

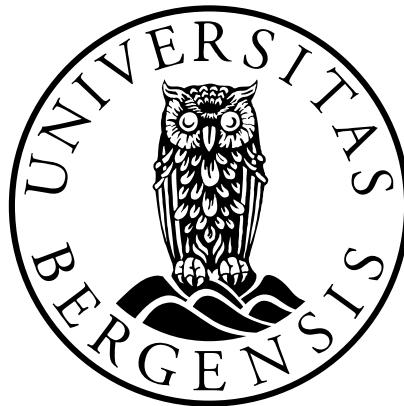
Adgangen til å idømme barn  
ubetinget fengselsstraff i norsk  
strafferett sett i lys av FNs  
Barnekonvensjon

*Hensynet til barnets beste som materiell  
begrensning*

Kandidatnummer: 198917

Veileder: Bjarte Aarlie

Antall ord: 14 901



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02. juni 2014

## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Innledning</b> .....	<b>4</b>
1.1	Problemstilling .....	4
1.2	Problemstillingens aktualitet .....	5
1.3	Rettskilder og metode .....	6
1.4	Videre fremstilling.....	8
<b>2</b>	<b>Straff og straffens begrunnelse</b> .....	<b>9</b>
2.1	Hva er straff?.....	9
2.2	Straffens formål.....	11
2.2.1	Innledning.....	11
2.2.2	Absolutte straffeteorier.....	11
2.2.3	Relative straffeteorier .....	12
2.2.4	Straffens formål i norsk rett.....	12
2.3	Straffens virkninger .....	13
2.3.1	Innledning.....	13
2.3.2	Allmennpreventive virkninger.....	13
2.3.3	Individualpreventive virkninger.....	15
2.3.4	Uønskede virkninger av straff.....	16
2.4	Begrunnelsen for bruk av ubetinget fengselsstraff overfor barn.....	17
<b>3</b>	<b>Straffutmåling og betydningen av lav alder i straffutmålingen forut for FNs Barnekonvensjon</b> .....	<b>20</b>
3.1	Innledning .....	20
3.2	Prinsippet om individuell straffutmåling .....	20
3.2.1	Innledning.....	21
3.2.2	Veiledende lovbestemmelser .....	21
3.2.3	Grunnleggende straffutmålingshensyn .....	22
3.2.4	Straffutmålingstradisjonen.....	22
3.2.5	Oppsummering.....	24
3.3	Betydningen av lav alder i straffutmålingen .....	24
3.3.1	Innledning.....	24
3.3.2	Straffnedsettelse for lovbrutere under 18 år.....	24
3.3.3	Lav alder som straffutmålingsmoment .....	25
3.3.4	Oppsummering.....	26
<b>4</b>	<b>Norges forpliktelser etter FNs Barnekonvensjon</b> .....	<b>26</b>
4.1	Innledning .....	26
4.2	Barnekonvensjonens ikrafttredelse .....	27
4.3	Barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste i straffutmålingen.....	28
4.3.1	Innledning.....	28
4.3.2	Anvendelsesområdet til hensynet til barnets beste .....	29
4.3.3	Innholdet av hensynet til barnets beste .....	30
4.3.4	Hensynet til barnets beste – et forbud mot frihetsstraff? .....	31
4.3.5	Barnekonvensjonen art.37(b).....	33
<b>5</b>	<b>Adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett</b> .....	<b>35</b>
5.1	Forholdet mellom norsk rett og folkeretten.....	35

<b>5.2 Adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff etter den norske straffeloven.....</b>	<b>36</b>
5.2.1 Innledning.....	36
5.2.2 Vilkårene for å idømme barn ubetinget fengsel i strl.§18.....	36
5.2.3 Ungdomsstraffen og dens betydning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff.....	39
5.2.4 Forholdet mellom lovendringen og Rt.2010s.1313 .....	41
<b>5.3 Gjeldende rett.....</b>	<b>45</b>
5.3.1 Rettstilstanden på området.....	45
5.3.2 ”Særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” i rettspraksis.....	47
5.3.3 Hensynet til barnets beste i rettspraksis.....	52
5.3.4 Oppsummering.....	54
<b>6 Avslutning.....</b>	<b>55</b>
<b>Litteraturliste:.....</b>	<b>57</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

Oppgaven omhandler adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk strafferett sett i lys av FNs Barnekonvensjon. Hovedproblemstillingen er hvilke materielle begrensninger hensynet til barnets beste setter for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

Med barn menes lovbrøyttere som er over den kriminelle lavalder (15 år) og under myndighetsalder (18 år).<sup>1</sup> Dette samsvarer med definisjonen av barn i FNs Barnekonvensjon art.1.<sup>2</sup> Der det i oppgaven refereres til ”barn, ”mindreårige”, ”unge lovbrøyttere” eller ”lovbrøyttere under 18 år” menes det barn i henhold til denne definisjonen.

Grunnlaget for problemstillingen er interessekonflikten som foreligger ved valg av straffereaksjon overfor barn. Denne viser seg særlig i tilfeller der barn har begått gjentatte eller alvorlige lovbrudd, som for voksne normalt medfører ubetinget fengselsstraff. I slike tilfeller taler grunnleggende strafferettslige hensyn for å fengsle lovbrøytteren. Samtidig er det lang tradisjon i norsk rett for at barn ikke skal straffes på samme måte som voksne. Man ser med dette at det i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff fremtrer en interessekonflikt mellom hensynene som taler for fengsel og hensynet til en forsvarlig behandling av barn.

Ved ratifikasjon av Barnekonvensjonen ble det lovfestet at det skal tas hensyn til barnets beste ved valg av straffereaksjon overfor barn.<sup>3</sup> Interessant for oppgaven er hvilken betydning lovfestingen av hensynet til barnets beste har hatt for interesseavveiningen i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff.

I oppgaven vil jeg vurdere hensynet til barnets beste i forhold til materielle rettigheter i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff. En del av vurderingen vil gjelde spørsmålet om hensynet til barnets beste innebærer et absolutt forbud mot å

---

<sup>1</sup> Straffeloven 1902 (strl.) § 46 og Vergemålsloven 2010 (vgml.) § 2 fjerde ledd.

<sup>2</sup> Convention on the Rights of the Child (CRC) art.1.

<sup>3</sup> CRC art.3.

idømme barn ubetinget fengsel. Dersom et forbud mot fengsling ikke kan forsvares er det interessant å se hen til hvilke materielle begrensninger hensynet setter for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Gjennom behandling av de overnevnte problemstillingene skal jeg fremstille terskelen for å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett.

## **1.2 Problemstillingens aktualitet**

Regjeringen i Norge har i lang tid arbeidet med barne- og ungdomskriminalitet. Det overordnede målet har vært at ingen barn skal sone straff i fengsel.<sup>4</sup>

Som et ledd i arbeidet med ungdomskriminalitet har Norge ratifisert FNs Barnekonvensjon. Barnekonvensjonen inneholder forpliktelser for Norge i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff.<sup>5</sup>

De største deler av barne- og ungdomskriminaliteten dreier seg riktignok om mindre alvorlige lovbrudd der det ikke blir spørsmål om ubetinget fengselsstraff. Det hender for øvrig at barn begår alvorlig eller gjentatt kriminalitet som aktualiserer spørsmålet om ubetinget fengselsstraff. En aktuell sak på området er barneranssaken som var oppe for Oslo Tingrett 27.februar 2014.<sup>6</sup> I denne saken ble 18 lovbrøyttere, hvorav flere var under 18 år, dømt for ransforbrytelser. Lovbrøytterne som var under 18 år ble stort sett idømt samfunnsstraff. Dommen illustrerer allikevel alvorlig ungdomskriminalitet som igjen aktualiserer terskelen for å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

Der barn i Norge begår alvorlig eller gjentatt kriminalitet hender det at de idømmes ubetinget fengselsstraff. Statistikk fra Kriminalomsorgen viser at antallet barn i norske fengsler varierer. I 2007 ble det registrert 55 innsettelse av unge lovbrøyttere, mens det i 2012 var 70 registrerte innsettelse i norske fengsler.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.9.

<sup>5</sup> CRC art.3, jfr. art.37(b).

<sup>6</sup> Saksnr: 13-170854MED-OTIR/07. Noen av de domfelte har anket straffutmålingen til Lagmannsretten.

<sup>7</sup> Kriminalomsorgens årsstatistikk, 2012, s.40.

I 2010 fikk Norge kritikk fra FNs Barnekomité (”Barnekomiteen”) for at antallet barn i norske fengsler hadde økt.<sup>8</sup> Barnekomiteen er Barnekonvensjonens kontrollorgan som, i tillegg til å utgi tolkningsuttalelser til konvensjonsbestemmelsene, vurderer hvorvidt konvensjonsstatene overholder sine konvensjonsforpliktelser.<sup>9</sup> I kritikken ble det også påpekt at Norge burde øke sin implementering av hensynet til barnets beste der barn er i konflikt med loven.<sup>10</sup>

For å imøtekomme kritikken har Regjeringen blant annet foretatt endringer i straffeloven.<sup>11</sup> Da oppgaven omhandler ubetinget fengselsstraff vil det fokuseres på de endringene som har blitt gjort når det gjelder denne straffereaksjonen. En slik endring er blant annet at det har blitt innført en ny lovbestemmelse som uttrykkelig regulerer adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff.<sup>12</sup> I tillegg har det blitt innført en ny straffereaksjon – ungdomsstraff – som er ment å erstatte de strengeste samfunnsstraffene og noen tilfeller der det idømmes ubetinget fengselsstraff.<sup>13</sup>

Ved at disse nye lovbestemmelsene er innført som utslag av Norges forpliktelser etter Barnekonvensjonen må de også tolkes i lys av disse. Lovendringen aktualiserer dermed spørsmålet om innholdet av Norges forpliktelser etter Barnekonvensjonen.

### **1.3 Rettskilder og metode**

Fremstillingen er en deskriptiv analyse av gjeldende rett. Analysen vil ta utgangspunkt i både konvensjonelle rettskilder og norske lovbestemmelser sett i lys av forarbeider og rettspraksis. Dette er fordi hensynet til barnets beste som begrensning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff er regulert to plasser. Det finnes både hjemmel i Barnekonvensjonen som er direkte inkorporert i norsk lovgivning og i straffeloven. Lovbestemmelsene i straffeloven er i tillegg et utslag av Norges forpliktelser etter Barnekonvensjonen slik at de konvensjonelle rettskildene vil ha tolkningsverdi for å klarlegge innholdet i lovbestemmelsene.

---

<sup>8</sup> Concluding observations: Norway (2010) avsnitt 58.

<sup>9</sup> CRC art.43 og art.44.

<sup>10</sup> Concluding observations: Norway (2010) avsnitt 58.

<sup>11</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.14.

<sup>12</sup> Strl.§18.

<sup>13</sup> Strl.§28(c).

De sentrale konvensjonelle rettskildene i oppgaven er den naturlige forståelsen av artiklene i FNs Barnekonvensjon ("Barnekonvensjonen").<sup>14</sup> Det er den engelskspråklige versjonen av Barnekonvensjonen og dens tilhørende konvensjonelle kilder som legges til grunn. Dette er fordi det er den engelske versjonen av Barnekonvensjonen som er autoritativ. Det vil for øvrig bli sett hen til den norske versjonen av Barnekonvensjonen for veiledning.

Ved analyse av adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff er særlig art.3 og art.37(b) sentrale. Også art.40 regulerer behandlingen av barn i straffesaksprosessen. Denne bestemmelsen er imidlertid ikke en materiell regel som styrer valg av straffereaksjon. Bestemmelsen har mer karakter av å være en prosessuell bestemmelse som sikrer at barnet blir forsvarlig behandlet i straffesaksprosessen. I det oppgaven omhandler de grensene Barnekonvensjonen setter for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff vil bestemmelsen holdes utenfor fremstillingen.

Da flere av konvensjonsbestemmelsene er vagt utformet vil en språklig fortolkning ofte gi begrenset veiledning. Konvensjonsbestemmelsene skal for øvrig også tolkes i samsvar med Barnekonvensjonens "object and purpose".<sup>15</sup> Oversatt til norsk innebærer dette at konvensjonsbestemmelsene skal tolkes i samsvar med Barnekonvensjonens gjenstand og formål. Nærmere bestemt innebærer dette at konvensjonen skal tolkes som en helhet.

I tillegg til de generelle tolkningsreglene over har Barnekomitéen utarbeidet tolkningsuttalelser ("General Comments") til de ulike artiklene i Barnekonvensjonen. Disse tolkningsuttalelsene er ikke juridisk bindende for medlemsstatene. Tolkningsuttalelsene samsvarer for øvrig med grunnleggende folkerettslig metode og har blitt ansett å ha stor vekt i norsk rett.<sup>16</sup>

I spørsmålet om adgangen til å idømme unge lovbyrtere ubetinget fengselsstraff er det særlig to General Comments fra Barnekomiteen som er av interesse. Dette er General Comment No.10 (2007) om "Childrens Rights in Juvenile Justice" og General

---

<sup>14</sup> Wienkonvensjonen art.1 punkt 1.

<sup>15</sup> Wienkonvensjonen art.31 punkt 1.

<sup>16</sup> Høstmølingen m.fl. (2012) og NOU 2008:15 s.100.

Comment No.8 (2006) om ”The right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment”.

Barnekomitéen har også uttalt at retningslinjene i ”the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice” (”Beijing-reglene”) vil kunne gi veiledning for tolkningen av konvensjonsbestemmelsene.<sup>17</sup> Beijing-reglene ble vedtatt av Generalforsamlingen i FN i 1985 og skal supplere blant annet Barnekonvensjonen.<sup>18</sup> Heller ikke disse reglene er juridisk bindende, men har tolkningsverdi.

De sentrale nasjonale rettskildene som anvendes i oppgaven er lovtekst, der forarbeidsuttalelser og domstolpraksis har sentral plass i klarleggingen av lovbestemmelsenes innhold. Juridisk litteratur vil også være supplerende for å klarlegge betydningen av lovbestemmelsene. De sentrale lovbestemmelsene på området er den norske straffeloven av 1902 (”strl.”) §§ 18, 28a, 28c og 55. Disse vil i tillegg ses i lys av Menneskerettighetsloven (”mrl.”) §§ 2 og 3. Den nye straffeloven av 2005 § 33 vil også ha betydning for oppgaven. Denne loven har ikke trådt i kraft men blir ansett som et oppdatert uttrykk for lovgiverviljen.<sup>19</sup> Der straffeloven omtales i oppgaven legges det for øvrig til grunn at det dreier seg om gjeldende straffelov av 1902 om ikke annet blir påpekt.

Som en del av arbeidet med straff har det blitt utarbeidet utredninger i regi av Regjeringen som vil gi viktige bidrag til fremstillingen. Av betydning er særlig utredningen i NOU 2003:15 om riktig straff. I tillegg vil utredningen om alternative straffereaksjoner for barn i NOU 2008:15 være en sentral kilde.

#### **1.4 Videre fremstilling**

For at terskelen for å idømme barn ubetinget fengselsstraff skal klargjøres er det essensielt å presentere innholdet i straffebegrepet innledningsvis. En slik presisering av straffebegrepet vil inngå i oppgavens kapittel 2. I dette kapitlet vil også straffens

---

<sup>17</sup> NOU 2008:15 s.100 med videre henvisninger.

<sup>18</sup> Beijing-reglene art.9 commentary.

<sup>19</sup> Rt.2007s.252 avsnitt 14 og Rt.2010s.1313 avsnitt 11.



begrunnelse presenteres. Presentasjon av straffens begrunnelse vil igjen muliggjøre en behandling av spørsmålet om hvorfor barn stiller annerledes enn voksne ved valg av straffereaksjon.

I oppgavens kapittel 3 vil det ses hen til norsk straffutmåling og barns rettsstilling i norsk straffutmåling forut for inkorporering av Barnekonvensjonen.

Barnekonvensjonen vil presenteres i kapittel 4. Det vil fokuseres på å presentere de konvensjonsbestemmelsene som regulerer adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Hovedfokuset vil være rettet mot å fastsette innholdet av hensynet til barnets beste og betydningen dette har for konvensjonsstatenes bruk av ubetinget fengselsstraff overfor barn.

Videre vil det i kapittel 5 ses hen til adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett. Det sentrale spørsmålet er hvilke begrensninger hensynet til barnets beste setter for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett. Dette vil fremstilles gjennom en behandling av lovendringen som har blitt gjennomført i norsk rett. I tillegg skal det ses hen til hvordan hensynet til barnets beste har blitt praktisert i norsk rettspraksis.

Til slutt vil det foretas en oppsummering der det sies noe om betydningen av hensynet til barnets beste for spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengsel i norsk rett. Det vil i tillegg ses hen til rettsutviklingen på området og gis noen bemerkninger om hvordan barns rettstilstand ved valg av straffereaksjon ser ut til å bli i fremtiden.

## **2 Straff og straffens begrunnelse**

### **2.1 Hva er straff?**

Den tradisjonelle definisjonen av straff i norsk rett er utarbeidet av Andenæs og lyder slik;

Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.<sup>20</sup>

Denne definisjonen har fått sin tilslutning i praksis, blant annet i Rt.1977s.1207. Definisjonen er ikke omstridt.

Norge er også bundet av straffebegrepet i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen ("EMK") slik det er fastlagt av Den Europeiske Menneskerettsdomstolen ("EMD"). Straffebegrepet er autonomt innenfor hele konvensjonsområdet. EMD har uttalt at i vurderingen av om en reaksjon er å anse som straff må det ses hen til reaksjonens nasjonale klassifisering, handlingens art og reaksjonens strenghet.<sup>21</sup> Er en reaksjon å anse som straff etter EMK vil rettergangskravene i EMK gjøre seg gjeldende.

En lovbrøyer er også sikret grunnleggende rettergangskrav der en reaksjon er å anse som straff i norsk rett. Det mest sentrale av disse er det som følger av Grunnloven ("Grl.") § 96 hvor det fremgår at "[i]ngen kan dømmes uden efter lov, eller straffes uden efter Dom". Er en reaksjon å anse som straff i norsk rett skal følgelig avgjørelsen skje ved dom. Dette er en del av det konstitusjonelle legalitetsprinsippet som er grunnleggende for norsk strafferett.

Straffereaksjonene som kan idømmes i norsk rett er listet opp i strl. § 15. Oppgaven er begrenset til straffereaksjonen "fengsel" i bestemmelsens første ledd, og derunder til ubetinget fengselsstraff. Der det i fremstillingen refereres til "fengsel", "frihetsstraff" eller "fengsling" legges det til grunn at det dreier seg om ubetinget fengselsstraff med mindre annet blir påpekt i teksten.

Ovenfor har vi sett at straffebegrepet er detaljert definert og at den som straffes er sikret grunnleggende rettigheter i rettergangen. Vi står for øvrig igjen med at straff er tilføyelse av et tilsiktet onde. Slik tilføyelse av et onde reiser spørsmål om hva det er

---

<sup>20</sup> Andenæs (2005) s.10.

<sup>21</sup> Engel and others v. The Netherlands avsnitt 82. I norsk rett er det vanlig å operere med "Engel-kriteriene", jfr. Rt.2003s.804.

vi ønsker å oppnå med straffen. I tillegg er det problematisk hvordan det å påføre andre et onde moralsk sett kan forsvares.

Utvalget som utredet alternative straffereaksjoner for lovbrøtere under 18 år erkjente at det er problematisk hva som kan begrunne tilføyelse av et onde.<sup>22</sup> Det ble i tillegg fremhevet at straffens begrunnelse er særlig problematisk ved straff av unge lovbrøtere.<sup>23</sup> Et spørsmål som ble stilt var hvilken betydning det skal ha at en antar at barn har lavere skyldene enn voksne.<sup>24</sup> I tillegg problematiserte utvalget hvilken betydning det skal ha for straffen at en straff ofte er mer belastende for barn enn for voksne.<sup>25</sup> Begrunnelsen for å straffe voksne og barn skal behandles i det følgende.

## **2.2 Straffens formål**

### **2.2.1 Innledning**

I forarbeidene til straffeloven av 1902 er det ikke sagt noe om formålet med straff.<sup>26</sup> Forarbeidene gir med dette ikke holdepunkter for hvilken begrunnelse lovgiver mente straffen hadde ved utforming av straffeloven.

Straffens begrunnelse har for øvrig tradisjonelt blitt delt inn i absolutte og relative straffeteorier.<sup>27</sup> Denne inndelingen vil også legges til grunn i fremstillingen.

Opgaven begrenses til en fremstilling av begrunnelsen for å idømme ubetinget fengselsstraff. Hensyn som taler for andre straffereaksjoner holdes utenfor.

### **2.2.2 Absolutte straffeteorier**

De absolutte straffeteorier omtales også gjerne som gjengjeldelses- eller soningsteorier.<sup>28</sup> Fremtredende i de absolutte straffeteorier er at man skal oppnå

---

<sup>22</sup> NOU 2008:15 s.21-22.

<sup>23</sup> NOU 2008:15 s.22.

<sup>24</sup> NOU 2008:15 s.22.

<sup>25</sup> NOU 2008:15 s.22.

<sup>26</sup> Eskeland (2013) s.50 med videre henvisninger.

<sup>27</sup> Se blant annet Andenæs (2005) s.67 flg., Eskeland (2013) s.50 flg., Bratholm (1980) s.114 flg. og NOU 2003:15 s.47-48.

<sup>28</sup> Andenæs (2005) s.67 og Bratholm (1980) s.114.

rettferdighet ved at skyld sones. Straffen blir altså begrunnet med at rettferdig og forholdsmessig gjengjeldelse av et lovbrudd er moralsk berettiget og nødvendig.<sup>29</sup>

### **2.2.3 Relative straffeteorier**

Relative straffeteorier er også blitt omtalt som nytteteorier.<sup>30</sup> Etter disse teoriene settes nytteverdiene i rettferdighetens og forholdsmessighetens sted. Straffens begrunnelse vil med dette være de positive virkningene straffen vil ha for samfunnet i fremtiden.<sup>31</sup> Det blir således et spørsmål om det er hensiktsmessig for samfunnet å straffe lovbrysteren.<sup>32</sup> Etter de relative straffeteorier brukes straffen altså som et middel for å forebygge fremtidige lovbrudd.

### **2.2.4 Straffens formål i norsk rett**

Andenæs hevder at de relative straffeteoriene dominerer i norsk strafferett.<sup>33</sup> Dette er også støttet av Eskeland som omtaler straff som et styringsmiddel.<sup>34</sup>

At de relative straffeteorier dominerer i norsk rett støttes i forarbeidene til den nye straffeloven av 2005. Her slutter departementet seg til at straffeinstitusjonens formål er forebyggelse.<sup>35</sup> Ved at straffen skal styre fremtidig atferd hevder de at man vil få et samfunn som er mer ønskelig ut fra gjeldende verdiprioriteringer.<sup>36</sup>

Selv om straff i Norge begrunnes med dens nyttevirksomheter er den rådende oppfatning at det foreligger noen begrensninger i nytteformålet. Bratholm hevder at humanitetshensyn, hensynet til liket, rettferdighet og andre helt grunnleggende hensyn må medføre at man ved straff ikke bare kan legge vekt på hva som er nyttig.<sup>37</sup> I det følgende presenteres nyttevirkningene som oppnås i samfunnet ved å straffe, og da med forbehold om disse begrensningene i nytteformålet.

---

<sup>29</sup> NOU 2003:15 s.47.

<sup>30</sup> Andenæs (2005) s.67 og Bratholm (1980) s.114.

<sup>31</sup> NOU 2003:15 s.47.

<sup>32</sup> Bratholm (1980) s.114.

<sup>33</sup> Andenæs (2005) s.68.

<sup>34</sup> Eskeland (2013) s.52.

<sup>35</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.77-78.

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.77-78.

<sup>37</sup> Bratholm (1980) s.116.

## **2.3 Straffens virkninger**

### **2.3.1 Innledning**

Straffens nyttevirkninger legitimerer straffeinstituttet. I tillegg vil virkningene bli vektlagt av domstolene i straffutmålingen, og herunder ved valg av straffereaksjon.

Nyttevirkningene av straff deles tradisjonelt inn i allmennprevensjon og individualprevensjon.<sup>38</sup> Dette er ikke en uttømmende liste over straffens nyttevirkninger. Av hensyn til oppgaves omfang vil det for øvrig være disse nyttevirkningene som står i fokus. I tillegg til nyttevirkningene skal det kort ses hen til straffens uønskede virkninger.

### **2.3.2 Allmennpreventive virkninger**

Der straffetrusler og bruk av straff får borgerne til å avstå fra å begå lovbrudd foreligger det allmennpreventive virkninger.<sup>39</sup>

Slike allmennpreventive virkninger oppnås først og fremst ved at straffetrusselen eller bruk av straff virker avskrekkende på befolkningen. Denne avskrekkende effekten er avhengig av hvordan befolkningen vurderer oppdagelsesrisikoen og straffens strenghet.<sup>40</sup>

Det er videre hevdet at allmennpreventive virkninger kan oppnås ved at straffetrusler og bruk av straff virker moralskapende på befolkningen.<sup>41</sup> Moralskapning skjer ved at man tillegger visse handlinger en straffetrusel og vekker befolkningens etiske bevissthet rundt lovbrudd. På denne måten vil det opparbeide seg en moralsk sperre hos befolkningen som får dem til å avstå fra å begå lovbrudd.

---

<sup>38</sup> Andenæs (2005) s.81.

<sup>39</sup> Andenæs (2005) s.81-82 og Bratholm s.117.

<sup>40</sup> Andenæs (2005) s.87.

<sup>41</sup> Bratholm (1980) s.121-123 og NOU 2003:15 s.48.

Der straffetrusler og bruk av straff virker vanedannende på befolkningen foreligger det også allmennpreventive virkninger.<sup>42</sup> Vanedannelse innebærer at befolkningens atferdsmønster utvikler seg over tid. Etter en stund vil trussel om straff ikke lenger være fremtredende for hvorfor man avstår fra å begå lovbrudd.<sup>43</sup>

Moralskapning og vanedannelse er avhengig av at det foreligger en straffetrusel for lovbrudd og vil derfor ofte inntre sammen med straffens avskrekkende virkning. Dette skjer imidlertid ikke alltid da moralskapning og vanedannelse er avhengig av at reglene anses rimelige av folk flest.<sup>44</sup>

Moralskapning og vanedannelse er videre mer usikre virkninger enn avskrekkelse da de vanskelig kan måles og vil variere fra person til person. Når det i oppgaven refereres til allmennpreventive hensyn som begrunnelse for straff menes det derfor hovedsakelig straffens avskrekkende effekt.

Å straffe under henvisning til allmennprevensjonen har vært kritisert i teorien. Kritikken grunner i at det er en motforestilling mot straff på dette grunnlaget at gjerningspersonen straffes som middel for å få den øvrige befolkningen til å opptre lovlydig.<sup>45</sup>

Sentrale teoretikere har imidlertid rettferdiggjort straff under henvisning til allmennprevensjon med at straffeloven uansett forutsetter overtredelse av straffebud. Har man overtrådt et straffebud er det blitt ansett forsvarlig at straffen dels er ment for å avskrekke andre.<sup>46</sup>

Hvis en straffetrusel skal få borgerne til å avstå fra å begå lovbrudd er det en forutsetning at befolkningen er i stand til å forstå den foreliggende strafferisikoen.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Bratholm (1980) s.121-123 og NOU 2003:15 s.48.

<sup>43</sup> Bratholm (1980) s.121.

<sup>44</sup> Bratholm (1980) s.122.

<sup>45</sup> Se blant annet Andenæs (2005) s.84 med videre henvisninger og Matningsdal/Strandbakken (2004) s.15.

<sup>46</sup> Se blant annet Andenæs (2005) s.84 og Matningsdal/Strandbakken (2004) s.16.

<sup>47</sup> Andenæs (2005) s.88.

Det er ikke alle mennesker som har evnen til å forstå strafferisikoen av en handling. Slik manglende evne til å forstå strafferisikoen ved en handling foreligger for eksempel ofte hos barn. Dette medfører at straffetrusler og bruk av straff ikke virker like avskrekkende og moralskapende på barn som på voksne. En naturlig slutning fra dette vil igjen være at allmennpreventive virkninger ikke inntre på samme måte ved straff av barn som ved straff av voksne.<sup>48</sup> Dette er kjernen i hvorfor det er interessant å behandle spørsmålet om adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Det skal undersøkes nærmere hvorvidt allmennprevensjonen gjør seg like sterkt gjeldende som begrunnelse for å idømme barn ubetinget fengselsstraff som i saker med voksne lovbrøyttere. Nærmere bestemt er det problematisk hvilken vekt hensynet til allmennprevensjonen har i spørsmålet om barn kan fengsles.

### **2.3.3 Individualpreventive virkninger**

Individualpreventive virkninger er de virkninger straffen har for gjerningspersonen. Man ønsker å hindre at gjerningspersonen som blir straffet begår nye lovbrudd.<sup>49</sup> Andenæs hevder at det i hvert enkelt tilfelle gjelder å foreskrive den behandlingsmåte som gir størst utsikt til et bra resultat for gjerningspersonen.<sup>50</sup> Mens allmennprevensjonen sikter til straffens virkninger på befolkningen som sådan dreier individualprevensjonen seg altså om straffens virkninger på gjerningspersonen.<sup>51</sup> Felles for straffens virkninger er at begge søker å hindre at fremtidige lovbrudd blir begått.

Individualpreventive virkninger av straff har vært delt inn i uskadeliggjørende, avskrekkende og forbedrende virkninger.<sup>52</sup>

Straffens uskadeliggjørende effekt omtales også som inkapasiteringseffekten.<sup>53</sup> Inkapasiteringseffekten innebærer at lovbrøytteren fysisk er forhindret fra å begå ny kriminalitet når han soner sin straff.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> Andenæs (2005) s.88.

<sup>49</sup> Bratholm (1980) s.127.

<sup>50</sup> Andenæs (2005) s.91.

<sup>51</sup> Bratholm (1980) s.127.

<sup>52</sup> Bratholm (1980) s.127 og NOU 2008:15 s.22.

<sup>53</sup> NOU 2008:15 s.50.

<sup>54</sup> NOU 2008:15 s.22.

Videre innebærer straffens avskrekkende effekt at lovbyteren opplever straffen som så negativ at han velger å avstå fra fremtidig kriminalitet.<sup>55</sup> Dette tilsvarer det ondet som tilsiktes påført i henhold til den tradisjonelle definisjonen av straffebegrepet gjennomgått i punkt 2.1. Hvorvidt straff virker avskrekkende er blant annet avhengig av straffens innhold og lovbyterens personlighet og livssituasjon.<sup>56</sup>

Den forbedrende virkning av straff omtales også som straffens resosialiserende effekt. Slik resosialiserende effekt foreligger når straffen får gjerningspersonen til å avstå fra ny kriminalitet fordi han forstår at forbrytelsen han begikk var gal.<sup>57</sup>

Ved straff av barn kan det nok antas at individualpreventive virkninger i form av avskrekkelse og resosialisering vil inntre med særlig tyngde. Denne antagelsen grunner på at det er disse virkningene som vil kunne variere ut fra den enkelte lovbyters personlighet og sinnelag. Et ungt sinn vil antageligvis kunne regnes mer mottakelig for slike individualpreventive virkninger.

Enkelte sentrale teoretikere har kritisert individualpreventive hensyn som begrunnelse for straff. Det har blitt fremhevet at individualpreventive hensyn kan føre til at like handlinger blir bedømt ulikt. Forskjellsbehandlingen har imidlertid blitt rettferdiggjort med blant annet ulike prognoser for rehabiliterende effekt.<sup>58</sup>

### **2.3.4 Uønskede virkninger av straff**

Straffeinstituttet kan også ha uønskede virkninger. Et eksempel på en uønsket virkning er at straff påfører domfelte et negativt sosialt stempel.<sup>59</sup> Dette gjør det vanskelig for den domfelte å bli reintegrert i samfunnet. Selv om alvorlige forbrytelser nødvendiggjør at lovbyteren holdes borte fra samfunnet hevder Andenæs

---

<sup>55</sup> NOU 2008:15 s.22.

<sup>56</sup> NOU 2008:15 s.50.

<sup>57</sup> NOU 2008:15 s.50.

<sup>58</sup> Matningsdal/Strandbakken (2004) s.17.

<sup>59</sup> Andenæs (2005) s.99.



at man etter en viss tid skal reintegreres ut fra menneskelige og samfunnsmessige hensyn.<sup>60</sup>

Straff har også vært hevdet å kunne ha uønsket virkning på domfeltes uskyldige familie.<sup>61</sup> Av slike virkninger peker Andenæs først og fremst på økonomiske virkninger av straffen, og herunder virkningene av at en familieforsørger fengsles.<sup>62</sup>

Ved straff av barn må det antas at det er de førstnevnte uønskede virkningene av straff som helst vil inntreffe. Denne antagelsen grunner på at det virker lite praktisk med situasjoner der fengsling av barn vil medføre store økonomiske konsekvenser for en familie. Videre kan det nok tenkes at det vil være enda vanskeligere for et barn å bli reintegrert i samfunnet enn for en voksen lovbrøyer. Denne antagelsen begrunnes dels i at straffen kan få særlig sterke skadevirkninger for et barn og dels i at barn kan gå glipp av mye av grunnlaget for en normal livsførsel ved soning av fengselsstraff. Med slikt grunnlag for normal livsførsel siktes det for eksempel til skolegang og kontakt med familie.

#### **2.4 Begrunnelsen for bruk av ubetinget fengselsstraff overfor barn**

De ønskede virkningene av straffen gjennomgått over legitimerer det å påføre en lovbrøyer et onde. Virkningene vil også bli vektlagt av domstolene i straffutmålingen, og herunder ved valg av straffereaksjon.

Ved straff av barn så vi for øvrig i oppgavens kapittel 2.3 at det gjør seg gjeldende særlige faktorer som medfører at spørsmålet om frihetsstraffens antatte virkninger stiller seg annerledes for barn enn for voksne.

Disse faktorene er først og fremst at barn ofte har lavere skyldene enn voksne.<sup>63</sup> Med skyldene menes den modenhet som forutsettes hos en gjerningsmann for at han kan holdes strafferettslig ansvarlig.<sup>64</sup> Videre vil barn ha manglende evne til å forutse

---

<sup>60</sup> Andenæs (2005) s.99.

<sup>61</sup> Andenæs (2005) s.99-100.

<sup>62</sup> Andenæs (2005) s.99-100.

<sup>63</sup> NOU 2008:15 s.23.

<sup>64</sup> Andenæs (2005) s.288.

konsekvensene av sine handlinger.<sup>65</sup> Siden barn ikke er fullt utviklet vil også det ondet som straffen representerer kunne oppleves mer tyngende for et barn enn for en voksen lovbrøyer.<sup>66</sup>

I lys av faktorene over hevder Andenæs at barn ikke er like mottakelige for straffens allmennpreventive virkninger.<sup>67</sup> Han hevder blant annet at straffetrusler ikke vil virke like avskrekkende på barn på grunn av deres manglende evne til å forstå strafferisikoen ved et lovbrudd.<sup>68</sup> En slik tilnærming finner støtte i NOU 2008:15 hvor det påpekes at allmennprevensjonens betydning svekkes overfor barn på grunn av deres manglende evne til å forutse konsekvensene av sine handlinger.<sup>69</sup>

Det har videre også vært hevdet at individualpreventive virkninger ofte vil få sterkere betydning i saker der lovbrøyeren er ung.<sup>70</sup> Grunnen til dette er som påpekt i punkt 2.3.3 at individualpreventive virkninger avhenger av lovbrøyerens personlighet og sinnelag. Barn vil lettere være mottakelig for straffens individualpreventive virkninger da et ungt sinn er lett påvirkelig.

Basert på resonnementene over synes det som om straff av barn må antas å ha større individualpreventiv effekt enn allmennpreventiv effekt. En foreløpig antagelse vil med dette kunne være at individualpreventive hensyn må veie tyngre enn allmennpreventive hensyn ved straff av barn.

Høyesterett har sluttet seg til at fengselsstraff har begrenset allmennpreventiv begrunnelse for barn i Rt.2004s.804. Avgjørelsen gjaldt straffutmåling overfor en 15 år gammel gutt. I dommen er straffens svekkede begrunnelse ved straff av barn presist formulert:

Selv om hensynet til den generelle lovlydighet tilsier at det i sin alminnelighet må reageres med ubetinget fengsel mot en så grov voldshandling, er situasjonen etter min

---

<sup>65</sup> NOU 2008:15 s.23.

<sup>66</sup> NOU 2008:15 s.23.

<sup>67</sup> Andenæs (2005) s.88.

<sup>68</sup> Andenæs (2005) s.88.

<sup>69</sup> NOU 2008:15 s.23.

<sup>70</sup> NOU 2008:14 s.23.

mening en annen for helt unge lovbrøyttere. 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. En samfunnsstraff som i denne sak er dessuten – som førstvoterende peker på – en meget følbar reaksjon.<sup>71</sup>

Høyesterett ser at begrunnelsen for frihetsstraff er svekket der domfelte er ung. Dette er fordi slik straff vil ha liten allmennpreventiv effekt og de individualpreventive hensyn har sterkere betydning der lovbrøytteren har et ungt sinn. Dette betyr ikke at barn skal straffes mildere enn voksne. Barn skal fremdeles idømmes ”en meget følbar reaksjon”.<sup>72</sup> Det skal for øvrig mindre til for at et barn opplever en straff som et onde enn en voksen.

Interessant for denne fremstillingen er hvilke følger den svekkede begrunnelsen for å fengsle barn har for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Et spørsmål som er særlig relevant er hvorvidt den svekkede begrunnelsen for bruk av fengselsstraff overfor barn skal medføre et forbud mot å la barn sone i fengsel. Om et forbud ikke kan forsvares må det spørres om hvilke begrensninger som må foreligge for domstolens adgang til å fengsle barn.

Disse spørsmålene utgjør kjernen i fremstillingen. Spørsmålene relaterer seg til betydningen av lav alder i straffutmålingen, og herunder ved valg av straffereaksjon. Hovedproblemstillingen relaterer seg til hvorvidt barns rettsstilling i straffutmålingen har endret seg ved at Barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste ble inkorporert.

I det følgende skal det ses hen til straffutmålingen i norsk rett og betydningen av lav alder i norsk straffutmåling forut for inkorporasjon av Barnekonvensjonen. Bare ved å fremstille barns rettsstilling forut for inkorporasjon av konvensjonen er det mulig å avklare hvorvidt hensynet til barnets beste har gitt barn nye materielle rettigheter ved valg av straffereaksjon.

---

<sup>71</sup> Rt.2004s.804 avsnitt 25.

<sup>72</sup> Rt.2004s.804 avsnitt 25.

### **3 Straffutmåling og betydningen av lav alder i straffutmålingen forut for FNs Barnekonvensjon**

#### **3.1 Innledning**

Valg av straffereaksjon er en del av straffutmålingen som skjer der en gjerningsperson er funnet skyldig i et lovbrudd. I straffutmålingen ønsker man gjennom valg av straffereaksjon og fastsettelse av straffens omfang å realisere straffens formål og virkninger i praksis.<sup>73</sup>

Som vi så i punkt 2.4 vil straffens formål og virkninger ha ulik betydning ved straffutmåling overfor barn i forhold til straffutmåling overfor voksne. Dette gjelder særlig i spørsmålet om ubetinget fengselsstraff. På denne bakgrunn står barn i en særstilling når domstolen skal utmåle straff.

Forut for inkorporering av Barnekonvensjonen hadde man ingen særlover som regulerte straffutmåling overfor barn i norsk rett. Først da Barnekonvensjonen trådte i kraft i norsk rett ble det innført materielle rettigheter for barn i straffutmålingen.

Barnet stod allikevel i en særstilling i straffutmålingen også før inkorporering av Barnekonvensjonen. For å fremstille et nyansert bilde av barns rettsstilling i norsk straffutmåling forut for inkorporasjon av Barnekonvensjonen må det først ses hen til grunnleggende regler for norsk straffutmåling. Etter å ha presentert disse vil reglene anvendes for å belyse betydningen av lav alder forut for inkorporasjon av Barnekonvensjonen.

#### **3.2 Prinsippet om individuell straffutmåling**

---

<sup>73</sup> Bratholm (1980) s.585 flg.

### 3.2.1 Innledning

I norsk rett hadde man i den gamle Kriminalloven av 1842 en lovbestemmelse som fastsatte de hensyn som skulle vektlegges i straffutmålingen.<sup>74</sup> En slik lovbestemmelse finnes ikke i dagens straffelov av 1902 der domstolene gis større frihet i straffutmålingen. I dagens lovbestemmelser gis det vide strafferammer. Innenfor disse strafferammene står domstolene nokså fritt til å fastsette straffens varighet og innhold. Matningsdal omtaler dette som at det er stor dommerfrihet i norsk straffutmåling.<sup>75</sup>

Dommerfriheten i norsk straffutmåling har gitt rom for at vi i norsk rett har utviklet et prinsipp om individuell straffutmåling. Dette grunnleggende prinsippet innebærer at straff skal være individuelt tilpasset den enkelte lovbrøyer og det konkrete lovbrudd.

Dommeren står imidlertid ikke helt fritt når han skal foreta individuell straffutmåling. Først og fremst finnes det lovbestemmelser som veileder dommeren i straffutmålingen. Videre kan dommeren også finne veiledning i grunnleggende straffutmålingshensyn og straffutmålingstradisjonen slik denne er utviklet i langvarig Høyesterettspraksis.<sup>76</sup>

### 3.2.2 Veiledende lovbestemmelser

Det finnes lovbestemmelser som veileder dommeren i straffutmålingen. En form for veiledende lovbestemmelser er vektingsbestemmelser. Vektingsbestemmelsene gir føringer for dommerens avveininger, men gir ikke konkrete holdepunkter for valg av straffereaksjon. Et eksempel på en slik vektingsbestemmelse er strl.§49 hvor det fremgår at forsøk skal straffes mildere enn den fullbyrdede forbrytelse. Det gis også slike vektingsbestemmelser i straffelovens kapittel 5 om betinget dom og grunner til at straffen kan settes ned eller forhøyes.

En annen type veiledende lovbestemmelser er de som angir økning av straffens omfang i takt med forbrytelsens alvorlighetsgrad. Eksempel på en slik bestemmelse er

---

<sup>74</sup> Kriminalloven (1842) sjette kapittel. Bestemmelsen i § 1 er den mest sentrale.

<sup>75</sup> Matningsdal (2004) s.325.

<sup>76</sup> Andenæs (2005) s.457 flg.

strl.§228 om legemsforbærrelser, der straffen øker avhengig følgene som inntreffer på grunn av legemsforbærrelsen. Ved at regelverket er utformet på denne måten sender lovgiver signaler til dommeren om hvilke følger som skal føre til strengere straffutmåling.

### **3.2.3 Grunnleggende straffutmålingshensyn**

Grunnleggende straffutmålingshensyn veileder også dommeren i straffutmålingen. De grunnleggende straffutmålingshensynene er først og fremst allmennpreventive og individualpreventive hensyn idet straffutmålingen er en realisering av straffens formål. I teorien har det blitt tatt til orde for at en dommer også kan vektlegge andre hensyn som ikke utledes direkte av straffens formål.<sup>77</sup> Slike hensyn er for eksempel rettferdighetshensynet, forholdsmessighetshensynet og likhetshensynet.<sup>78</sup> Rettferdighetshensynet innebærer at gjerningsmannen skal sone straff for det lovbruddet han har begått. Forholdsmessighetshensynet utledes fra rettferdighetshensynet og innebærer at straffen skal stå i et rimelig forhold til lovbruddet som er begått. Til slutt innebærer likhetshensynet at like tilfeller skal behandles likt.<sup>79</sup>

### **3.2.4 Straffutmålingstradisjonen**

Til slutt vil også straffutmålingstradisjonen være veiledende for en dommer i straffutmålingen.

Straffutmålingstradisjonen har blitt utviklet gjennom Høyesteretts behandling av straffutmålingssaker. Gjennom sin behandling av straffutmålings spørsmål har Høyesterett utviklet alminnelige straffenivå for ulike typer lovbrudd. I tillegg har domstolen utviklet straffutmålingsmomenter. Med straffutmålingsmomenter menes retningslinjer for hvilken vekt individuelle omstendigheter ved et lovbrudd skal ha i formildende eller skjerpende retning.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Bratholm (1980) s.585-586 og Eskeland (2013) s.461-466.

<sup>78</sup> Bratholm (1980) s.586.

<sup>79</sup> Bratholm (1980) s.586.

<sup>80</sup> Andenæs (2005) s.457.

Når Andenæs behandler straffutmålingsmomentene utviklet av Høyesterett tar han forbehold om at presedenser på området har begrenset verdi.<sup>81</sup> Dette begrunner han med at hvert tilfelle må vurderes for seg slik at de enkelte trekk ved handlingen og gjerningsmannens personlighet må ses i sammenheng med de øvrige i saken og ikke isolert.<sup>82</sup> Denne tilnærmingen innebærer at et moment som er av betydning for A kan være uten betydning når man vurderer straff overfor B. En slik begrunnelse harmonerer godt med det grunnleggende prinsippet om individuell straffutmåling.

Med forbehold om presedensens begrensede verdi har Andenæs delt straffutmålingsmomentene inn i to hovedgrupper: Omstendigheter som belyser handlingens objektive grovhet og omstendigheter som belyser gjerningsmannens subjektive skyld.<sup>83</sup>

Omstendigheter som belyser handlingens objektive grovhet er i følge Andenæs blant annet faktorer som størrelsen av skaden, skadevirkningene og graden av fare som er fremkalt ved den aktuelle handlingen.<sup>84</sup> Han hevder i tillegg at måten den kriminelle handlingen er begått på og karakteren av handlingssituasjonen kvalifiserer som slike omstendigheter.<sup>85</sup>

Når det gjelder omstendigheter som belyser gjerningsmannens subjektive skyld sikter ikke Andenæs til skyldkravet for straffansvar. Andenæs sikter til omstendigheter som er med å kaste lys over graden av moralsk fordømmelse av handlingen.<sup>86</sup> Han hevder at alt som bidrar til å skjerpe den moralske dom over handlingen, også er skjerpende momenter ved straffutmålingen, mens alt som bidrar til å avlaste det moralske ansvar virker som formildende omstendigheter i straffutmålingen.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Andenæs (2005) s.462.

<sup>82</sup> Andenæs (2005) s.462-466.

<sup>83</sup> Andenæs (2005) s.463.

<sup>84</sup> Andenæs (2005) s.462-465.

<sup>85</sup> Andenæs (2005) s.465-466.

<sup>86</sup> Andenæs (2005) s.462-466.

<sup>87</sup> Andenæs (2005) s.366.

### **3.2.5 Oppsummering**

Oppsummert ser vi at det foreligger både lovfestede og ulovfestede kilder som gir veiledning i norsk straffutmåling.

Prinsippet om individuell straffutmåling innebærer for øvrig at de overnevnte kildene kun er å anse som føringer når dommeren skal utmåle straff. Dommeren må se alle faktorene som foreligger i saken i sammenheng og utmåle passende straff.

## **3.3 Betydningen av lav alder i straffutmålingen**

### **3.3.1 Innledning**

Som det ble fremholdt i oppgavens punkt 3.1 hadde man i norsk rett ingen særlover som regulerte straffutmåling overfor barn forut for inkorporasjon av Barnekonvensjonen. Det er allikevel lang tradisjon i norsk rett for at lav alder er et formildende moment i straffutmålingen. De viktigste kildene som viser at lav alder er formildende i straffutmålingen skal gjennomgås i det følgende. Lovreguleringen av den kriminelle lavalder holdes utenfor da oppgaven omhandler rettsstillingen til lovbrøtere mellom 15 og 18 år ved valg av straffereaksjon.<sup>88</sup>

### **3.3.2 Straffnedsettelse for lovbrøtere under 18 år**

Etter strl.§55 er det adgang til straffnedsettelse der lovbrøteren er under 18 år. Av bestemmelsen følger det at der lovbrøteren er under 18 år kan straffen nedsettes til en mildere straffart. Det fremgår i tillegg at straffen kan settes under det lavmål som opprinnelig er bestemt for handlingen.

At denne bestemmelsen åpner for en mildere straffart der lovbrøteren er under 18 år gir et signal til dommeren om at lovgiver anser lav alder som et formildende moment i straffutmålingen.

I dag suppleres strl.§55 av de materielle reglene i Barnekonvensjonen. Ved gjennomgang av Barnekonvensjonen skal vi se at det i dag foreligger grunn til å stille spørsmål ved betydningen av strl.§55. Det kan nok tenkes at bestemmelsen i lys av

---

<sup>88</sup> CRC art.1.



Barnekonvensjonen må forstås som en ”skal-bestemmelse” der straff alltid skal være mildere for barn enn for voksne.

### 3.3.3 Lav alder som straffutmålingsmoment

I tillegg til lovbestemmelsene over har vi i norsk rett lenge hatt tradisjon for at lav alder er et formildende straffutmålingsmoment.<sup>89</sup> Andenæs hevder at strl.§55 er et utslag av tradisjonen for mildere bedømmelse av unge.<sup>90</sup> Dette støttes av Matningsdal i lovkommentaren til strl.§55.<sup>91</sup>

At en dommer tradisjonelt har vært bundet til å vektlegge lovbrüterens lave alder i formildende retning vises også ved at lav alder er inntatt som formildende omstendighet i den nye straffeloven av 2005.<sup>92</sup> I forbindelse med lovfesting av lav alder som formildende straffutmålingsmoment uttalte departementet at dette er en kodifikasjon av gjeldende straffutmålingspraksis.<sup>93</sup>

Begrunnelsen for å utmåle mildere straff for unge enn voksne har vært hevdet å være barns svekkede vurderingsevne og at fengselsopphold er særlig skadelig for barn.<sup>94</sup> Denne begrunnelsen for mildere bedømmelse av unge ble opprettholdt av departementet ved lovfesting av lav alder som straffutmålingsmoment i straffeloven av 2005.<sup>95</sup>

Det må for øvrig fremheves at barns alder er ett av flere straffutmålingsmomenter. Som vist i oppgavens punkt 3.2.5 må slike straffutmålingsmomenter ses i sammenheng med de andre momentene som foreligger i saken. Vekten av aldersmomentet vil således kunne variere fra sak til sak avhengig av hvilke andre momenter som gjør seg gjeldende i saken.

---

<sup>89</sup> Se blant annet Rt.1984s.1420, Rt.1985s.1092, Rt.1987s.640, Rt.2004s.804 og Mæland (2012) s.251.

<sup>90</sup> Andenæs (2005) s.467.

<sup>91</sup> Matningsdal note 547 til strl.§55, Gyldendal Rettsdata.

<sup>92</sup> Straffeloven 2005 §78(i).

<sup>93</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.102.

<sup>94</sup> Andenæs (2005) s.467. Dette er i tillegg begrunnelsen for at vi i Norge anser den kriminelle lavalder for å være 15 år, jfr. strl.§46, jfr. Ot.prp.nr.26 (1986-1987) s.9.

<sup>95</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.102.

### **3.3.4 Oppsummering**

Forut for inkorporering av Barnekonvensjonen kan man se at lav alder var et formildende straffutmålingsmoment. I tillegg forelå en lovbestemmelse som åpnet for mildere bedømmelse av unge.

Lovbestemmelsen åpnet for øvrig bare for muligheten for en mildere bedømmelse av unge. I tillegg var vekten av lav alder i møte med andre interesser usikker.

Med Barnekonvensjonen ble det for øvrig lovfestet positive rettigheter for barn i straffutmålingen. Interessant i det følgende er om disse positive rettighetene endret den rettslige betydningen av lav alder i straffutmålingen.

## **4 Norges forpliktelser etter FNs Barnekonvensjon**

### **4.1 Innledning**

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FN i 1989 og tar sikte på å gi særlig beskyttelse til personer under 18 år blant annet der de er dømt for straffbare forhold.

Begrunnelsen for at barn skal ha slik særlig beskyttelse er noenlunde den samme etter Barnekonvensjonen som begrunnelsen for barnets særstilling i norsk straffutmåling. Barnekomiteen har uttalt følgende begrunnelse for barnets rettigheter i straffutmålingen:

Children differ from adults in their physical and phsycological development, and their emotional and educational needs. Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law.<sup>96</sup>

På bakgrunn av disse særlige forhold er det fastsatt regler og prinsipper som blant annet skal beskytte barn i avgjørelsene som tas i forbindelse med en straffesak. Disse reglene og prinsippene gjelder både underveis i straffesaksprosessen og etter at barnet er domfelt og eventuelt skal sone fengselsstraff.

---

<sup>96</sup> General Comment No.10 (2007) avsnitt 10.

I denne delen av oppgaven skal det ses hen til Norges ratifikasjon av Barnekonvensjonen og de rettigheter som med dette ble innført for barn i reaksjonsvalget i strafferetten. Det avgrenses med dette mot rettigheter som ble innført i straffeprosessen før eventuell dom og i straffegjennomføringen. Interessant for fremstillingen er hvilke begrensninger Barnekonvensjonen setter for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

## 4.2 Barnekonvensjonens ikrafttredelse

Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge 8.januar 1991. Konvensjonen ble gjort til en del av norsk rett gjennom inkorporasjon i endringslov 1.august 2003 nr.86.<sup>97</sup> Gjennom endringsloven ble Barnekonvensjonen inkludert i listen over inkorporerte konvensjoner i mrl.§2. Ved å bli inntatt i mrl.§2 ble Barnekonvensjonen også gitt forrang foran nasjonal lovgivning ved motstrid, jfr. mrl.§3.

Som nevnt innledningsvis inneholder Barnekonvensjonen bestemmelser som ivaretar barns særlige behov blant annet der de er i konflikt med loven. I tillegg inneholder Barnekonvensjonen sivile, politiske, sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter. Det finnes korresponderende rettigheter i EMK. Barnekonvensjonen er for øvrig den eneste helhetlige fremstilling av barns menneskerettigheter.<sup>98</sup>

Da Barnekonvensjonen ble inkorporert anså departementet konvensjonsrettighetene allerede for oppfylt i norsk rett.<sup>99</sup> Inkorporeringen ble for øvrig begrunnet med et ønske om å styrke Barnekonvensjonens stilling nasjonalt og internasjonalt.<sup>100</sup> Det ble i tillegg vurdert tiltak som kunne forbedre etterlevelsen av konvensjonen.<sup>101</sup>

Når det gjaldt adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff ble det ved inkorporasjonen ikke gjort endringer i norsk lovgivning. Hensynet til barnets beste ble for øvrig lovfestet for alle avgjørelser som angår barn.<sup>102</sup> Spørsmålet er hvilke grenser

---

<sup>97</sup> Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s.24.

<sup>98</sup> Høstmølingen m.fl. s.18.

<sup>99</sup> Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s.24.

<sup>100</sup> Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s.24.

<sup>101</sup> Ot.prp.nr.45 (2002-2003) s.24.

<sup>102</sup> CRC art.3.

hensynet til barnets beste medførte for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

I det følgende skal adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff, sett i lys av hensynet til barnets beste, etter Barnekonvensjonen behandles isolert.

Barnekonvensjonens betydning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett vil behandles i oppgavens kap.5.

### **4.3 Barnekonvensjonen og hensynet til barnets beste i straffutmålingen**

#### **4.3.1 Innledning**

I Barnekonvensjonen art.3 har hensynet til barnets beste blitt lovfestet ved at det fremgår at:

In all actions concerning children(...) the best interests of the child shall be a primary consideration.<sup>103</sup>

At denne bestemmelsen også skal gjelde i straffutmålingen er erkjent av Barnekomiteen.<sup>104</sup> Bestemmelsen er et utslag av det grunnleggende synspunktet om at barn har samme ukrenkelige menneskeverd som voksne i tillegg til at det gjelder særskilte menneskerettigheter for barn. Man kan si at art.3 er en konvensjonsfesting av grunntanken i Barnekonvensjonen.

Barnekomiteen anser art.3 for å være av fundamental betydning. Dette illustreres blant annet av Barnekomiteens retningslinjer for ”periodic reports”.<sup>105</sup> Med ”periodic reports” menes rapporter som medlemsstatene er pliktige til å utforme om hvordan de overholder konvensjonsforpliktelsene.<sup>106</sup> I retningslinjene for rapportene deles Barnekonvensjonens artikler inn i åtte kategorier. Artikkelen 3 inngår sammen med art.2, 6 og 12 i kategorien som er klassifisert som ”general principles”.<sup>107</sup> Dette innebærer at art.3 og hensynet til barnets beste er et grunnleggende prinsipp som

---

<sup>103</sup> CRC art.3 pkt.1.

<sup>104</sup> General Comment No.10 (2007) avsnitt 10.

<sup>105</sup> UN Guidelines for periodic reports (1990).

<sup>106</sup> CRC art.44.

<sup>107</sup> UN Guidelines for periodic reports (1990).

Barnekonvensjonens øvrige artikler skal tolkes i lys av. Haugli støtter en slik forståelse og omtaler art.3 som en av de kjerneverdier som må tas i betraktning ved tolkning og anvendelse av konvensjonen for øvrig.<sup>108</sup> Hun påpeker også at hensynet har verdi utover Barnekonvensjonen og at det gir veiledning der ulike interesser skal veies mot hverandre.<sup>109</sup>

Artikkel 3 er imidlertid vagt formulert. Vi har sett at det følger av artikkelen at "the best interests of the child" skal være "a primary consideration" i alle avgjørelser "concerning children".

En naturlig språkforståelse av "a primary consideration" tilsier at hensynet til barnets beste skal være tungtveiende i alle avgjørelser som angår barn.

Ordlyden av at "the best interests of the child" skal være tungtveiende i alle avgjørelser "concerning children" er imidlertid mer uklar. Det krever nærmere presisering hvem hensynet til barnets beste gjelder for. Det må i tillegg undersøkes hvilke rettigheter barn skal ha for at man kan si at hensynet til barnets beste er tilstrekkelig ivaretatt.

#### **4.3.2 Anvendelsesområdet til hensynet til barnets beste**

I første del av art.3 formuleres barnet bestemt som "the child", mens i bestemmelsens andre del formuleres barn ubestemt som "children". Spørsmålet er om hensynet til barnets beste innebærer at det skal tas hensyn til hva som er best for barnet som blir berørt av den aktuelle avgjørelsen, eller om man skal vektlegge hva som er best for barn generelt.

En naturlig språkforståelse av at det skal tas hensyn til hva som er best for "the child" tyder på at det skal tas hensyn til hva som er best for det konkrete barnet. Ordlyden av at det skal tas hensyn til barnets beste i alle avgjørelser "concerning children" henspiller imidlertid på omfanget av avgjørelser der man er forpliktet til å ta et slikt

---

<sup>108</sup> Høstmælingen m.fl. (2012) s.52.

<sup>109</sup> Høstmælingen m.fl. (2012) s.52.

hensyn. I alle avgjørelser som angår barn skal det tas hensyn til hva som er best for det barnet avgjørelsen angår.

Haugli støtter en slik forståelse av anvendelsesområdet til hensynet til barnets beste. Hun fastholder for øvrig at dette vil kunne variere ut fra hvem som er beslutningstaker.<sup>110</sup> Da det i fremstillingen dreier seg om dommeres reaksjonsvalg i straffesaker må konvensjonen forstås slik at det skal legges vekt på hva som er det beste for det domfelte barnet.

### **4.3.3 Innholdet av hensynet til barnets beste**

Det neste som må presiseres er betydningen av ”the best interests of the child” i art.3. Spørsmålet er hva som er å anse som barnets beste etter konvensjonen og følgelig hvilke rettigheter som skal ivaretas i avgjørelser som angår barn.

En naturlig språkforståelse av ”the best interests of the child” er ikke entydig. Hva som er det beste for barn vil vanskelig kunne utledes generelt. Det kan herske forskjellige oppfatninger om hva som er å anse som barnets beste. I tillegg vil det som anses som barnets beste kunne variere i ulike nasjonale og sosiale sammenhenger, da barn forskjellige steder i verden lever under svært ulike forhold. Det som blir ansett som det beste for ett barn i en sammenheng, blir gjerne ikke ansett som det beste for et barn i en annen sammenheng.

Barnekomiteen har ikke utledet noen retningslinjer for innholdet av hensynet til barnets beste. De har heller ikke uttalt hvilke vurderinger hensynet til barnets beste fordrer. Dette kan være nettopp fordi det ville vært vanskelig å utlede en generell standard for hva som er det beste for barn når det er så mange konvensjonsstater.

Sentrale internasjonale teoretikere har kritisert den vage formuleringen av hensynet til barnets beste. Det har blant annet vært hevdet at den vage formuleringen gjør det vanskelig å kontrollere om konvensjonsstatene ivaretar hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad. I tillegg har det vært fremhevet at den vage formuleringen vil gjøre

---

<sup>110</sup> Høstmælingen m.fl. (2012) s.53-54.

det mulig å ”smugle” inn kulturelle betraktninger om hva som er best for barn. Dette er igjen hevdet å undergrave den enigheten som Barnekonvensjonen representerer.<sup>111</sup>

Denne kritikken har for øvrig blitt møtt med at man kan utlede innholdet av hensynet til barnets beste til en viss grad ved å tolke Barnekonvensjonen som et hele.<sup>112</sup> Denne innvendingen finner støtte i en uttalelse fra Barnekomiteen hvor det følger at hensynet til barnets beste skal reflektere hele Barnekonvensjonen.<sup>113</sup> Dette samsvarer også med den grunnleggende regelen om at internasjonale konvensjoner skal tolkes i samsvar med konvensjonens ”object and purpose”.<sup>114</sup>

En slik helhetlig tolkning av Barnekonvensjonens art.3 innebærer at man ved å ta utgangspunkt i barnets stilling etter konvensjonsbestemmelsene kommer nærmere hva som ligger i hensynet til barnets beste. Det ville ikke vært konsistent med oppbygningen av Barnekonvensjonen om man kunne falle ned på at det var i samsvar med barnets beste å bryte en av konvensjonens nedfelte rettigheter.

Etter Barnekonvensjonen er barns rettigheter delt inn i retten til liv og helse, retten til skolegang og utvikling, retten til deltakelse og innflytelse og retten til omsorg og beskyttelse. Ut i fra den kontekstuelle tolkningen presentert over må disse rettighetene ivaretas der man skal ta hensyn til barnets beste. Straffutmåling i strid med disse rettighetene vil således være i strid med Barnekonvensjonen art.3. Hvorvidt flere rettigheter er omfattet av hensynet til barnets beste sier konvensjonen ingenting om.

#### **4.3.4 Hensynet til barnets beste – et forbud mot frihetsstraff?**

Siden barns soning i fengsel bryter mot flere av konvensjonsrettighetene angitt over taler hensynet til barnets beste mot fengsling av barn. Det som for øvrig skal behandles er spørsmålet om hensynet til barnets beste setter et absolutt forbud mot å idømme barn frihetsstraff.

---

<sup>111</sup> Detrick (1999) s.88-89 med videre henvisninger.

<sup>112</sup> Detrick (1999) s.89 med videre henvisninger.

<sup>113</sup> General Comment No.8 (2006) avsnitt 26.

<sup>114</sup> Wienkonvensjonen art.31.

Ordlyden av hensynet til barnets beste tilsier at hensynet til barnets beste skal være tungtveiende i avgjørelser som angår barn ("a primary consideration"). Utover dette kan det ikke utledes noe om hvordan hensynet skal vektlegges mot andre grunnleggende interesser.

Avgjørelsen av om et barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff er et slikt tilfelle der også andre grunnleggende interesser gjør seg gjeldende. Mens grunnleggende strafferettslige interesser taler for fengsling taler hensynet til barnets beste mot fengselsstraff.

Ved utarbeidelse av Barnekonvensjonen tok konvensjonens forfattere i betraktning at slike kollisjonstilfeller kunne forekomme. Her ble det besluttet at hensynet til barnets beste skulle formuleres som "a primary consideration" og ikke som "the paramount consideration". Begrunnelsen for dette var nettopp at det kunne finnes andre rettslige interesser som i noen tilfeller kunne veie tyngre enn hensynet til barnets beste.<sup>115</sup> Hensynet til barnets beste ble ikke ansett som det absolutt overordnede hensynet over alle andre interesser.<sup>116</sup>

Teoretikere har imidlertid hevdet at det ikke var konvensjonsforfatterenes intensjon å påvirke vekten av hensynet til barnets beste. Det hevdes at endringen ble gjort for å gjøre hensynet fleksibelt.<sup>117</sup> Flexibiliteten skulle igjen åpne for at det kunne tenkes helt spesielle tilfeller der hensynet til barnets beste måtte vike, men at normalordningen fortsatt måtte være at hensynet til barnets beste måtte gå foran.<sup>118</sup>

Uavhengig av hvilken intensjon konvensjonsforfatterne hadde da de utformet bestemmelsens ordlyd åpner ordlyden for at andre interesser kan tenkes å gå foran hensynet til barnets beste. Med dette har man innført en bevisbyrde der spørsmålet er om de konkurrerende interessene er sterke nok til å gå foran hensynet til barnets beste.<sup>119</sup> Ordlyden gir ingen nærmere retningslinjer for avveiningen av hensynene. At

---

<sup>115</sup> Detrick (1999) s.91 med videre henvisninger.

<sup>116</sup> Detrick (1999) s.91 med videre henvisninger.

<sup>117</sup> Detrick (1999) s.91.

<sup>118</sup> Detrick (1999) s.91.

<sup>119</sup> Detrick (1999) s.91.



ordlyden åpner for at andre interesser kan gå foran hensynet til barnets beste tyder for øvrig på at hensynet til barnets beste ikke innebærer et forbud mot fengsling av barn.

Dette standpunktet støttes av at det er gitt en snever adgang til å fengsle barn i Barnekonvensjonens art.37(b). Denne bestemmelsen kan synes som en kompromissbestemmelse der FN har sett kollisjonen mellom strafferettslige hensyn og hensynet til barnets beste.<sup>120</sup> Bestemmelsen gir etter en slik betraktning føringer for hvordan konvensjonsstatene skal håndtere slike kollisjonstilfeller. I art.37(b) settes det ikke et absolutt forbud mot fengsling av barn. En kan for øvrig se at hensynet til barnets beste har gitt seg utslag i en høy terskel for idømmelse av slik fengselsstraff. Det skal redegjøres nærmere for denne bestemmelsen i det følgende.

#### **4.3.5 Barnekonvensjonen art.37(b)**

Barnekonvensjonen art.37(b) er utledet av hensynet til barnets beste i art.3 og angir vilkårene for å idømme barn frihetsstraff etter konvensjonen.

Av art.37(b) fremgår det at:

States Parties shall ensure that [n]o child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child(...) shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.<sup>121</sup>

Avgjørende for om et barn kan idømmes fengselsstraff er følgelig at ubetinget fengselsstraff skal idømmes som ”a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time”.<sup>122</sup>

En naturlig språkforståelse av bestemmelsen tilsier at barn svært sjelden kan idømmes ubetinget fengselsstraff. Terskelen for slik fengsling er høy. Bestemmelsen angir imidlertid ikke et forbud mot slik ubetinget fengsling av barn. Ordlyden av bestemmelsen sier lite om i hvilke tilfeller det kan forsvares å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

---

<sup>120</sup> NOU 2008:15 s.103 flg.

<sup>121</sup> CRC art.37(b).

<sup>122</sup> CRC art.37(b).

Barnekomiteen har sluttet seg til at barn svært sjelden skal fengsles i sin General Comment No.10. Der omtaler de vilkåret om at soning i fengsel skal være ”a measure of last resort” som et ledende prinsipp for frihetsstraff.<sup>123</sup> De forutsetter også at medlemslandene må ha tilgjengelig alternative reaksjoner til frihetsstraff for å kunne oppfylle sine forpliktelser etter Barnekonvensjonen art.37(b).<sup>124</sup> En naturlig forståelse av kommentaren taler for at det er en forutsetning for å fengsle barn at alternative reaksjoner har blitt prøvd i forkant.

Synspunktet om at alternative reaksjoner må ha vært prøvd før barn kan idømmes fengselsstraff finner man støtte for i Beijing-reglens art.19.<sup>125</sup>

Av art.19 følger det at institusjonalisering, og herunder fengsling av unge, alltid skal være ”a disposition of last resort and for the minimum necessary period”.<sup>126</sup>

I kommentaren til bestemmelsen uttales det at dette vilkåret innebærer at ”a juvenile offender should not be incarcerated unless there is no other appropriate response”.<sup>127</sup>

Samlet sett viser en tolkning av art.37(b) at bestemmelsen gir uttrykk for at det skal utvises forsiktighet med bruk av fengselsstraff overfor barn. En forutsetning for slik idømmelse av fengselsstraff er i hvert fall at det har blitt prøvd alternative reaksjoner overfor lovbrøyteren. Bestemmelsen angir at terskelen for fengsling er høy, men gir ingen holdepunkter for i hvilke tilfeller det kan forsvares at barn idømmes ubetinget fengselsstraff. En følge av dette er at konvensjonsstatene selv har vært nødt til å fastsette terskelen for når barn kan idømmes ubetinget fengsel. Adgangen til å fengsle barn i norsk rett, sett i lys av Barnekonvensjonen, avhenger nettopp av hvor denne grensen har blitt ansett å ligge i norsk rett.

---

<sup>123</sup> General Comment No.10 (2007) avsnitt 78-80.

<sup>124</sup> General Comment No.10 (2007) avsnitt 78-80.

<sup>125</sup> For nærmere om Beijing-reglene se til oppgavens punkt 1.3.

<sup>126</sup> Beijing-reglene art.19.

<sup>127</sup> Beijing-reglene art.19, commentary.

## **5 Adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett**

### **5.1 Forholdet mellom norsk rett og folkeretten**

Det norske rettssystemet er i utgangspunktet et dualistisk system. Dette innebærer at norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser eksisterer side om side uten å påvirke hverandre.<sup>128</sup> Det såkalte presumsjonsprinsippet avhjelper de forskjeller som det dualistiske prinsippet kunne medført mellom norsk rett og folkeretten. Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett skal tolkes i samsvar med folkeretten.<sup>129</sup>

For Barnekonvensjonen er rettsstillingen en annen da konvensjonen er inkorporert i sin helhet i norsk rett, jfr. mrl.§2. Konvensjonen er også gitt forrang foran norsk lovgivning, jfr. mrl.§3.

Ved at konvensjonen er inkorporert vil barn kunne påberope seg rettigheter direkte etter konvensjonen for norske domstoler. At konvensjonen er direkte anvendelig for domstolene gjør også internasjonal praktisering av konvensjonen relevant i avgjørelser som angår barn i norsk rett.

I dag foreligger det imidlertid i norsk rett en lovbestemmelse i strl.§18 som regulerer adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Bestemmelsen er innført for å ivareta Norges forpliktelser etter Barnekonvensjonen art.3, art.37(b) og art.40.<sup>130</sup> I spørsmålet om hvilken adgang det er til å idømme barn ubetinget fengselsstraff er det dermed naturlig å ta utgangspunkt i strl.§18.

---

<sup>128</sup> Ruud m.fl. (2006) s.50.

<sup>129</sup> Ruud m.fl. (2006) s.53.

<sup>130</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.98.

## **5.2 Adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff etter den norske straffeloven**

### **5.2.1 Innledning**

Straffeloven § 18 ble innført i straffeloven som del av en større lovendring i 2012. Denne lovendringen ble gjennomført for å imøtekomme kritikken som Barnekomiteen fremsatte mot Norge i 2010.<sup>131</sup>

Ved lovendringen ble blant annet også en ny straffereaksjon – ungdomsstraff – innført. Denne straffereaksjonen vil også kunne ha betydning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett. Når det i det følgende skal ses hen til adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff etter straffeloven må det ses hen til både strl.§18 og ungdomsstraffens betydning for spørsmålet.

### **5.2.2 Vilkårene for å idømme barn ubetinget fengsel i strl.§18**

Av strl.§18 følger det at lovbrutere som var under 18 år på gjerningstidspunktet kan idømmes ubetinget fengselsstraff der dette er ”særlig påkrevd”.

Ordlyden av at ubetinget fengselsstraff må være ”særlig påkrevd” tilsier at det skal mye til for at barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff. Etter en naturlig forståelse foreligger det imidlertid ikke et absolutt forbud mot fengsling av barn i norsk rett.

Denne tolkningen finner støtte i forarbeidene. Her påpekes det at det er en nødvendighet å ha en frihetsberøvende reaksjon tilgjengelig for barn i lys av hensynet til samfunnsvern og allmennprevensjon.<sup>132</sup>

Det som er særlig interessant for fremstillingen er for øvrig hvilke interesser som må gjøre seg gjeldende for å kunne forsvare at barn idømmes ubetinget fengselsstraff, jfr. ”særlig påkrevd”.

Straffeloven §18 tilsvarer § 33 i den nye straffeloven av 2005 og forarbeidene til den nye straffeloven er dermed en relevant rettskilde.<sup>133</sup> I disse forarbeidene fremgår det

---

<sup>131</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.14.

<sup>132</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.100.

at spørsmålet om ubetinget fengselsstraff er særlig påkrevd må vurderes i forhold til lovbruddets art og forholdene ellers. Dersom andre reaksjoner er tilstrekkelige og hensiktsmessige skal disse idømmes. Det angis en hovedregel om at andre reaksjoner bør være prøvd før et barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff.<sup>134</sup>

For vurderingen av i hvilke tilfeller det må anses særlig påkrevd med ubetinget fengselsstraff vises det i forarbeidene også til vurderingen foretatt av Høyesterett i Rt.2010s.1313.<sup>135</sup>

Rt.2010s.1313 omhandler straffutmålingen overfor en gjerningsperson som var 17 år og 4 måneder på gjerningstidspunktet. Gjerningspersonen var domfelt for fem ran, ransforsøk og tyveri. Høyesterett utmålte straff til 420 timer samfunnsstraff. Subsidiær fengselsstraff ble satt til to år og seks måneder.

I straffutmålingen tar Høyesterett utgangspunkt i den fengselsstraff domfelte ville blitt idømt om han var en voksen lovbrøyer.<sup>136</sup> Det stilles videre spørsmål ved om lovbrøyerens lave alder medfører at det heller bør reageres med samfunnsstraff.<sup>137</sup>

Som utgangspunkt for vurderingen ses det hen til strl. § 28a.<sup>138</sup> Bestemmelsen hjemler samfunnsstraff overfor unge lovbrøyerere så lenge straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet, jfr. strl. § 28a første ledd bokstav b. Selv om Høyesterett vurderer spørsmålet etter bestemmelsen om samfunnsstraff dreier vurderingen seg om skillet mellom samfunnsstraff og ubetinget fengselsstraff. Avgjørelsen har derfor direkte relevans for fremstillingen.

I interesseavveiningen ved valg av straffereaksjon tar Høyesterett utgangspunkt i at det skal tas hensyn til barnets beste etter Barnekonvensjonen art.3.<sup>139</sup> De legger til

---

<sup>133</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.162.

<sup>134</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.163 med videre henvisning til Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s.435.

<sup>135</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.100.

<sup>136</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 6.

<sup>137</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 7.

<sup>138</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 8.

<sup>139</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13.

grunn at hensynet til barnets beste skal veie tungt i møte med allmennprevensjonen. Dette hjemler de i Barnekonvensjonens art. 37(b) og uttalelser fra Barnekomiteen.<sup>140</sup>

Om hensynet til barnet beste uttales det at dette innebærer en plikt for beslutningstaker til å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas. Dette skal videre trekkes sentralt inn i beslutningsgrunnlaget.<sup>141</sup> Utover dette sier ikke Høyesterett noe eksplisitt om hvilke rettigheter et barn er sikret gjennom hensynet til barnets beste.

Ved at Høyesterett omtaler hensynet til barnets beste som tungtveiende i møte med allmennprevensjonen åpner de for øvrig for at hensynet i noen tilfeller vil måtte vike til fordel for allmennprevensjonen. Om avveiningen mellom hensynet til barnets beste og allmennprevensjonen uttales det at:

Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden(...) forskyves tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til.<sup>142</sup>

Av Høyesteretts uttalelse kan det utledes at ubetinget fengselsstraff kun kan idømmes en ung lovbrøyer der det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Uansett vil en ung lovbrøyer ikke kunne idømmes fengselsstraff dersom de særlig tungtveiende allmennpreventive hensynene i tilfredsstillende grad også kan ivaretas ved dom på samfunnsstraff. Der domfelte er under 18 år skal det følgelig foretas en todelt vurdering i spørsmålet om ubetinget fengselsstraff kan idømmes. Graden av allmennpreventive hensyn som kreves for å fengsle barn blir mindre jo eldre barnet er.

---

<sup>140</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13-14.

<sup>141</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13.

<sup>142</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 15.

I den konkrete vurderingen av om lovbrøteren i saken kan straffes med fengsel peker Høyesterett på at individualpreventive hensyn tilsier en dom på samfunnsstraff.<sup>143</sup> De sier videre ikke noe eksplisitt om hva som regnes som ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som må veie tyngre enn individualprevensjonen. Når Høyesterett faller ned på at det må reageres med samfunnsstraff i saken gir de for øvrig uttrykk for tvil. De fremhever at det med atskillig styrke kan argumenteres for at ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” foreligger.<sup>144</sup> Tvilen kan tyde på at saken representerer et ytterpunkt for handlinger som kan møtes med samfunnsstraff.

Dommen gir en viss veiledning i spørsmålet om ubetinget fengselsstraff er ”særlig påkrevd” etter strl.§18. Den kan tas til inntekt for at vilkåret henspeiler en vurdering av hvorvidt hensynet til barnets beste, slik det følger av Barnekonvensjonen art.3, må medføre at barnet ikke kan fengsles. I denne vurderingen veier hensynet til barnets beste tungt. I dommen gis hensynet selvstendig rettslig verdi ved at det blir påpekt at der hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende kreves det ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” for å idømme barnet ubetinget fengselsstraff.

Når 2010-dommen gis direkte overføringsverdi til spørsmålet om det er særlig påkrevd med fengsel etter strl.§18, reiser det seg et interessant spørsmål. Spørsmålet er hvorfor lovgiver har valgt å innføre lovregulering på området dersom tilsvarende rettigheter forelå i rettspraksis forut for lovendringen. Forholdet mellom lovendringen og Rt.2010s.1313 behandles nærmere i oppgavens punkt 5.2.4. Det skal først ses hen til ungdomsstraffen og dens betydning for barns rettsstilling i spørsmålet om ubetinget fengselsstraff kan idømmes.

### **5.2.3 Ungdomsstraffen og dens betydning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff**

Ved lovendringen i 2012 ble den nye straffereaksjonen ungdomsstraff innført i en ny bestemmelse i strl.§28c. Bestemmelsen er ventet å tre i kraft 1.juli 2014.

---

<sup>143</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 18.

<sup>144</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 19.

Pilotprosjekter med ungdomsstraff ble for øvrig satt i verk i Telemark og Sør-Trøndelag i 2012. Som del av disse pilotprosjektene har det blitt avsagt flere dommer på ungdomsstraff. I disse dommene har de unge lovbrøytene blitt idømt ungdomsstraff med hjemmel i strl.§53 nr.3.<sup>145</sup> Ungdomsstraffen har således blitt idømt som et vilkår til dom på betinget fengsel.

Det skal ikke foretas en detaljert fremstilling av lovreguleringen av ungdomsstraff da denne straffereaksjonen ikke har trådt i kraft enda. Allikevel skal det kort ses hen til hvilken betydning ungdomsstraffen vil komme til å ha for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett.

Straffereaksjonen ungdomsstraff ble innført for unge lovbrøytene som en alternativ straffereaksjon i tilfeller der lovbrøytene ellers ville blitt idømt ubetinget fengselsstraff eller de strengeste samfunnsstraffer.<sup>146</sup> En forutsetning for ungdomsstraff er således at den unge lovbrøytene har begått alvorlig eller gjentatt kriminalitet.

Ungdomsstraffen bygger på en grunnleggende tanke om såkalt ”restorative justice”.<sup>147</sup> Med ”restorative justice” menes i denne sammenheng en tanke om at det ved lovbrudd begått av barn skal settes i gang en prosess der alle som er berørt av lovbruddet får anledning til å delta. Gjennom prosessen ønsker man at den unge lovbrøytene tar oppgjør med egen kriminalitet.<sup>148</sup> Det finnes ikke et norsk ord for ”restorative justice” da vi ikke har tradisjon for partssystem i norsk strafferett.

På bakgrunn av denne tankegangen er ungdomsstraffen en prosess bestående av at det holdes ungdomsstormøte og utarbeides en ungdomsplan. I ungdomsstormøtet møtes de berørte i saken i regi av konfliktrådet og utarbeider en ungdomsplan som domfelte må samtykke i å følge.<sup>149</sup> Ungdomsplanen skal inneholde forpliktelser for domfelte. Eksempler på forpliktelser er jobb, skole, boplikt og innetider.<sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> 14-059832MED-NETE og 14-054978MED-NETE.

<sup>146</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.114.

<sup>147</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.112.

<sup>148</sup> Mer om dette se Prop.135 L (2010-2011) s.112.

<sup>149</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.123.

<sup>150</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.108.



Det foreligger reservasjoner for adgangen til å idømme ungdomsstraff. Det må trekkes en grense nedad mot mindre alvorlige lovbrudd som skal møtes med samfunnsstraff eller betinget fengsel.<sup>151</sup> I tillegg må det trekkes en øvre grense mot lovbrudd som skal møtes med ubetinget fengselsstraff.<sup>152</sup> Dette vil typisk være der ungdomsstraff er uegnet på grunn av høy risiko for ny kriminalitet eller fordi lovbruddet som er begått er svært alvorlig.<sup>153</sup> Med dette ser vi at heller ikke ungdomsstraff innebærer et forbud mot å idømme barn ubetinget fengselsstraff.

I vurderingen av om ubetinget fengselsstraff kan idømmes fremfor ungdomsstraff vises det i forarbeidene til vurderingen i Rt.2010s.1313.<sup>154</sup> Dette innebærer at hensynet til barnets beste også skal være tungtveiende i valget mellom ubetinget fengselsstraff og ungdomsstraff. Det kreves ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” for å fengsle.<sup>155</sup> Siden ungdomsstraffen er en strengere straffereaksjon enn samfunnsstraff skal det for øvrig mer til for å idømme barn ubetinget fengselsstraff der alternativet er ungdomsstraff.<sup>156</sup>

#### **5.2.4 Forholdet mellom lovendringen og Rt.2010s.1313**

Etter å ha presentert lovbestemmelsen i strl.§18 og ungdomsstraffens betydning for spørsmålet om fengsling ser vi at det ikke foreligger forbud mot å fengsle barn i norsk rett. Det er en snever adgang til å idømme barn ubetinget fengselsstraff der dette er særlig påkrevd.<sup>157</sup>

Vi har sett at det følger av forarbeidene til endringsloven at vurderingen av om fengsling er å anse som særlig påkrevd må ta utgangspunkt i vurderingen foretatt i Rt.2010s.1313.<sup>158</sup> Det er denne vurderingen som må legges til grunn uavhengig av om den alternative straffereaksjon er samfunnsstraff eller ungdomsstraff. For øvrig er det

---

<sup>151</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.114-115.

<sup>152</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.114-115.

<sup>153</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.114-115.

<sup>154</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.115-116.

<sup>155</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 15.

<sup>156</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.116.

<sup>157</sup> Strl.§18.

<sup>158</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.100 og s.115-116.

tatt et forbehold om at det skal mer til for å idømme ubetinget fengselsstraff der den alternative straffereaksjon er ungdomsstraff.<sup>159</sup>

Å legge dommen fra 2010 til grunn for vurderingene reiser imidlertid et interessant spørsmål. Spørsmålet er hvorfor lovgiver har foretatt lovendringen når tilsvarende rettigheter kunne utledes fra 2010-dommen forut for lovendringen. Det er særlig interessant å se hen til om lovendringen i det hele tatt har medført endring i barns rettsstilling ved valg av straffereaksjon.

Lovendringens betydning for barns rettsstilling ved valg av straffereaksjon blir berørt i forarbeidene til endringsloven. Ved behandlingen av grensdragningen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengselsstraff uttales:

Selv om en lovendring ikke er nødvendig, kan det likevel være *ønskelig* med en særskilt unntaksbestemmelse for barn(...). En slik presisering vil sende et viktig signal til påtalemyndigheten og domstolen om at samfunnsstraff i større utstrekning bør brukes som straffereaksjon overfor barn.<sup>160</sup>

Uttalelsen kan tas til inntekt for at den nye lovgivningen på området ikke har medført endring i rettstilstanden for adgangen til å idømme barn fengselsstraff.

Tilsvarende konklusjon ble lagt til grunn da Høyesterett i Rt.2013s.67 behandlet forholdet mellom lovendringen og Rt.2010s.1313.

Rt.2013s.67 omhandler straffutmålingen overfor en gjerningsperson som var 17 år på gjerningstidspunktet. Gjerningspersonen var blant annet dømt for alvorlige voldsforbrytelser, legemsfornærmelser og salg av narkotika. Høyesterett ble stående ved straffen utmålt av Lagmannsretten. Det ble idømt fengsel i 1 år og 6 måneder, der 6 måneder av straffen ble gjort betinget.

I straffutmålingen tas det utgangspunkt i den fengselsstraff som ville blitt idømt dersom lovbrøteren var voksen. Det stilles for øvrig spørsmål ved om domfeltes lave

---

<sup>159</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.115-116.

<sup>160</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.97.

alder på gjerningstidspunktet må medføre at det heller bør reageres med samfunnsstraff.<sup>161</sup>

Høyesterett tar utgangspunkt i strl.§18 om at barn bare kan idømmes ubetinget fengselsstraff der dette er ”særlig påkrevd”. Det understrekes at dette er et strengt vilkår som er ment å markere at andre straffereaksjoner primært skal vurderes i saker med unge lovbryttere.<sup>162</sup> Høyesterett påpeker videre at vurderingen må ta utgangspunkt i lovbruddets art og forholdene ellers. Dette hjemles i forarbeidene til § 33 i den nye straffeloven av 2005, som igjen hevdes å være parallell til strl.§18.<sup>163</sup>

Videre ser Høyesterett at vurderingen av om ubetinget fengsel er særlig påkrevd må ses i lys av Rt.2010s.1313. Dette begrunner de blant annet med at 2010-dommen var en forskuttering av § 33 i straffeloven av 2005.<sup>164</sup>

Det vises på denne bakgrunn til uttalelsen i 2010-dommen om at det kreves ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” for å idømme barn ubetinget fengselsstraff.<sup>165</sup>

Før Høyesterett foretar denne vurderingen i spørsmålet om fengsel er særlig påkrevd ser de for øvrig behovet for å klarlegge sammenhengen mellom lovendringen og Rt.2010s.1313.<sup>166</sup>

For å klarlegge betydningen av lovendringen viser Høyesterett til forarbeidenes henvisning til Rt.2010s.1313.<sup>167</sup> Det vises i tillegg til forarbeidsuttalelsen som ble gjennomgått over om at lovendringen ikke var nødvendig, men ønskelig for å sende signal til påtalemyndigheten og domstolen om forsiktighet ved bruk av fengsel overfor barn.<sup>168</sup> En annen sentral henvisning som Høyesterett gjør er til en forarbeidsuttalelse der departementet påpeker at strl.§18 ble innført fordi det ville ta

---

<sup>161</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 8.

<sup>162</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 9.

<sup>163</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 10.

<sup>164</sup> Rt.2013 s.67 avsnitt 13-14.

<sup>165</sup> Rt.2010s.1313 analyseres inngående i oppgavens punkt 5.2.2.

<sup>166</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 15.

<sup>167</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 15.

<sup>168</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 15.

tid før den nye straffeloven trer i kraft.<sup>169</sup> Blant annet basert på de overnevnte forarbeidsuttalelsene trekker Høyesterett følgende slutning om forholdet mellom lovendringen og dommen fra 2010:

Jeg legger til grunn at lovgiver med dette gir sin tilslutning til den kursendring som fant sted ved Rt.2010s.1313. Den tvil førstvoterende den gang ga uttrykk for med hensyn til om det ut fra saksforholdet var forsvarlig å benytte samfunnsstraff, er det ikke lenger noe grunnlag for. Og det vil i dag, slik jeg leser proposisjonen, heller ikke være riktig å oppfatte dommen fra 2010 som et ytterpunkt med hensyn til hvilke straffbare handlinger som(...) kan møtes med samfunnsstraff.<sup>170</sup>

Av uttalelsen kan det utledes at Høyesterett likestiller vurderingen av om det er ”særlig påkrevd” med ubetinget fengselsstraff med vurderingen foretatt av Høyesterett i Rt.2010s.1313. I vurderingen av om fengselsstraff er ”særlig påkrevd” blir altså tyngdepunktet mellom individualpreventive og allmennpreventive hensyn forskjøvet. Individualpreventive hensyn veier med dette tyngre og spørsmålet er om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som kan forsvare at barnet må sone i fengsel. Nytt etter dommen fra 2013 er for øvrig at 2010-dommen ikke lenger kan anses som et ytterpunkt for forbrytelser som kan møtes med samfunnsstraff. En kan dermed tenke seg at svært alvorlige lovbrudd, som i utgangspunktet ville medført flere års ubetinget fengsel, vil bli møtt med samfunnsstraff der domfelte er ung.

Etter å ha klargjort vurderingen som må foretas i spørsmålet om fengsling er særlig påkrevd kommer Høyesterett med en interessant bemerkning om ungdomsstraff. De fastholder at ved ungdomsstraffens ikrafttredelse vil det bli behov for nærmere grensdragning mellom samfunnsstraff og ungdomsstraff.<sup>171</sup> De ser med dette at den øvre terskelen for å idømme barn samfunnsstraff blir annerledes når ungdomsstraff blir innført som alternativ til blant annet de strengeste samfunnsstraffer. Det kreves altså en klarlegging av ungdomsstraffens nedre grense mot blant annet samfunnsstraff.

---

<sup>169</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 16.

<sup>170</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 17.

<sup>171</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 18.

Høyesterett gir ingen bemerkninger i forhold til at ungdomsstraffen også vil ha en øvre grense mot ubetinget fengselsstraff. Det er vanskelig å se hvorfor Høyesterett har utelatt dette da ungdomsstraffens ikrafttredelse også vil nødvendiggjøre nærmere grensedracting mellom ungdomsstraff og ubetinget fengselsstraff.

Etter bemerkningen om ungdomsstraff foretar Høyesterett den konkrete vurdering av om fengselsstraff må anses særlig påkrevd i den foreliggende saken. De viser til at allmennprevensjonen gjør seg sterkt gjeldende ved voldsforbrytelser.<sup>172</sup> Det fremheves at på dette og andre områder ”kan hensynet til allmennprevensjonen være så gjennomgående at det i praksis blir lite rom for utvidelser av området for samfunnsstraff”.<sup>173</sup> Ved å se de alvorlige voldsforbrytelsene i sammenheng med at lovbryteren ikke er i en rehabiliteringssituasjon faller Høyesterett ned på at fengselsstraff er ”særlig påkrevd”.<sup>174</sup>

### **5.3 Gjeldende rett**

#### **5.3.1 Rettstilstanden på området**

En oppsummering viser at det i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff etter straffeloven skal foretas en tilsvarende vurdering som i Rt.2010s.1313. Dette er den samme vurderingen som hadde blitt foretatt dersom Barnekonvensjonen hadde blitt påberopt direkte for norske domstoler. I vurderingen av om ubetinget fengsling er særlig påkrevd etter strl.§18 skal det med dette tas utgangspunkt i vurderingsmomentene som kan utledes av dommen.

Dette utgangspunktet for vurderingen gjelder både i spørsmålet om å idømme ubetinget fengselsstraff fremfor samfunnsstraff og i den nyere vurderingen av om ubetinget fengselsstraff kan idømmes fremfor ungdomsstraff. I redegjørelsen for hva som konkret er gjeldende rett skal det fokuseres på grensen mellom ubetinget fengselsstraff og samfunnsstraff. Dette er fordi denne grensedractingen har vært hyppigere oppe i rettspraksis da ungdomsstraffen er en helt ny straffereaksjon.

---

<sup>172</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 18.

<sup>173</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 18.

<sup>174</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 19.

At ubetinget fengsel må være ”særlig påkrevd” peker først og fremst på at det må vurderes hvorvidt hensynet til barnets beste medfører at barn ikke kan fengsles. I avveiningen mellom hensynet til barnets beste og allmennprevensjonen har hensynet til barnets beste selvstendig rettslig verdi. Dette innebærer at der hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende vil det skje en forskyvning av tyngdepunktet i avveiningen mellom allmennpreventive og individualpreventive hensyn. Det kreves ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” for at hensynet til barnets beste må vike til fordel for fengsling av barnet. I avveiningen som foretas idømmes fengselsstraff når allmennpreventive hensyn ikke ivaretas i tilstrekkelig grad ved dom på samfunnsstraff. Gjeldende rett er således at det skal foretas en todelt vurdering i spørsmålet om barn kan idømmes ubetinget fengselsstraff.

Utover disse vurderingsmomentene foreligger det ikke nærmere retningslinjer for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett. Den nærmere grensen mellom samfunnsstraff og ubetinget fengselsstraff synes med dette fremdeles uavklart.

Det første som gjør terskelen for ubetinget fengsling av barn uklar er at det ikke sies noe konkret i rettspraksis om hva som anses som ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som gjør fengsling særlig påkrevd etter strl.§18.

Det synes heller ikke konkret klarlagt i rettspraksis hva som ligger i normeringen ”hensynet til barnets beste”. Ved at rekkevidden av hensynet ikke er klarlagt er det også vanskelig å fremstille et nyansert bilde av hvordan og når hensynet begrenser bruk av fengselsstraff overfor barn. Et interessant spørsmål her er hvorvidt det kan tenkes tilfeller der fengsling av barn faktisk er i samsvar med barnets beste.

I det følgende skal forholdet mellom ”hensynet til barnets beste” og ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” forsøkes presisert.

Det vil tas utgangspunkt i dommene i Rt.2010s.1313 og Rt.2013s.67 som ble gjennomgått over. I tillegg skal det ses hen til en nyere avgjørelse i Rt.2013s.776. Alle dommene er sentrale på området og omhandler straffutmåling overfor unge lovbrøyttere som er dømt for blant annet voldsforbrytelser.

### 5.3.2 ”Særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” i rettspraksis

I Rt.2010s.1313 kom Høyesterett frem til at den unge lovbyteren ikke kunne idømmes ubetinget fengselsstraff. I straffutmålingen tar Høyesterett utgangspunkt i hva straffen ville vært for en voksen lovbyter.<sup>175</sup> Deretter stiller de spørsmål ved om domfeltes lave alder må medføre at det heller skal reageres med samfunnsstraff.<sup>176</sup> Det fremheves at der det skal tas hensyn til barnets beste må samfunnsstraff idømmes med mindre det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som taler for fengselsstraff.<sup>177</sup>

Høyesterett uttaler ikke noe eksplisitt om vurderingen av om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. I vurderingen blir det for øvrig gitt uttrykk for tvil.<sup>178</sup> Under henvisning til forbrytelsens alvorlighet blir det uttalt at det med tyngde kan argumenteres for at det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”.<sup>179</sup> Slike allmennpreventive hensyn blir allikevel ikke ansett for å foreligge. Dette begrunnes med at gjerningspersonen ikke tidligere er straffedømt, at forbrytelsene ble begått samme natt og at det ikke foreligger opplysninger om nye straffbare forhold.<sup>180</sup>

Av dommen kan det utledes at forbrytelsens alvorlighetsgrad er av betydning for spørsmålet om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Mengden kriminalitet som gjerningspersonen har begått vil også være av betydning. Dette innebærer at det lettere vil kunne konkluderes med at det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” dersom en ung lovbyter er en kriminell gjenganger enn dersom det dreier seg om et engangstilfelle. At Høyesterett ga uttrykk for tvil i avgjørelsen tyder på at forbrytelsene i dommen utgjør et ytterpunkt for hvilke tilfeller som kan møtes med samfunnsstraff.

---

<sup>175</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 6.

<sup>176</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 7.

<sup>177</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13-15.

<sup>178</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 19.

<sup>179</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 19.

<sup>180</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 19.

Høyesterett har imidlertid uttalt i Rt.2013s.67 at 2010-dommen ikke representerer et ytterpunkt for forbrytelser som kan møtes med samfunnsstraff.<sup>181</sup>

I Rt.2013s.67 kom Høyesterett frem til at en lovbrøyer under 18 år måtte idømmes ubetinget fengselsstraff. Også her tas det utgangspunkt i den straff som ville ha blitt utmålt om lovbrøyeren var voksen.<sup>182</sup> Deretter blir det stilt spørsmål ved om domfeltes alder på gjerningstidspunktet må tilsi en reaksjon på samfunnsstraff i stedet for ubetinget fengsel.<sup>183</sup> Høyesterett tar utgangspunkt i strl.§18 om at barn kan idømmes ubetinget fengsel der dette er "særlig påkrevd".<sup>184</sup> Dette vilkåret blir igjen ansett å innebære at fengselsstraff kan idømmes dersom det foreligger "særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn".<sup>185</sup> I vurderingen anser Høyesterett den alvorlige og eskalerende kriminaliteten som er begått som et moment i retning av at det foreligger "særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn".<sup>186</sup> I tillegg vektlegger de at lovbrøyeren ikke var i en rehabiliteringssituasjon.<sup>187</sup>

Denne dommen er lik dommen fra 2010 på noen punkter når det gjelder vurderingen av om det foreligger "særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn". I begge dommene vektlegges forbrytelsens alvorlighetsgrad og omfanget av kriminaliteten som domfelte har gjort seg skyldig i. Dommen skiller seg for øvrig fra Rt.2010s.1313 ved at det uttales eksplisitt at det er av betydning om lovbrøyeren er i en rehabiliteringssituasjon.

Den siste dommen som skal gjennomgås er Rt.2013s.776. Saken omhandler straffutmålingen overfor en gjerningsperson som var 17 år og 3 måneder på gjerningstidspunktet. Gjerningspersonen var domfelt for å ha forsøkt å voldta en 71 år gammel kvinne. Høyesterett utmåler straff til fengsel i 2 år og 9 måneder, der 2 år blir gjort betinget. Dommen er avsagt under dissens 4-1.

---

<sup>181</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 17.

<sup>182</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 8.

<sup>183</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 8.

<sup>184</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 9.

<sup>185</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 13-17.

<sup>186</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 19.

<sup>187</sup> Rt.2013s.67 avsnitt 19.



I straffutmålingen tar flertallet utgangspunkt i hva straffen ville vært om forbrytelsen hadde blitt begått av en voksen person.<sup>188</sup> Denne straffen kommer de frem til ved å se hen til det alminnelige straffenivået for forbrytelsen.<sup>189</sup> Deretter ser de hen til hvilke formildende og skjerpene omstendigheter som foreligger i saken.<sup>190</sup> Til slutt blir det gjort lovbestemte fradrag i straffen blant annet for forsøk.<sup>191</sup>

Videre i dommen ser Høyesterett hen til strl.§18 og stiller spørsmål ved om domfeltes lave alder må medføre at det skal idømmes samfunnsstraff.<sup>192</sup> Også i denne dommen fremhever Høyesterett at ubetinget fengselsstraff bare kan forsvares dersom det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”.<sup>193</sup> Flertallet uttaler ikke noe eksplisitt om denne vurderingen. De påpeker for øvrig at samfunnsstraff kan benyttes overfor unge lovbrøtere dersom denne i tilstrekkelig grad markerer alvoret i hendelsen.<sup>194</sup> En slik uttalelse tyder på at flertallet ser at noen forbrytelser er så alvorlige at de ikke kan møtes med samfunnsstraff. Dette tyder igjen på at de anser forbrytelsens alvorlighetsgrad som et moment av betydning i spørsmålet om fengsling. Dette støttes av at flertallet i den konkrete vurderingen av om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” legger vekt på at domfelte har gjort seg skyldig i en meget alvorlig integritetskrenkelse.<sup>195</sup> De fremhever at en dom på samfunnsstraff ikke markerer alvoret i hendelsen.<sup>196</sup>

Denne avgjørelsen har altså likheter med dommene over da det i alle blir lagt vekt på forbrytelsenes alvorlighetsgrad i spørsmålet om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Dommen skiller seg imidlertid fra de øvrige ved at det ikke blir sett hen til lovbrøterens kriminelle løpebane i spørsmålet om fengsling. Ved at det blir uttalt at samfunnsstraff ikke kan idømmes da den ikke markerer alvoret i forbrytelsen kan det synes som om førstvoterende legger avgjørende vekt på forbrytelsenes alvorlighetsgrad.

---

<sup>188</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 11.

<sup>189</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 11.

<sup>190</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 12-13.

<sup>191</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 14-19.

<sup>192</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 20-23.

<sup>193</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 25-26.

<sup>194</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 29.

<sup>195</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 33.

<sup>196</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 33.

Mindretallet har en noe annerledes tilnærming til spørsmålet om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som gjør fengsling særlig påkrevd etter strl.§18. Annenvoterende hevder at vurderingen tar sikte på allmennprevensjonen i bredere betydning.<sup>197</sup> Han hevder at slike allmennpreventive hensyn foreligger der man ønsker å markere et rettsgodes verdi og behovet for samfunnsvern.<sup>198</sup> Da grove volds- og seksualforbrytelser nærmest alltid utgjør et slikt tilfelle hevdes det at det nokså gjennomgående i slike saker vil foreligge ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”, også der gjerningspersonen er mindreårig.<sup>199</sup> Vi ser med dette at mindretallet faller ned på at det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” alene basert på forbrytelsens alvorlighetsgrad.

Annenvoterende fremhever for øvrig videre at det må foretas en vurdering av om de allmennpreventive hensynene kan ivaretas med dom på samfunnsstraff.<sup>200</sup> I denne vurderingen anses lengden av den alternative fengselsstraffen å være av betydning.<sup>201</sup> Det fastholdes at den samfunnsstraff kombinert med fengselsstraff som mindretallet foreslår i liten grad skiller seg fra den fengselsstraff som førstvoterende har tatt til orde for. Dette blir igjen ansett å tale for at de allmennpreventive hensynene kan ivaretas med samfunnsstraff.<sup>202</sup> Det blir også ansett å tale for samfunnsstraff at hendelsesforløpet er atypisk, ekstraordinært, fremmed og et helt uforklarlig engangstilfelle.<sup>203</sup>

Idet annenvoterende allikevel utmåler en deldom der samfunnsstraff kombineres med ubetinget fengsel er det fordi sakens alvor tilsier et merkbart, men kortere element av frihetsberøvelse.<sup>204</sup>

Selv om flertallet og mindretallet er uenige om hvilken straffereaksjon som skal idømmes synes de å foreta nokså like vurderinger i spørsmålet om det foreligger

---

<sup>197</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 40.

<sup>198</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 40.

<sup>199</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 40.

<sup>200</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 40.

<sup>201</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 41.

<sup>202</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 45.

<sup>203</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 46.

<sup>204</sup> Rt.2013s.776 avsnitt 46.

”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Flertallet uttrykker seg for øvrig mer upresist om denne vurderingen. Begge de voterende dommerne tar utgangspunkt i forbrytelsenes alvorlighetsgrad. Det kan utledes at dersom det dreier seg om en alvorlig forbrytelse, der man ønsker å markere rettsgodets verdi og behovet for samfunnsvern, vil det foreligge ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn”. Det avgjørende for fengslingsspørsmålet er for øvrig om en dom på samfunnsstraff i tilstrekkelig grad markerer alvorret i forbrytelsen. Flertallet og mindretallet har konkludert forskjellig på dette spørsmålet. Ved at flertallet konkluderte med at det forelå sterke nok allmennpreventive hensyn til å idømme ubetinget fengselsstraff er det dette som må legges til grunn.

Flertallet begrunner for øvrig ikke hvorfor det er slik at forbrytelsenes alvor ikke markeres tilstrekkelig ved dom på samfunnsstraff. Når mindretallet argumenterer for motsatt konklusjon har de derimot flere gode argumenter i form av at det uansett ikke blir store forskjeller i straffen og at det dreier seg om et engangstilfelle. At det tillegges vekt i formildende retning at det dreier seg om en førstegangsforbryter samsvarer også med dommene i Rt.2010s.1313 og Rt.2013s.67 som ble gjennomgått over. Det er vanskelig å se hvorfor flertallet i denne dommen ikke ser hen til at det dreier seg om fengsling av en førstegangsforbryter.

Felles for dommene over er at Høyesterett tar samme utgangspunkt i straffutmålingen. Det tas først stilling til hva fengselsstraffen ville vært for en voksen lovbrøyer før det stilles spørsmål ved om domfeltes alder alene må medføre at det idømmes samfunnsstraff. Hensynet til barnets beste har dermed fått den betydning at det kan stenge for at unge lovbrøyer idømmes ubetinget fengselsstraff.

I behandlingen av grensen mellom ubetinget fengselsstraff og samfunnsstraff tas det utgangspunkt i at det må foreligge ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” for å fengsle barn. I alle dommene anses forbrytelsenes alvorlighetsgrad å være av betydning for om slike allmennpreventive hensyn foreligger. Mye tyder også på at lovbrøyerens kriminelle løpebane vil være av betydning i vurderingen. At det ikke ses hen til lovbrøyerens kriminelle løpebane i den nyeste dommen fra Høyesterett gjør imidlertid dette til et litt mer usikkert moment.

### 5.3.3 Hensynet til barnets beste i rettspraksis

I dommene presentert over anses hensynet til barnets beste som et tungtveiende hensyn mot fengsling av barn. Det påpekes som vi har sett at der hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende forskyves tyngdepunktet i avveiningen mellom allmennpreventive og individualpreventive hensyn.<sup>205</sup> Utover dette sies det lite eksplisitt om hvilke rettigheter et barn har i kraft av hensynet til barnets beste.

Høyesterett berører så vidt problematikken rundt innholdet av hensynet til barnets beste i Rt.2010s.1313. I denne avgjørelsen uttaler Høyesterett at hensynet til barnets beste innebærer en plikt til å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas.<sup>206</sup> Det fastholdes i tillegg at disse interessene skal trekkes sentralt inn i beslutningsgrunnlaget.<sup>207</sup> Høyesterett ser med dette at barnets interesser må klarlegges og vektlegges ved valg av straffereaksjon. Det sies imidlertid ingenting eksplisitt om hvilke interesser et barn har rett på at skal ivaretas i kraft av hensynet til barnets beste.

Spørsmålet er om innholdet av hensynet til barnets beste kan klarlegges ved å se hen til de vurderingene Høyesterett gjør i fengslingsspørsmålet.

I vurderingene gis det lite holdepunkter for hvilke rettigheter et barn er gitt i kraft av hensynet til barnets beste. Det legges bare til grunn at fengselsstraff ikke er det beste for barnet uten at det sies noe om hvorfor dette er tilfelle. Deretter fastholdes det at kun der allmennpreventive hensyn er særlig tungtveiende vil fengsling allikevel kunne forsvares.<sup>208</sup>

Det er vanskelig å se hvorfor Høyesterett ikke presiserer innholdet av hensynet til barnets beste. Å vite hvilke rettigheter et barn har er en forutsetning for en forutberegnelig praktisering av hensynet til barnets beste som begrensning for frihetsstraff. Det vil også være vanskelig å avklare hvorvidt Norge overholder sine konvensjonsforpliktelser når det ikke er klarlagt hvilke rettigheter hensynet er ansett å

---

<sup>205</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 15, Rt.2013s.67 avsnitt 14 og Rt.2013s.776 avsnitt 25.

<sup>206</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13.

<sup>207</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 13.

<sup>208</sup> Rt.2010s.1313 avsnitt 15, Rt.2013s.67 avsnitt 14 og Rt.2013s.776 avsnitt 25.

gi barn. Den internasjonale kritikken av hensynet til barnets beste i oppgavens punkt 4.3.3 vil også være treffende i norsk rett når hensynets innhold ikke er avklart.

Å bruke vage prinsipper som rettsregler har videre blitt kritisert i norsk rettskildelære. Blant annet Graver hevder at argumentasjon ut fra vage prinsipper kan bidra til å tilsløre rettens reelle karakter.<sup>209</sup>

En kontekstuell tolkning av Barnekonvensjonen art.3 kunne bidratt til å presisere innholdet av hensynet til barnets beste, jfr. oppgavens punkt 5.3.3. En slik kontekstuell tolkning innebærer at innholdet av hensynet til barnets beste utledes av de øvrige konvensjonsfestede rettighetene. De konvensjonsfestede rettighetene anses dermed som en del av hensynet til barnets beste. Etter en slik tolkning ville man kommet frem til at hensynet til barnets beste gir barnet rett til liv og helse, rett til skolegang og utvikling, rett til deltakelse og innflytelse og rett til omsorg og beskyttelse.

Dersom Høyesterett hadde foretatt en kontekstuell tolkning ville de nok kommet til den samme slutningen om at frihetsstraff strider mot hensynet til barnets beste. Begrunnelsen for dette ville for øvrig vært at frihetsstraff strider mot flere av de overnevnte konvensjonsrettighetene. Dersom en slik fremgangsmåte hadde blitt brukt ville nok Høyesterett i tillegg sett at slutningen kan problematiseres.

For å eksemplifisere hvordan slutningen kan problematiseres skal det konstrueres en situasjon der en ung lovbrøyer har blitt domfelt for en alvorlig straffbar handling. Han har ingen familie og har vært inn og ut av barnevernsinstitusjoner hele sitt liv. Han er rusmiddelmisbruker og har begått flere straffbare handlinger tidligere. Om gjerningspersonen blir idømt frihetsstraff kan det hende at frihetsstraffen gjennomføres i et ungdomsfengsel der han får tett oppfølging. Han vil få anledning til å lære, få oppdragelse og han vil få mer omsorg enn han har fått utenfor fengselet. Dersom innholdet av barnets beste utledes av Barnekonvensjonen som et hele kan det argumenteres for at gjerningspersonens rettigheter blir ivaretatt selv ved et

---

<sup>209</sup> Graver (2006) s.220.

fengselsopphold. Dersom dette er tilfelle vil fengselsstraff kunne samsvare med det som er det beste for barnet.

Et slikt standpunkt ble inntatt av Politijuristene i høringen av NOU 2008:15 om barn og straff. De var enige i at det måtte være en viss adgang til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett. Dette ble for øvrig ikke bare begrunnet med at allmennpreventive hensyn i noen tilfeller må veie tyngst. De fremholdt i tillegg at hensynet til barnets beste ikke alltid vil være i strid med bruk av fengsel.<sup>210</sup>

Det er naturligvis argumenter som taler mot at fengsel kan være til barnets beste. For eksempel innebærer en fengselsstraff at lovbrøteren blir holdt vekke fra alminnelige lærings- og sosialiseringarenaer. At det kan tenkes tilfeller der fengsling er til barnets beste innebærer for øvrig at hensynet til barnets beste som rettslig norm kunne krevd nærmere presisering.

Departementet har for øvrig lagt til grunn at det strider mot hensynet til barnets beste å fengsle barn.<sup>211</sup> Det er kun der det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn at fengselsstraff kan idømmes.<sup>212</sup> At Høyesterett følger dette utgangspunktet fremstår dermed forsvarlig. Hadde de imidlertid synliggjort hvilke rettigheter et barn har i fengslingsspørsmålet ville reaksjonsvalgene blitt mer etterprøvbare.<sup>213</sup> Slik etterprøvbarhet ville for det første gjort det lettere å vurdere hvorvidt reaksjonsvalg i norsk rett samsvarer med Barnekonvensjonen. For det andre ville det gjort det tydeligere for dommere hva som skal vektlegges i reaksjonsvalg overfor barn i tilsvarende saker.

#### **5.3.4 Oppsummering**

Gjeldende rett viser at rettspraksis gir holdepunkter for vurderingen av om ubetinget fengsling av barn er "særlig påkrevd" etter strl.§18. I slike avgjørelser medfører

---

<sup>210</sup> Politijuristenes høringsuttalelse NOU 2008:15 (2009) og Prop.135 L (2010-2011) s.99.

<sup>211</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.100.

<sup>212</sup> Prop.135 L (2010-2011) s.100.

<sup>213</sup> Etterprøvbarhet er et grunnleggende krav ved forskning. Dette innebærer at man ved å følge materialet til en forsker skal kunne kvalitetssikre resultatet. I denne opppgaven brukes begrepet for å belyse at man ved å følge resonnementene til Høyesterett bør kunne kvalitetssikre det reaksjonsvalget som blir foretatt overfor en ung lovbrøter.

hensynet til barnets beste at tyngdepunktet i avveiningen mellom allmennpreventive og individualpreventive hensyn forskyves. I avveiningen mellom allmennprevensjonen og ”hensynet til barnets beste” kreves det ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn for å fengsle”.

I vurderingen av om det foreligger ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” som gjør fengsling av barn særlig påkrevd skal det ses hen til forbrytelsens alvorlighetsgrad. Mye tyder også på at lovbrysterens kriminelle løpebane skal vektlegges i spørsmålet om ”særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn” foreligger. Det er også mulig at det vil kunne ses hen til andre faktorer som for eksempel hvorvidt lovbrysteren er i en rehabiliteringssituasjon.

Hensynet til barnets beste setter med dette en begrensning for adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Innholdet av hensynet til barnets beste er imidlertid ikke nærmere presisert i norsk rett. Det er ikke beskrevet i rettspraksis hvilke rettigheter barn har i kraft av hensynet til barnets beste. Også i norsk rett bør man derfor falle tilbake på en kontekstuell tolkning av barnekonvensjonen som gir barn rett til liv og helse, rett til skolegang og utvikling, rett til deltakelse og innflytelse og rett til omsorg og beskyttelse. Domstolene bør forsøke å idømme straffereaksjoner som på best mulig måte ivaretar disse rettighetene for barn. Dersom barn er gitt ytterligere rettigheter i kraft av hensynet til barnets beste i norsk rett bør disse presiseres. Bare på denne måten kan man sikre at rettighetene alltid ivaretas i straffutmålingen overfor barn.

## **6 Avslutning**

I oppgaven har vi sett at hensynet til barnets beste i Barnekonvensjonen art.3 begrenser adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff. Dette viser seg ved at det kreves mye for at barn kan settes i fengsel.

Hva som kreves for å fengsle barn er imidlertid vagt utformet. Det er gjeldende rett at det skjer en forskyvning av tyngdepunktet i avveiningen mellom individualpreventive og allmennpreventive hensyn. Individualpreventive hensyn veier således tyngre enn

allmennpreventive hensyn i straffutmålingen overfor barn. Utover dette er det for øvrig ikke fastlagt hvordan ulike momenter skal vektes mot hverandre.

Dette resulterer i at straffutmålingen overfor barn fremstår preget av nokså stor dommerfrihet på lik linje som ved straffutmåling overfor voksne. Det blir utmålt en individuelt tilpasset straff ved å se hen til den konkrete lovbrøyer og de konkrete omstendigheter som foreligger i saken.

Vektingen som foretas i straffutmålingen overfor barn er nok for øvrig annerledes enn tilsvarende vekting i straffutmålingen overfor voksne. Dette er nettopp fordi individualpreventive hensyn veier tyngre i straffutmålingen overfor barn. Det er for øvrig vanskelig å se klare retningslinjer for hvordan momenter skal vektes mot hverandre i straffutmålingen overfor barn. For å sikre en enhetlig praktisering av hensynet til barnets beste ved reaksjonsvalg overfor barn er det ønskelig at det gis nærmere veiledning for hvordan slik vekting bør skje.

Det kan nok tenkes at den snevre adgangen til å idømme barn ubetinget fengselsstraff i norsk rett vil bli snevrere ved ungdomsstraffens ikrafttredelse. Dette vil igjen kunne redusere antallet barn som soner fengselsstraff i Norge. Et slikt utfall vil imøtekomme den kritikken Norge fikk fra Barnekomiteen i 2010.

Det er imidlertid få mindreårige som begår alvorlig eller gjentatt kriminalitet. Dermed kan det stilles spørsmål ved hvor ofte det faktisk vil bli spørsmål om å idømme ungdomsstraff. På denne bakgrunn er det usikkert hvor stor betydning ungdomsstraffen faktisk vil få for straffutmålingen overfor barn. Etter min fremstilling synes det for øvrig sannsynlig at ungdomsstraffens inntreden vil heve terskelen for å idømme barn ubetinget fengselsstraff.



## Litteraturliste

### Litteratur:

- Bratholm (1980) Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn*, Oslo 1980.
- Detrick (1999) Detrick, Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, The Netherlands, 1999.
- Matningsdal/Strandbakken (2004) Matningsdal, Magnus og Asbjørn Strandbakken, *Straffenivå og Straffeteorier i norsk strafferett anno 2001*, Jussens Venner 2004, s.1-17.
- Matningsdal (2004) Matningsdal, Magnus, *Straffutmåling – politiske direktiver og signaler*, Lov og Rett s.323, 2004.
- Andenæs (2005) Andenæs, Johs, *Alminnelig Strafferett*, 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2005.
- Ruud m.fl. (2006) Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3.utgave, Oslo 2006.
- Graver (2006) Graver, Hans Petter, *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s.189-221.
- Høstmælingen m.fl. (2012) Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012.
- Mæland (2012) Mæland, Henry Johan, *Norsk alminnelig strafferett*, 2012.
- Eskeland (2013) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 3.utgave, Oslo 2013.

## **Internasjonale kilder:**

CRC	United Nations, <i>Convention on the Rights of the Child</i> , Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49.
Wienkonvensjonen	<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i> , Adopted on 22 May 1969 and opened for signature on 23 May 1969 by the United Nations Conference on the Law of Treaties.
General Comment no.10 (2007)	Committee on the rights of the child, General Comment no.10, <i>Children's rights in juvenile justice</i> , CRC/C/GC/10, 15.february 2007.
General Comment no.8 (2006)	Committee on the rights of the child, General Comment no.8, <i>The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment</i> , 2.march 2007, CRC/C/GC/8.
Beijing-reglene	United Nations, <i>United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice</i> , A/RES/40/33, 29 November 1985, 96th plenary meeting.
UN Guidelines for periodic reports	UN Guidelines for periodic reports: 20.11.90. CRC/C/58.
Concluding observations: Norway	Committee on the Rights of the Child, <i>Considerations of reports submitted by States</i>

*parties under article 44 of the Convention.*  
*Concluding observations: Norway. 29. January*  
2010. CRC/C/NOR/CO/4.

### **Lover:**

Lov 17.mai 1814, Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

Lov 22.mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven).

Lov 22.april 1927 nr.3 om vergemål for umyndige (vergemålsloven).

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

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

### **Dommer:**

#### **EMD:**

EMDs dom, 8.juni 1976, *Engel and others v. The Netherlands*.

#### **Høyesterett:**

Rt.1977s.1207.

Rt.2003s.804.

Rt.2004s.804.

Rt.2007s.252.

Rt.2010s.1313.

Rt.2013s.67.

Rt.2013s.776.

**Tingrett:**

13-170854MED-OTIR/07

14-059832MED-NETE

14-054978MED-NETE

**Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige:**

NOU 2003: 15 ”Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff”.

NOU 2008: 15 ”Barn og straff – Utviklingsstøtte og kontroll”.

Ot.prp. nr.26 (1986-1978) Om endringer i straffeloven m.m. (heving av den kriminelle lavalder).

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

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

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

Politijuristenes høringsuttalelse NOU 2008: 15 ”Barn og straff”.

<http://www.regjeringen.no/upload/JD/Høringsuttalelser/KOA/Barn%20og%20straff/Politijuristene.pdf>

## **Statistikk:**

Kriminalomsorgens årsstatistikk, 2012.

## **Internetsider:**

Gyldendal Rettsdata, Norsk Lovkommentar til straffeloven av 1902.

[http://abo.retsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s\\_terms=straffeloven&sDest=gL19020522z2D10](http://abo.retsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=straffeloven&sDest=gL19020522z2D10)