensjonen Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave 2012, Universitetsforlaget.
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 3. utgave 2006, Universitetsforlaget.
- Sax, Helmut og Schabas, William, *Article 37 Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinius Nijhoff Publishers, Leiden, 2006)
- Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn Sten og Kolstad, Olav, *EØS-Rett*, 2. utgave, 3. opplag 2007, Universitetsforlaget.

Øvrige kilder

- *Barnets rettigheter, Norges fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter*, 2008
 - o Tilgjengelig her:
http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Rapporter/2008/Barnets_rettigheter.pdf
- Committee on the Rights of the Child, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding Observations: Norway*, Fifty-third session, 11-29 January 2010
- Komiteen for Barnets Rettigheter, *Generell Kommentar nr. 10 (2007), Rettighetene til barn som er i konflikt med loven*, Komiteens førtifjerde sesjon, Genève, 15. januar – 2. februar 2007
- Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 8, Right to liberty and security of persons*, Sixteenth session, 30.06.1982.
- Statistisk sentralbyrås nettsider. Søk foretatt den
 - o <http://www.ssb.no/fengsling/arkiv/tab-1999-12-16-50.html>
 - o http://www.ssb.no/0305/a_krim_tab/tab/tab-2012-03-08-57.html
- St.mld. nr 20 (2005-2006)