

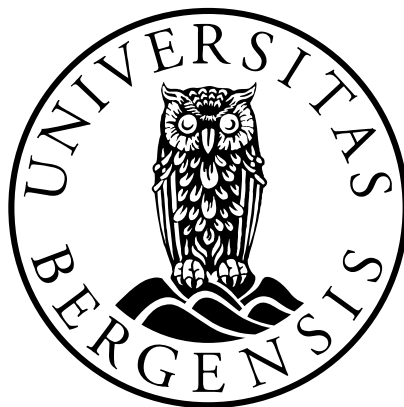
Å forsonne det uforsonlige?

- *en diskusjon om ungdomsstraffen i lys av statens menneskerettslige forpliktelser.*

Kandidatnummer: 180939

Veileder: Marte Habberstad Mo

Antall ord: 14'994



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

2. juni 2014

Til Ida.

Innhold

1	Innledning.....	5
1.1	Aktualitet.....	5
1.2	Tema.....	6
1.3	Problemstilling.....	7
1.4	Metode og rettskilder.....	7
1.5	Avgrensning.....	8
2	Bakgrunn – rettshistorisk gjennomgang av barnet i strafferetten.....	9
3	Ungdomsstraffen – en oversikt.....	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Tilblivelse.....	12
3.3	Kort om idégrunnlaget.....	13
3.4	Ungdomsstraffen i et nøtteskall.....	14
3.5	Ungdomsstraffens prosesskjede.....	15
4	Nærmere om ungdomsstormøtet.....	16
4.1	Ungdomsstormøtet.....	16
4.2	Strafferett og straffegjennomføring – et apropos til domstolens syn på legalitetskontroll.....	17
4.3	I fortsettelsen.....	18
5	Konvensjonsforpliktelser.....	19
5.1	Innledning.....	19
5.2	Den Europeiske menneskerettskonvensjonen.....	19
5.3	EMKs status i norsk rett.....	21
5.4	Barnekonvensjonen.....	23
5.5	Barnets beste som styrende rettskilde i nasjonal og internasjonal rettsanvendelse... 23	23
6	Konvensjonsforpliktelser i lys av ungdomsstormøtet.....	26
6.1	EMK Art. 6.....	26
6.2	Kommer EMK art. 6 til anvendelse overfor ungdomsstormøtet?.....	28
7	Straffeprosessuelle rettigheter som nyter konvensjonsvern.....	32
7.1	Hva skal behandles?.....	32
7.2	Retten til offentlig rettergang ("public hearing").....	32
7.3	Retten til å anke ungdomsstormøtets avgjørelse.....	33

7.4	Er fraværet av rett til innsyn krenkelse av kravet til "fair trial"?	34
8	Inngrep i konvensjonsrettighetene – kan det gjøres inngrep i rettighetene etter EMK art. 6?	36
8.1	Generelt om adgangen til å gjøre inngrep i rettighetene.	36
8.2	Lukkede dører.	36
8.2.1	Unntak direkte hjemlet i EMK art. 6.	36
8.2.2	Barnekonvensjonen som unntak.	38
8.2.3	Barnets dispositive avkall av retten til offentlig rettergang.	39
8.3	Legalitetskontroll.	42
8.3.1	Inngrep synes utelukket.	42
8.3.2	Barnets dispositive avkall på retten til anke.	42
8.4	Unntak begrunnet i statens skjønnsmargin.	42
8.5	Oppsummering.	43
9	Rettspolitikk – å forsone det uforsonlige?	45
9.1	Spenninger mellom de teoretiske grunnlagene.	45
9.2	Barnets rettssikkerhet kan sikres bedre.	45
10	Avsluttende merknader.	47
10.1	Konklusjon.	47
11	Litteraturliste.	48

1 Innledning.

1.1 Aktualitet.

24. januar 2014 publiserte regjeringen en statusrapport på sine nettsider.¹ Rapporten er et resymé av hva regjeringen har gjennomført av politikk i løpet av de hundre første dagene ved makten, og hvilke ambisjoner den har for det kommende året. Under overskriften "Straffesakskjeden" får man opplyst:

Ungdomsstraffen innføres fra 1. juli.

Bakteppet for lovendringen er blant annet internasjonal kritikk mot Norge på bakgrunn av statens behandling av barn som begår straffbare handlinger. Kritikken har kommet fra FNs barnekomité, FNs menneskerettskomité og FNs menneskerettsråd, og har i første rekke vært rettet mot statens praktisering av å plassere barn i varetekt og fengsel sammen med voksne lovovertredere.²

Som en alternativ reaksjonsform mot forbrytelser har ministerkomiteen i Europarådet publisert en rekke anbefalinger til medlemsstatene om å anvende mekling i straffesaker overfor barn og voksne ("*penal mediation*"). Ministerkomiteen anser strafferettslig mekling som "a flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings".³ Flere tunge, internasjonale aktører fronter dermed en alternativ tilnærming til hvordan strafferettssystemet skal reagere overfor barnet som lovbrøyer.

Innføringen av ungdomsstraffen er en del av en større revisjon av konfliktrådet som aktør i strafferetten. 4. april fremmet regjeringen nemlig Prop. 57 L (2013-2014) som foreslår flere endringer i konfliktrådsloven. Ungdomsstraffen blir ikke nærmere behandlet da lovendringene som betinger denne er vedtatt av Stortinget, men det foreslås et nytt tiltak overfor unge lovbrøyttere, nemlig ungdomsoppfølging. Ungdomsoppfølgingen hjemles på samme sted som ungdomsstraffen, men er en mildere reaksjon overfor mindre alvorlig kriminalitet begått av barn.

Ungdomsoppfølgingen skal ikke diskuteres videre her, utover at det nevnes at den nye proposisjonen endrer paragrafene i konfliktrådsloven sammenholdt med prop. 135 L. Oppgaven vil som en konsekvens av dette forholde seg til det mest oppdaterte lovforslaget.

¹ http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/nyheter/2014/100-dager-i-regjering.html?regj_oss=1&id=749846, lest 7.2.2014.

² Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff), 2011, (heretter Prop.135 L) side 14

³ Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters.

1.2 Tema.

Denne oppgaven føyer seg inn i den mer overordnede debatten om barnets stilling i møtet med strafferetten. Barn i alderen 15 og 18 er i en særlig sårbar alder sett hen mot sosial og kognitiv utvikling. Det tradisjonelle utgangspunktet om straffens formål, at straffen skal være et onde som påføres lovovertrederen i den hensikt av å være et onde, passer i mindre grad overfor barn.⁴ Å sone en fengselsstraff kan bidra til en sterkt uønsket skjevutvikling for barnet og en faktisk og opplevd isolasjon fra jevnaldrende. Det å begå lovbrudd som barn er en risikofaktor for å begå nye kriminelle handlinger som barn og voksen.⁵

Overordnet befinner strafferetten seg innenfor området for det strafferettslige legalitetsprinsippet, jf. Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov § 96 og den europeiske menneskerettskonvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) art. 7. Etter legalitetsprinsippet kan ingen dømmes for en straffbar handling uten hjemmel i lov, "*nulla poene sine lege*", og ingen kan ilegges straff uten dom fra en kompetent juridisk domstol (lignende organ), "*nulla poena sine judicare*".⁶

Legalitetsprinsippet er et utslag av det felles europeiske rettsstatsprinsippet "rule of law".⁷ Prinsippet stiller opp tre vilkår, som det er enighet om i teorien, for å idømme en rettferdig (just) straff.⁸ For det første må reglene være kjent på forhånd, slik at menneskene som plikter å følge reglene kan gjøre rasjonelle valg om hvorvidt dem skal følge regelen eller ikke. For det andre må det være en rettslikhet for loven. Tilnærmet like, ulovlige handlinger, utløser tilnærmet like strafferettslige reaksjoner, uavhengig av hvem som begår handlingen. For det tredje må den strafferettslige reaksjonen være proporsjonal sammenholdt med den ulovlige handlingen. Herunder at den repressive/pønale reaksjonen må stå i et rimelig forhold opp mot forbrytelsens art, grad, og den utviste forbryterske vilje. Dersom et eller flere av disse kriterier ikke oppfylles, vil det tale med tyngde for at straffen ikke er i samsvar med "rule of law".

"Rule of law"-tradisjonen oppstod i opplysningstiden. I nyere tid, ved dannelsen av EMK, står den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) for utviklingen av det materielle og prosessuelle innholdet av "Rule of law" gjennom de relevante rettighetene som er nedfelt i EMK. Helt sentralt står enkeltindividets rettigheter som et vern mot vilkårlig eller unødvendig inngrep fra staten på strafferettens område. Inngrep kan lovlig skje, men kun på nærmere bestemte vilkår tilpasset viktigheten av rettigheten i den konkrete saken.

EMK og EMD er eksempler på en internasjonaliseringstendens som påvirker den nasjonale utformingen av strafferetten.⁹ Det vil si at enhver innføring av noe nytt innenfor det norske strafferettssystemet, må ta hensyn til internasjonale rett i lovgiverarbeidet.

Ungdomsstraffen blir presentert i kap 3 og 4. Her skal det kun fremmes noen innledende kommentarer.

⁴ Rt-1977-1207. Om formålet se Andenæs (2004), side 67-101.

⁵ Ibid.

⁶ Aall III, side 211.

⁷ Gröning & Jacobsen, 2012. Se Vogts artikkel, side 33 flg, og Gröning og Jacobsens artikkel, side 10 flg.

⁸ Ibid.

⁹ Flere har skrevet utfyllende om temaet, blant andre Sunde (2012).

Ungdomsstraffen er en ny straffeart, som i strenghetsgrad plasseres mellom samfunnsstraff og ubetinget fengsel. Den primære komponenten i ungdomsstraffen er *ungdomsstormøtet*. Formålet med ungdomsstormøtet er todelt. Lovgiver ønsker i større grad å differensiere straffereaksjonen overfor barn som begår straffbare handlinger. I tillegg skal ungdomsstraffen være et ytterligere alternativ i arbeidet for å oppfylle statens forpliktelser etter FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989. Det følger av barnekonvensjonen at bruk av fengsel overfor barn "bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom", jf. (barnekonvensjonen) art 37. b).¹⁰

Det er konfliktrådet, representert med en ansvarlig ungdomskoordinator, som har det overordnede ansvaret for gjennomføringen av ungdomsstraffen. Ungdomsstraffen vil bli presentert nærmere nedenfor i kapittel 3 og 4.

Strafferettslig mekling bygger i stor grad på ideene om *restorative justice*, både internasjonalt og i norske konfliktråd. Idégrunnet vil bli gjort nærmere rede for nedenfor i punkt 3.3.

1.3 Problemstilling.

Denne oppgaven har følgende overordnede problemstilling:

*Å analysere og diskutere om **ungdomsstormøtet** er i samsvar med statens menneskerettslige forpliktelser, med et særlig fokus på de straffeprosessuelle rettighetene etter EMK art. 6.*

For å kunne svare på problemstillingen oppstilles det tre hovedspørsmål som på hver sin måte konkretiserer problemstillingen.

For det første er spørsmålet om hva slags prosess ungdomsstormøte skal være, jf. kapittel 4.

For det andre er spørsmålet om behandlingen i ungdomsstormøtet aktiverer de prosessuelle rettighetene til behandlingen av straffesaker etter den europeiske menneskerettskonvensjonen, jf. kapittel 6 og i særdeleshet oppgavens punkt 6.2.

Det tredje spørsmålet er om fraværet av retten til en offentlig rettergang og retten til anke vil være i strid med EMK art. 6 og kravet til "*fair trial*" og EMKs tilleggsprotokoll nr. 7, om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter (TP), art 2., jf. kapittel 7.

For det fjerde er spørsmålet om staten kan påberope unntak fra EMK for å få gjennomført ungdomsstraffen, jf. kapittel 8.

1.4 Metode og rettskilder.

Oppgaven tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk tilnærming, som vil si at problemstillingen søkes løst i å analysere og drøfte gjeldende rett på området.

¹⁰ Tilsvarende formål er inntatt i Prop. 135 L, side 9.

Oppgaven omhandler en ny straffeart som man ikke vet hvordan vil fungere i praksis. Dette oppstiller en metodisk utfordring med hensyn til at rettskildebildet preges, i sterk grad, av forarbeidene. Imidlertid dreier store deler av oppgaven seg om menneskerettighetene i EMK. Det er sikker rett at EMD vurderer *kvaliteten* av myndighetenes lovverk og praksis i spørsmålet om statens forpliktelser overholdes. EMD ikke skal være en fjerde instans, og domstolen prøver ikke som utgangspunkt den nasjonale rettsanvendelsen. Derfor vil oppgaven i all hovedsak anvende EMDs juridiske metode og praksis overfor ungdomsstraffen slik den er vedtatt av lovgiver.

1.5 Avgrensning.

Oppgaven vil i all hovedsak fokusere på ungdomsstormøtet og de relevante bestemmelser i nasjonal og internasjonal lov med tilhørende praksis.

Videre vil oppgaven primært omhandle de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene som aktiveres når spørsmål om ileggelse av straff for lovbrudd skal løses. Verken domstolens behandling forut for ungdomsstormøtet eller den faktiske gjennomføringen av ungdomsstraffen vil bli nærmere problematisert.

En nærliggende problemstilling innenfor oppgavens område er forholdet mellom den tradisjonelle strafferetten og restorative justice. Møtet mellom disse to teoretiske og praktiske tilnærmingene til forbrytelse og straff, reiser en rekke problemstillinger både innenfor den rettsteoretiske og rettsfilosofiske sfæren. Blant annet er det reist spørsmål fra forskningshold om ikke prinsippene og rettssikkerhetsgarantiene i straffeprosessen også bør influere saksbehandlingen i straffegjennomføringsretten.¹¹ Dessverre vil rammene for denne oppgaven bli sprenget dersom man skal behandle dette inngående. Imidlertid vil dette spørsmålet kort bli nevnt i oppgavens rettspolitiske del, punkt 9.1 og 9.2.

¹¹ Se blant annet Gröning, 2013 for en nærmere redegjørelse av emnet.

2 Bakgrunn – rettshistorisk gjennomgang av barnet i strafferetten.

Før man går til de internasjonale kildene, presenteres den nasjonale lovgivningen i Norge om ungdomsstraff.

Som et utgangspunkt slås det fast at endringer innenfor rettssystemet aldri skjer i et vakuum. Derfor vil det i dette avsnittet presenteres hvilken posisjon barnet har hatt opp gjennom historien innen norsk strafferettspleie. Avsnittet er ment å gi lesere et inntrykk av barnet som aktør i strafferettssystemet fra slutten av 1800-tallet og til i dag. Dette er ingen fullstendig historisk sammenfatning i så måte. Formålet er å gi lesere et grunnlag for å sette ungdomsstraffen inn i en større sammenheng.

Barnekonvensjonens bestemmelse om at barn ikke bør sone fengselsstraff på lik linje med voksne lovbrøttere er ingen ny tanke. I siste del av 1800-tallet ble det i Stortinget debattert om hvilken stilling barnet skulle ha innenfor det tradisjonelle strafferettssystemet. Allerede i 1874 endret Stortinget den gjeldende kriminalloven, ved å gi domstolene en diskresjonær kompetanse til å idømme personer mellom 10 og 14 år opphold i rednings- eller oppdragelsesanstalt i stedet for fengselsstraff.¹²

En vesentlig skikkelse i diskursen om barn og straff på denne tiden var riksadvokat, Bernard Getz. Ved å lese Getz' motiver, beskrives det i klare ordelag om det å møte barnet med et strafferetts- og fengselssystem som er konstruert rundt voksne lovovertridere. Getz skriver:

"Intet kan gjøres indenfor Straffelovens egen Ramme, hvorved Forbryderskheden saa kraftigt kan motabreides, altsaa Straffelovens Formaal fremmes, som ved en energisk og forstandig Lovgivning med Hensyn til Børn, der, hvad enten de allerede har kommet i Kollision med Landets Love eller ikke, dog ialfald lever under saadanne Forhold eller viser en saadan Karakter, at de maa befrygtes at ville hjemfalde til Forbryderhaandverket".¹³

Det synes som at Getz legger til grunn at den tradisjonelle strafferetten ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til de særskilte problemstillinger hva gjelder barns møte med strafferettspleien. Han presiserer at "intet" kan gjøres innenfor rammene av strafferetten hva gjelder å forhindre at barnet fortsetter sin kriminelle løpebane. Dette taler for at Getz stiller seg kritisk til samtidens behandling av barn som hadde begått straffbare handlinger. Samtidig viser det at Getz legger til grunn at barn, i kraft av å være barn, krever en annen tilnærming enn hva er tilfellet ved voksne lovbrøttere, dersom straffens formål om å forhindre og redusere ny kriminalitet skal oppfylles.

¹² NOU 2009:8 *Kompetanseutvikling i barnevernet*, side 22.

¹³ Uddrag av Motiverne til Getz's Udkast til Lov om sædlig forkomne og vanvyrkede Børns behandling (1892), side 22.

Denne debatten la grunnlaget for vedtakelsen av *lov 6. juni 1896 om behandlingen av forsømte barn*, den såkalte Vergerådsloven.¹⁴ Vergerådsloven bygget blant annet på prinsippet om at barn ikke skulle straffes, men heller motta oppdragende behandling med hensikt å omvende unge lovbrøyttere til en utvikling mot og et liv i lovlydighet.¹⁵

Ideen om oppdragende behandling av barn fortsatte sin utvikling i årene som fulgte. Dette kulminerte i arbeidsskoleloven av 1928, som først trådte i kraft i 1951. Hensikten med arbeidsskoleloven var å gi retten kompetanse til å dømme unge lovovertredere til en slags yrkesopplæring.¹⁶ Arbeidslinjen sto sterkt etter krigen, og dom på arbeidsskole skulle ha en oppdragende og samfunnsnyttig effekt.¹⁷

Imidlertid viste det seg raskt at arbeidsskolen kun i det ytre var et alternativ til straff. I realiteten fungerte det som soning av straff under fengselslignende forhold. En av grunnene til dette var at det ofte forekom rømminger, som førte til at elevene ble plassert i lukkede avdelinger. I tillegg var idømmelse av arbeidsskole tidsubestemt, noe fengselsstraffen ikke var. Det forekom stadig oftere at elever ytret ønske om tidsbestemte fengselsstraffer i stedet for dom til arbeidsskole.

Arbeidsskolen ble avsluttet og avløst av en ny lov, ungdomsforbryterloven, som omdøpte arbeidsskolen til ungdomsfengsel. Man gikk følgelig fra ideen om å endre ungdommenes atferd gjennom oppdragelse, til å endre atferden gjennom fengselsstraff dersom det var "tenleg", jf. Lov 9.april 1965 nr. 9 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrøytarar § 17-25.

I 1974 ble hele ungdomsforbryterloven opphevet. Dette kan forklares med at inntil slutten av 60-tallet anså lovgiver at spørsmålet om barn og straff kun kunne løses innenfor justissektoren.

Det var først på 70-tallet at samfunnet anså ungdomskriminalitet som noe mer enn et problem som kan løses gjennom kriminalpolitiske virkemiddel. Man foreslo sektoromgripende tiltak. I St.meld. nr. 104 (1977-78) *Om kriminalpolitikken* (kriminalgemeldingen) ble ulike alternativer til fengselsstraff drøftet.¹⁸ På bakgrunn av dette lovarbeidet blir samfunnstjeneste og overføring til konfliktrådsbehandling innført som alternative straffereaksjoner til fengselsstraff i 1991. Førstnevnte straffereaksjon omgjøres til samfunnsstraff ved ikrafttreddelsen av straffegjennomføringsloven i 2001.

Parallelt med innføringen av de nye straffereaksjonene på 90-tallet trådte lov 17. juli 1992 nr.100 om barneverntjenester (bvl.) i kraft. Loven avløste vergerådsloven av 1952. Formålet med den nye loven var å motvirke en negativ utvikling hos barn som levde under forhold som kunne skade deres "*helse og utvikling*", jf. bvl. § 1-1. Barnevernet skulle aktiveres blant annet

¹⁴ NOU 2009:8 *Kompetanseutvikling i barnevernet Kvalifisering til arbeid i barnevernet gjennom praksisnær og forskningsbasert utdanning*, 2009, side 21.

¹⁵ Andenæs, Matningsdal, & Rieber-Mohn, 2004, side 377.

¹⁶ Se blant annet Rt-1959-1273.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Prop. 135 L, side 6.

dersom det forelå risiko for at barnet kan utvikle seg negativt – ved at barnets omsorgssituasjon ikke var god nok eller at barnet utførte kriminelle handlinger.¹⁹

Barnevernloven ga hjemmel for tvangsplassering av barn i institusjon i de tilfeller hvor barnet har utført "alvorlig eller gjentatt kriminalitet", jf. bvl. § 4-24 første ledd, første strekpunkt, jf. 4-25. Dette er et eksempel på de sektoromgripende tiltakene som ble nevnt over. For selv om tvangsplassering var og er å anse som straff, er det barnevernet og ikke fengselsmyndighetene som har ansvaret for straffegjennomføringen i et slikt tilfelle.²⁰

Dersom man oppsummerer den historiske utviklingen er det to momenter som i særlig grad kan overføres til dagens syn på barnets plass i strafferetten, og som kan anses relevant for å forstå bakgrunnen for ungdomsstraffen.

For det første har det lenge vært en klar oppfatning om at barnet, på grunn av at det er et barn, skal behandles annerledes enn voksne. Barnet kan ikke klandres på samme måte for sine handlinger. Barnet er i utvikling som gjør endring av livsmønster enklere. Og barnet har et særlig behov for utviklingsfremmende tiltak, det være seg oppdragelse og trygghet som eksempler.

For det andre viser de historiske kildene at fengsel som strafferettslig reaksjon overfor barn ikke fremmer formålet med straff. Å avskrekke barnet fra å begå nye kriminelle handlinger, står i motstrid til hensynet om barnets behov for trygghet i sitt omsorgsmiljø og riktig stimulering for å fremme en positiv utvikling.

¹⁹ Lindboe (2012), side 62 flg.

²⁰ Jevnfør Rt-2003-1827, hvor Høyesterett slår fast at tvangsplassering av barn etter bvl. § 4-24 første ledd, første strekpunkt er å anse som etter EMK og Engel-kriteriene.

3 Ungdomsstraffen – en oversikt.

3.1 Innledning.

Dette kapitlet er ment å gi en oversikt over hva ungdomsstraffen som prosess er ment å være. Ungdomsstraffen er ennå ikke innført, og dermed tas det utgangspunkt i forarbeidene. Forarbeidene bør imidlertid leses med et kritisk blikk. Det er nemlig ikke gitt at lovgivers intensjoner og forutsetninger lar seg gjennomføre fullt ut i praksis, slik tilfellet er ved enhver lovendring.

Barns rettsstilling innenfor strafferettens område er relativt fragmentert. Proposisjonen som danner lovgrunnlaget for ungdomsstraffen illustrerer dette. For å innføre ungdomsstraffen har lovgiver måttet vedta tilføyelser og endringer i straffeloven, straffeprosessloven, konfliktrådsloven, politiregisterloven, barnevernloven mv. Årsaken til denne fragmentariske strukturen synes åpenbar – barnets stilling som rettssubjekt betinger særlige bestemmelser i ethvert lovverk som omhandler barn, hvor de særlige bestemmelsene er tilpasset barnet.

Barnet står i en særstilling innenfor strafferetten. Ved ileggelse av strafferettslige reaksjoner overfor barn skal behandlings- og rehabiliteringshensyn ilegges vesentlig vekt.²¹ Denne erkjennelsen gjennomsyrrer forarbeidene ungdomsstraffen bygger på.

Barnekomiteen har tidligere kommet med uttalelse om hvilken betydning det har for straffespørsmålet at tiltalte er barn. I komiteens "General Comment No. 10 (2007)" uttales følgende:

*"The Committee wants to emphasize that the reaction to an offence should always be in proportion not only to the circumstances and the gravity of the offence, but also to the age, lesser culpability, circumstances and needs of the child, as well as the various and in particular long term needs of the society."*²²

3.2 Tilblivelse.

Ungdomsstraffen blir for første gang nevnt i St.meld. nr.20 (2005-2006) *Alternative straffereaksjoner overfor unge lovbrytarar*. Regjeringen nevner ungdomsstraffen som et satsningsområde i Stortingsmelding nr.37 (2007-2008) "Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn", hvorpå det allerede ved publiseringen av meldingen er nedsatt et utvalg som skulle utrede alternative straffereaksjoner over barn – det såkalte Taraldsrud-utvalget.²³

Utvalgets rapport danner grunnlaget for Prop. 135 L (2010-2011) *Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (heretter Prop.135 L)*. Proposisjonen både endrer og supplerer det relevante lovverket som regulerer

²¹NOU 2008:15 *Barn og straff - utviklingsstøtte og kontroll*, 2008, avsnitt 3.3.

²²Punkt 25.

²³NOU 2008:15 *Barn og straff - utviklingsstøtte og kontroll*, 2008.

strafferettssystemets møte med barnet som lovbrøyer, og foreslår innføringen av ungdomsstraff.

Den ovennevnte proposisjonen ble behandlet av Stortinget 6. desember 2011.²⁴ Endringene høstet lovord fra samtlige talende politikere, og ble enstemmig vedtatt av Stortinget både ved første og andre gangs behandling.

3.3 Kort om idégrunlaget.

Ungdomsstraffen har to hovedformål. For det første skal man sikre at statens forpliktelser overfor barnekonvensjonen oppfylles – barn skal kun sone i fengsel når alle andre tiltak er forsøkt. For det andre er det å sørge for at strafferettslige reaksjoner overfor barn tilpasses individuelt etter barnets behov.

Det er Konfliktrådet som har ansvaret for gjennomføringen av ungdomsstraffen, jf. konfliktrådsloven § 20. All mekling i regi av Konfliktrådet, bygger på Konfliktrådets særlige metode. I ot.prp.nr.56 (1989-1990) fremgår de metodiske målsetningene som følger:

"- Å styrke lokalsamfunnets mulighet til å ta seg av lettere lovbrudd ved egen hjelp og å "gi konfliktene tilbake til folket" uten at dette medfører en svekking av rettsikkerheten.

- Å la partene i en konflikt gjøre opp seg imellom ved hjelp av en megler; dette kan medvirke til å forebygge gjentakelser og gjensidige fordommer.

- Å la offeret få delta aktivt til å løse saken.

- Å gi lovbrøyeren et alternativ til andre aktuelle reaksjonsformer."²⁵

Denne metoden har sitt utspring fra teoriene om *restorative justice*. En av de ledende teoretikerne innenfor retningen, Howard Zehr, går så langt som å kalle *restorative justice* et nytt paradigme innenfor strafferetten, som skiller seg skarpt i fra det dominerende paradigmet av *retributivisme*.²⁶

Retributivisme er, ifølge Zehr, den rådende oppfatningen av hva som legitimerer straff som akseptert reaksjon på lovovertrædelser. Teorien legger til grunn at begrunnelsen for straff består av to hovedkomponenter. For det første er formålet å fordele skyld av en forbrytelse som har skjedd, og for det andre, når skylden er konstatert og fordelt, skal den skyldige straffes for den lidelsen han har påført gjennom selv å lide.²⁷

Restorative justice bygger på et annet utgangspunkt, og innehar andre komponenter for å reagere på kriminalitet. Grønning og Jacobsen oppsummerer at *restorative justice* i strafferettsperspektivet har et likt fordelt fokus på fornærmede, lovovertræder og samfunnet,

²⁴ Lovvedtak 24 (2011-2012).

²⁵ Side 9

²⁶ Johnstone, 2011, side 70.

²⁷ Ibid, side 70-71.

med hovedvekt på forholdet mellom disse tre aktørene.²⁸ Prosessen skal i tillegg være rettet fremover for aktørene - hva kan gjøres videre for å fremme forsoning og ansvarliggjøring -, og ikke retrospektivt som den tradisjonelle domstolsbehandlingen i straffesaker - ansvarliggjøring for det som har blitt gjort.

Imidlertid synes det klart at begge teoriene om straff har samme overordnede målsetning og formål. Begge teoriene anser seg selv som en reaksjonsform mot uønskede, kriminelle handlinger. I tillegg anser begge teorier at slike handlinger er et onde som bør motvirkes gjennom særlige tiltak.

Opphavsmannen for konfliktrådene i Norge, professor emeritus Niels Christie, har på mange måter vært bestemmende for *restorative justice* som idégrunnlaget for konfliktrådets virksomhet. I sin artikkel, *Konflikt som eiendom*²⁹, redegjør han for sitt syn på strafferettssystemet i Norge. Christie mener at de profesjonelle partene i straffesakene, juristene, stjeler konflikten mellom de fornærmede og tiltalte i en straffesak. Dette fører til en fremmedgjøring av saken for fornærmet og tiltalt, som verken virker forsonende eller konfliktløsende. Denne fremmedgjøringen, hevder Christie, fører til en lavere tillit til domstolen som konfliktløsningsorgan på strafferettens område, siden det i høyden kun er fornærmede som blir fornøyd med dom på fengselsstraff eller andre strafferettslige reaksjoner.

Følgelig bygger all mekling i konfliktrådene, også ungdomsstraff, på ideen om at det er partene som er direkte berørt av den straffbare handlingen som best kan løse konflikten seg imellom. Siktemålet er å skape et resultat som samtlige parter kan forsones seg med.

3.4 Ungdomsstraffen i et nøtteskall.

Det følger av barnekonvensjonen at ethvert menneske under 18 år å anse som et barn.³⁰ Målgruppen for ungdomsstraffen er unge lovbrøyttere mellom 15 og 18 år som ellers ville ha fått ubetinget fengsel eller strengere samfunnsstraff.³¹ Ungdomsstraffen er hjemlet i Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (strl.) § 28c og lyder:

"Ungdomsstraff med ungdomsstormøte og ungdomsplan etter konfliktrådsloven kapittel IV kan idømmes i stedet for fengselsstraff når

- a) lovbrøytteren var under 18 år på gjerningstidspunktet,*
- b) lovbrøytteren har begått gjentatt eller alvorlig kriminalitet,*
- c) lovbrøytteren samtykker og har bosted i Norge, og*
- d) hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet. [min utheving]"*

²⁸ Gröning & Jacobsen, 2012, side 12-14.

²⁹ Se Christie, 1977.

³⁰ FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 art. 1.

³¹ Prop.135 L, side 14.

Vilkårene er kumulative, og idømmes av domstolene i tillegg til en subsidiær fengselsstraff, jf. strl. 28c andre ledd bokstav b), jf. tredje og fjerde ledd.

Ungdomsstraffen vil blant annet innebære at ungdommen samtykker i å følge en ungdomsplan, med for eksempel jobb, skole, boplikt eller innetider, i tillegg til en gjenopprettende/forsonende prosess i ungdomsstormøte.³²

3.5 Ungdomsstraffens prosesskjede.

Det følger av straffelovens § 28 c) første ledd at det er domstolen som har kompetansen til å dømme tiltalte til ungdomsstraff. Forut for straffespørsmålet behandles saken av domstolene etter de alminnelige reglene for norsk straffeprosess.

Domstolen skal i dom fastsette en gjennomføringstid for ungdomsstraffen, jf. strl. § 28 c) andre ledd bokstav a). Gjennomføringstiden kan være et sted mellom "6 måneder og 2 år", og i de tilfeller hvor den subsidiære fengselsstraffen er klart lenger enn to år, kan en gjennomføringstid på inntil tre år fastsettes, jf. bokstav a).

Når dommen er rettskraftig, skal ungdomskoordinatoren ved konfliktrådet "straks" kalle inn til ungdomsstormøte, jf. konfliktrådsloven § 24 første ledd. Ordlyden av "straks" modereres i § 20, som lyder at konfliktrådet skal behandle saken "så snart som mulig". Det er ikke angitt en særlig frist.

Ved gjennomføringen av ungdomsstormøtet avtales ungdomsplanen som legger grunnlaget for straffegjennomføringen, jf. konfliktrådsloven § 25.

Etter at ungdomsstormøtet er avsluttet og ungdomsplanen er vedtatt, følges vilkårene i planen opp av et ungdomsteam, jf. konfliktrådsloven § 26. Dette teamet ledes av ungdomskoordinatoren, og skal bestå av minst en representant fra både politiet og kriminalomsorgen. Videre består teamet av domfelte, domfeltes verger, og andre med oppgaver i forbindelse med planen. I tillegg *kan* andre med tilknytning til saken utgjøre en del av teamet.

Planen skal som nevnt oppfylles i løpet av gjennomføringstiden som domstolen har satt. Straffen anses som ferdigsonet ved endt gjennomføringstid.

³² Prop.135 L, side 108.

4 Nærmere om ungdomsstormøtet.

4.1 Ungdomsstormøtet.

Kjernen i ungdomsstraffen er ungdomsstormøtet, jf. punkt 3.3. Ungdomsstormøtets aktører kan inndeles i obligatoriske og valgfrie aktører. De som *skal* møte i ungdomsstormøtet er ungdommen selv, ungdomskoordinator, kriminalomsorgen og politiet.

De som *kan* møte er ikke regulert. Ungdomskoordinator avgjør hvilke aktører som skal innkalles til ungdomsstormøtet. Lovgiver har imidlertid inngitt forslag til mulige aktører, som opplistet nedenfor:

- Foreldre eller oppnevnt hjelpeverge.
- Forsvarer.
- Fornærmede.
- Fornærmedes bistandsadvokat.
- Barneverntjenesten.
- Skole.
- Helsevesen.
- Frivillige organisasjoner.
- Andre med *tilknytning* til saken.

Lovgiver legger til grunn at det er et *vesentlig suksesskriterium* at ungdomsstormøtet nedsettes av et tett tverretattlig og flerfaglig samarbeid.³³ Selv om lovgiver har gitt forslag til aktører, synes utgangspunktet å være at innkallingen av aktører beror på ungdomskoordinatorens frie skjønn.

Det konkrete resultatet av ungdomsstormøtet er en utarbeidet ungdomsplan. Det følger av konfliktrådsloven § 25 at planen skal inneholde en eller flere alternative vilkår som barnet skal oppfylle i løpet av gjennomføringstiden. Listen over vilkår er ikke uttømmende, men gjengis her for å gi en viss oversikt:

- a) yte ikke-økonomisk kompensasjon til den som er påført en skade, et tap eller en annen krenkelse*
- b) delta i kriminalitetsforebyggende programmer eller andre tilsvarende tiltak*
- c) utføre samfunnsnyttige oppgaver*
- d) overholde bestemmelser om oppholdssted, arbeid eller opplæring*
- e) møte for politiet eller kriminalomsorgen*
- f) avstå fra å bruke alkohol og andre berusende eller bedøvende midler og avgi nødvendige rusprøver etter helsepersonelloven § 12 tredje ledd*
- g) overholde bestemmelser om innetid*
- h) unngå kontakt med bestemte personer.*³⁴

³³ Prop. 135 L, side 122.

³⁴ Prop. 57 L (2013-2014) side 108.

Som nevnt er ungdomsstormøtet i seg selv en vesentlig del av bakgrunnen for å ilegge denne typen straffereaksjon, jf. punkt 3.3 om restorative justice.³⁵ Formålet med straffen vil blant annet være å resosialisere barnet tilbake i (lokal)samfunnet, og, som nevnt, tilpasse straffen individuelt etter barnets behov. I tillegg skal barnet kunne forstå konsekvensene av sine handlinger ved direkte kontakt med fornærmede.

En rekke av vilkårene som lovgiver angir som eksempel for vilkår i ungdomsplanen, anvendes også som vilkår i samfunnsstraffen.

Lovgiver legger til grunn at ungdomsstraffen er straffegjennomføring, som er unntatt domstolens direkte kontroll.³⁶ Forarbeidene, og da særlig høringsuttalelsene fra domstolen selv, påpeker at domstolskontroll av ungdomsstormøtets resultater harmonerer dårlig med domstolens uavhengige stilling og rolle i straffeprosessen. Det forutsettes at rettssikkerheten ivaretas på andre måter, blant annet ved at barnets forsvarer og verge gis anledning til å delta.

Ungdomsstormøtet skal være en mer uformell prosess enn det domstolsbehandlingen er. Barnets deltakelse i ungdomsstormøtet er en forutsetning for å oppnå formålet med ungdomsstraffen som helhet, og de enkelte elementene i denne. I en slik prosess må man legge til grunn at den enkelte aktørs personlige forutsetninger og egenskaper vil spille en større rolle, enn dersom gjennomføringen av prosessen er lagt til profesjonelle parter.

Det er ikke direkte regulert om hvor mye tid ungdomsstormøtet skal ta. Etter konfliktrådsloven § 18 første ledd kan ungdomsstormøtet "deles opp i flere møter dersom dette er hensiktsmessig". Det følger videre av bestemmelsen at departementet i forskrift kan gi utfyllende regler om den nærmere behandlingen.

4.2 Strafferett og straffegjennomføring – et apropos til domstolens syn på legalitetskontroll.

Strafferettssystemet består av både strafferett, straffeprosessrett og straffegjennomføringsrett. Strafferetten og straffeprosessen reguleres av særskilt lovgivning gjennom straffeloven, straffeprosessloven, domstolloven mv. Det som er særskilt for strafferetten og straffeprosessen er at den er direkte underlagt domstolskontroll.

Straffegjennomføringsretten reguleres av straffegjennomføringsloven, som det klare utgangspunkt styres av forvaltningsrettslige regelverk og forvaltningsrettslige grunnprinsipper. Straffegjennomføringsretten skiller seg fra strafferetten blant annet ved å legge stor vekt på hensyn som normalitets-, rehabiliterings-, og soningsprogresjonsprinsippet. På sin side vil strafferetten fokusere i større grad enn straffegjennomføringsretten på rettssikkerhetshensyn, som retten til domstolsbehandling av en uavhengig og nøytral domstol, prinsippet om kontradiksjon, rettslikhet, vernet mot selvinkriminering mv.

³⁵ Spangen Iversen, side 381.

³⁶ Prop. 135 L, side 129-130.

Imidlertid henger strafferettssystemet sammen. I teorien anser man strafferettssystemet som en koherent helhet, som vil si at straffegjennomføringsretten som en del av strafferettssystemet er koblet til strafferettens prinsipielle utgangspunkter.³⁷ En kan blant annet se hensynet til humanitet, normalitet og likebehandling i straffegjennomføringsretten som en konkretisering av straffeprosessens krav til individets rettssikkerhet og beskyttelse mot maktmisbruk.

Domstolen kunne i større grad ha diskutert sin rolle overfor ungdomsstraffen i lys av ovennevnte.

4.3 I fortsettelsen.

Til nå har leser fått presentert barnets rettsstilling både i intern rett. Man har sett samfunnsutviklingen om synet på barnet som aktør i strafferetten. Videre er ungdomsstraffen presentert, og man har fått rammet inn hvilken bakgrunn og funksjon ungdomsstormøtet har i ungdomsstraffen.

Nå skal statens internasjonale forpliktelser vurderes opp ungdomsstormøtet. Oppgaven tar først utgangspunkt i de relevante internasjonale rettskildene. Deretter skal oppgaven identifisere en rekke spenninger, og diskutere to av disse, mellom ungdomsstormøtet og statens menneskerettslige forpliktelser etter EMK art. 6. Til slutt vil barnekonvensjonen og anerkjente unntak fra EMK synliggjøres og diskuteres. Hensikten vil være å drøfte unntak fra konvensjonsforpliktelsene, og om disse unntakene taler for at ungdomsstraffen er i tråd med EMK art. 6.

³⁷ Gröning (2013), side 12.

5 Konvensjonsforpliktelser.

5.1 Innledning.

I dette kapitlet vil statens forpliktelser etter EMK og barnekonvensjonen gjennomgås. I punkt 5.2 vil EMK bli presentert. I 5.3 vil EMKs status overfor norsk bli rett gjort rede for. Punkt 5.4 vil presentere barnekonvensjonen, mens betydningen av hensynet til barnets beste overfor norsk og internasjonal rett blir presentert i punkt 5.5.

5.2 Den Europeiske menneskerettskonvensjonen.

Den Europeiske menneskerettskonvensjonen er en internasjonal konvensjon som ble vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september i ti stater. Norge ratifiserte konvensjonen i 1952. EMD ble opprettet i 1959, og var opprinnelige en av flere tilsynsorganer med ansvar for å sikre at statene overholdt sine forpliktelser etter EMK. EMDs nåværende form og funksjon kom først etter reformen av 1. november 1998.³⁸

Konvensjonstater er forpliktet til å sikre og oppfylle de konvensjoner statene har bundet seg til. I relasjon til EMK er dette direkte hjemlet i artikkel 1, hvor det heter at statene har en positiv forpliktelse til å "secure" konvensjonsrettighetene. Det ligger i sakens natur at det også foreligger en negativt avgrenset forpliktelse i ordlyden av "secure", herunder at statene skal som utgangspunkt avstå fra å gjøre inngrep i rettighetene.

Det er sikker rett at ordlyden "secure" forplikter statene til å sikre rettighetene *aktivt* "særlig gjennom lovgivning, og rettshåndhevelse, men etter omstendighetene også undervisning, opplæring, bevilgninger og andre *positive* tiltak".³⁹

Rettighetene gjelder for enhver person som befinner seg innenfor statenes jurisdiksjon til enhver tid.⁴⁰ Det er slått fast i praksis fra EMD at konvensjonen kan gjelde både fysiske og juridiske personer, men det må vurderes konkret med hensyn til den enkelte artikkel hvem som nyter vern.⁴¹

Formålet med EMK fremgår av fortalen og Art. 1 av konvensjonen, og kan kort oppsummeres med at konvensjonen oppstiller et vern for enkeltmennesket mot statsmakten.⁴² Dette utgangspunktet gjennomsyrrer den måten EMD tolkninger menneskerettighetene. I *Wemhoff v. Tyskland* (1968) gir EMD et tydelig eksempel på hvordan den selv vurderer konvensjonens formål opp mot beskyttelsen av de enkelte menneskerettighetene (art. 5.3)

"Given that it is a lawmaking treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to release the aim and achieve the object of the treaty, not

³⁸ Møse, 2002, side 108.

³⁹ Aall, 2007, side 49.

⁴⁰ Se EMK Art. 1.

⁴¹ Aall, 2007, side 47 flg.

⁴² Aall, 2007, side 38.

that which would restrict to greatest possible degree the obligations undertaken by the parties."

Følgelig anvender EMD konvensjonens formål aktivt som et selvstendig argument i fortolkningen av den enkelte bestemmelsen.

Med formålstolkningen som utgangspunkt har EMD utviklet en særlig metode ved anvendelsen av konvensjonen. Denne metoden oppsummeres på følgende måte i saken *Saadi v Storbritannia*⁴³:

*"Under the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Court is required to ascertain the **ordinary meaning** to be given to the words in their context and in the light of the **object and purpose** of the provision from which they are drawn... The Court must have regard to the fact that the context of the provision is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must be **read as a whole**, and interpreted in such a way as to promote internal **consistency and harmony** between its various positions... The Court must also take into account **any relevant rules and principles of international law** applicable in relations between the Contracting Parties..."⁴⁴ [min utheving]*

Ved rettsanvendelsen av konvensjonen skal man ta utgangspunkt i den alminnelige ordlyden i lys av den relevante artikkels "object and purpose". Dette må anses som en direkte henvisning til den formålsrettede tolkning som nevnes over.

Som et utslag av EMDs oppgave av å sikre og utvikle konvensjonen skal EMK anvendes som et "living instrument".⁴⁵ EMK skal være gjenstand for en dynamisk tolkning. I dette ligger det at EMK skal tolkes i samsvar med den til enhver tid gjeldende samfunnsutviklingen.

EMD anvender også et koherent tolkningsprinsipp. Det vil si at bestemmelsene ikke bare kan tolkes isolert, men de må også tolkes i sammenheng med bestemmelsene andre steder i konvensjonen ("*read as a whole*"). Her vil både ordlyden og formålet i den enkelte bestemmelsen være relevant i tolkningen av andre bestemmelser, og i tolkningen av konvensjonen i en større sammenheng.

Det er en rekke rettslige begreper som EMD anser som autonome tolkningsprinsippet.⁴⁶ Dette innebærer at de begreper og uttrykk som fremgår av EMK har et selvstendig innhold, som er uavhengig i relasjon til inngrep eller avgjørelser i nasjonal rett som rubriseres under samme eller tilsvarende begreper og uttrykk. Med andre tolker EMD disse begrepene uavhengig av nasjonale definisjoner.⁴⁷ Denne tolkningsregelen begrunnes i effektivitetshensyn.⁴⁸ Det vil si at staten ikke skal kunne unndra seg kontroll fra konvensjonsorganene ved å beskrive et inngrep

⁴³ Jacobs, White, & Ovey, 2010, side 64-65

⁴⁴ *Saadi v Storbritannia* (app. No. 13229/03), (Storkammer),

⁴⁵ Se bl.a. *Tyrer v. The United Kingdom* (app. No. 5856/72), avsnitt 31.

⁴⁶ Se bl.a. *Golder v. The United Kingdom* (App.No.4451/70) og Jebens, 2004, 54 flg.

⁴⁷ Eksempel på dette er begrepet "straff", jf. note 48.

⁴⁸ Ibid.

eller et vedtak på en annen måte enn det som tilsvarer realitetene, og gjennom dette begrense konvensjonens nedslagsfelt.⁴⁹

Endelig anvender EMD prinsippet om den nasjonale skjønnsmargin som ramme for tolkningen av konvensjonen. Det er tilstrekkelig å peke på forskjellene mellom rettstradisjonene common law, civil law og den skandinaviske rettsmodellen for å begrunne nødvendigheten av å innfortolke et slingsmonn for den enkelte stats gjennomføring av EMK.⁵⁰

Imidlertid er kravet relativt med hensyn til hvilken konvensjonsbestemmelse som anvendes. Jebens uttaler at "[p]rinsippet står således svakere på strafferettens og straffeprosessens område; dvs. ved anvendelsen av rettighetene i EMK art. 5, 6 og 7".⁵¹ Begrepet vil bli drøftet nærmere i punkt 8.4.

5.3 EMKs status i norsk rett.

Det følger av den dualistiske læren at internasjonale avtaler i seg selv er kun bindende for den enkelte kontraktstat. Den enkelte borger kan som den klare hovedregel ikke anvende internasjonale konvensjoner som selvstendig rettslig grunnlag overfor norske domstoler. For det kreves en særskilt gjennomføringsakt.⁵²

En slik særlig gjennomføringsakt finner man i lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). EMK og barnekonvensjonen samt flere andre internasjonale konvensjoner er gjennom menneskerettsloven inkorporert til norsk lov.

Som et ledd i styrkingen av menneskerettighetene vedtok lovgiver en forrangsregel, hvor bestemmelsene i konvensjonene inntatt i mrl. går foran norsk lovgivning dersom motstrid mellom enkeltbestemmelser, jf. § 3.

Det var tidligere usikkert hvordan EMK skulle anvendes i norsk rett. Forholdet mellom norsk internrett og EMK ble avgjort av Høyesterett i plenum i den såkalte Bøhler-dommen, jf. Rt-2000-996. I Rt-2005-833 oppsummerer Høyesterett i plenum rettstilstanden om de grunnleggende tolkningsprinsippene norske domstoler er bundet av i anvendelsen av EMK i relasjon til spørsmål om norsk retts er i tråd med EMK:

"[...]på vurderingen av forholdet til uskyldspresumsjonen i den foreliggende sak, viser jeg til de grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 som er trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen i Rt-2000-996, og senere flere ganger gjentatt, jf. plenumsdommene i

⁴⁹ Se bl.a. Engel m.fl. v. Nederland, (1976), hvor disiplinærstraff ikke var ansett som straff etter nasjonal rett, men hvor domstolen foretok en selvstendig vurdering av forholdet, og konkluderte med at inngrepet faktisk var straff etter konvensjonen.

⁵⁰ EMD anvender begrepet "Margin of appreciation".

⁵¹ Jebens, 2004, side 61.

⁵² Se f.eks. straffeloven § 1 andre avsnitt og straffeprosessloven § 4.

*Rt-2002-557 og Rt-2003-359. Det følger av disse at ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.*⁵³

Norske rettsanvendere skal anvende den samme juridiske metode som EMD når EMK er påberopt som rettslig grunnlag for løsningen av rettsstvister. I det siterte har Høyesterett allikevel inntatt et forbehold om at det er EMD som selv skal utvikle konvensjonen. Høyesterett tar også forbehold om at ulike interesser og verdier som finnes i det norske rettssystemet er relevant i en rettsanvendelsesprosess, selv om EMDs metode ligger til grunn for tolkningen av rettsregelen.

Så på hvilken måte skal norske domstoler forholde seg til EMK? Skoghøy oppsummerer rettstilstanden ved å legge til grunn at norske domstoler skal foreta en *selvstendig* tolkning av konvensjonen med hjelp av EMDs metode.⁵⁴ Det beste grunner taler for at denne oppfatningen er korrekt. Det følger av EMK art. 13, jf. Art. 35 at konvensjonen skal anvendes nasjonalt, og at klagebehandlingen i EMD er av en subsidiær karakter. Konvensjonsstatene har forpliktet seg til å sikre menneskerettighetene, og har dermed det primære ansvaret for å gjennomføre konvensjonen. EMDs rolle er og blir å sikre at konvensjonens prinsipper og rettigheter både følges opp, og eventuelt korrigerer statene *dersom* den finner det nødvendig. Det vises her til saken *Burden v. Storbritannia*, hvor EMD i storkammer uttaler følgende:

*"Nonetheless, the Grand Chamber is mindful that the principle that an applicant must first make use of the remedies provided by national legal system before applying to the international Court is an important aspect of the machinery of protection established by the Convention (see Akdivar and Others v. Turkey, judgment of 16 September 1996, Reports 1996-IV, § 65). The European Court of Human Rights is intended to be subsidiary to the national systems safeguarding human rights (op.cit., §§ 65-66) and it is appropriate that the national courts should initially have the opportunity to determine questions of the compatibility of domestic law with the Convention and that, if an application is nonetheless subsequently brought to Strasbourg, the European Court should have the benefit of the views of the national courts, as being in direct and continuous contact with the forces of their countries."*⁵⁵

Man kan dermed legge til grunn at gjeldende rett tilsier at norske domstoler og norsk lovgiver skal utvikle norsk rett i samsvar med egen overbevisning om at rettsanvendelsen er i samsvar med de internasjonale forpliktelsene. Dette må gjelde for enhver internasjonal konvensjon

⁵³ Avsnitt 45.

⁵⁴ Skoghøy (2013).

⁵⁵ *Burden v. The United Kingdom* (App.No.13378/05), avsnitt 42.

staten har bundet seg til. Forutsetningen er at det er i spenningsfeltet mellom nasjonal og internasjonal lovanvendelse at konvensjonene utvikler sitt materielle innhold.

5.4 Barnekonvensjonen.

FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) ble ratifisert av Norge i 1991, og er en del av norsk lov etter menneskerettsloven.

Som nevnt over i punkt 5.3 er det staten som pålegges plikter for gjennomføringen av konvensjonsbestemmelsene.⁵⁶ Det følger av barnekonvensjonen artikkel 4 at staten er forpliktet til å treffe alle lovmessige, administrative og andre tiltak for å oppfylle rettighetene for enhver person som omfattes av konvensjonen.

Ved å gjøre barnekonvensjonen til norsk lov er imidlertid ethvert offentlig organ, enhver enkeltperson og organisasjon forpliktet av konvensjonsbestemmelsene. Etter norsk rett er dermed enhver fysisk og juridisk person bundet av barnekonvensjonen.

Konvensjonsstatene har rapporteringsplikt til FN. Rapportene skal avgis i et fem års intervall.⁵⁷ Rapportene oversendes FNs komité for barnets rettigheter. Det følger av barnekonvensjonen artikkel 43 at barnekomiteen har som oppgave å overvåke konvensjonsstatens gjennomføring og oppfølging av konvensjonen. På bakgrunn av materialet som innsendes fra konvensjonsstatene, men også materialet fra andre FN-organer og sivilsamfunnet⁵⁸, utarbeider barnekomiteen en selvstendig rapport bestående av bekymringer og anbefalinger til den enkelte stat.⁵⁹ Anbefalingene er ikke juridiske bindende og har ingen sanksjoner befestet ved seg.

Barnekomiteen avgir også såkalte generelle kommentarer (general comments) om tolkningen av enkelte artikler eller særlig viktige spørsmål.⁶⁰ Det er alminnelig antatt at disse kommentarene ikke er rettslig bindende. I norsk rett er det tidligere lagt til grunn at kommentarene bør ilegges "relativt stor vekt".⁶¹

5.5 Barnets beste som styrende rettskilde i nasjonal og internasjonal rettsanvendelse.

Fanebestemmelsen i barnekonvensjonen er Art. 3 og lyder:

⁵⁶ Høstmølingen, Sandberg, & Kjørholt, 2008, side 20.

⁵⁷ Barnekonvensjonen art. 44.

⁵⁸ 14. april 2014 trådte tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen i kraft, som gir barn eller den som representerer barnet en individuell klageadgang ved påstått brudd ved konvensjonsbestemmelsene. Klagen går direkte til barnekomiteen.

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14503&LangID=E>, lest 24.4.2014.

⁵⁹ Høstmølingen et al., 2008, side 22 flg.

⁶⁰ Ibid., side 25.

⁶¹ Ot.prp.nr.104 (2008-2009), side 26.

1. Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige myndigheter eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organ, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
2. Partene påtar seg å sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel, idet det tas hensyn til rettighetene og forpliktelsene til barnets foreldre, verger eller andre enkeltpersoner som har det juridiske ansvaret for ham eller henne, og skal treffe alle egnede, lovgivningsmessige og administrative tiltak for dette formålet.
3. Partene skal sikre at de institusjoner og tjenester som har ansvaret for barns omsorg eller beskyttelse, retter seg etter de standarder som er fastsatt av de kompetente myndigheter, særlig med hensyn til sikkerhet, helse, personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn.

Det følger av artikkelen at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Det er alminnelig antatt at hensynet skal ilegges betydelig vekt ved tolkningen av så vel barnekonvensjonen som nasjonal lovgivning.⁶² Prinsippets stilling i norsk rett illustreres i ot.prp.nr.29 (2002-2003) til revisjonen av barneloven:

*"For øvrig er hensynet til barnets beste det overordnede mål i all lovgivning om barn."*⁶³

Som nevnt ovenfor i Rt-2005-833 er de metodiske spørsmålene om anvendelsen av EMK gjengitt og lagt til grunn som gjeldende rett. Imidlertid ligger det i sakens natur at anvendelsen av barnekonvensjonen i norsk rett oppstiller andre metodiske spørsmål grunnet mangelen på et overordnet organ som EMD.

Med hensyn til nasjonal rett er det slått fast ved presumsjonsprinsippet at norsk lovgivning antas å være i tråd med barnekonvensjonen. Videre følger det som nevnt at forrangsregelen etter menneskerettsloven § 3 sørger for at barnekonvensjonens bestemmelser går foran norsk lovgivning ved motstrid. Departementet legger også til grunn at anbefalinger gitt av Barnekomitéen er relevante momenter i tolkningen av barnekonvensjonen.⁶⁴

Med hensyn til hvilken vekt EMD tillegger barnekonvensjonen i sin praksis, har EMD i mange saker tolket konvensjonen i lys av barnets beste slik det fremgår av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. I saken *Catan and others v. The republic of Moldova and Russia* uttaler EMD i Storkammer at:

*"[...]account must also be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties and the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part."*⁶⁵

⁶² Høstmælingen et al., 2008, side 51 flg.

⁶³ Pkt. 16.1

⁶⁴ Prop. 135 L, side 13.

⁶⁵ *Catan and others v. The Republic of Moldova and Russia* (app. nos. 43370/04, 8252/05 og 18454/06) avsnitt 136.

Av det siterte er det klart at barnekonvensjonen i seg selv er en relevant og viktig rettskildefaktor ved behandlingen av straffesaker som omhandler barn – både for norske domstoler og konfliktråd, men også for EMD.

6 Konvensjonsforpliktelser i lys av ungdomsstormøtet.

6.1 EMK Art. 6.

I dette kapitlet vil de relevante rettigheter rubrisert under EMK art. 6 synliggjøres. I punkt 6.2 vil det diskuteres inngående om EMK art. 6 får anvendelse overfor ungdomsstormøtet.

EMK artikkel 6 er hovedbestemmelsen hva gjelder en siktet eller tiltalts straffeprosessuelle rettigheter.

Nedenfor er EMK art. 6 gjengitt i sin helhet, og lyder:

Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not a sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

EMK art.6 nr. 1 inneholder både vilkår til strukturelle og organisatoriske krav mot organet som skal avgjøre saken, men også krav til saksbehandlingen. Art. 6 nr. 2 fastslår uskyldspresumsjonen i straffesaker. Art. 6 nr. 3 inneholder minsterettigheter i straffesaker.

Artikkelens fanerettighet er prinsippet om "fair trial".⁶⁶ Utgangspunktet etter EMD-praksis er at rettergangen skal vurderes under ett ved vurderingen om "fair trial"-kravet er oppfylt.⁶⁷

Bestemmelsen gir eksplisitt uttrykk for prinsipper og minimumsrettigheter under rettergangen, blant annet kravet til offentlig rettergang ("public hearing"), avgjørelse innen rimelig tid ("reasonable time"), uavhengig og upartisk domstol ("independent and impartial") mv.

I tillegg har EMD innfortolket flere rettigheter. Til dels anses disse rettighetene som rene presiseringer av "fair trial"-prinsippet, og til dels anses de som nye rettigheter i lys av samfunnsutviklingen.⁶⁸ Eksempel på dette er likestillingsprinsippet ("equality of arms"), retten til kontradiksjon⁶⁹, retten til å anke⁷⁰, effektiv deltakelse ("effective participation")⁷¹ mv.

EMD har videre tolket enkelte av rettighetene innskrenkende på bakgrunn av proporsjonalitetsprinsippet som gjennomsyrrer art. 6 nr.1.⁷²

Gjennom praksis i EMD er det slått fast at "fair trial"-kravet innehar i det minste fire funksjoner.⁷³ Funksjonene gir grunnlag for:

- Å oppstille konkrete regler, f.eks. retten til kontradiksjon, likebehandling mv.
- Å tolke reglene dynamisk, slik at de vernede rettigheter kan etter en konkret vurdering utvikles i nye retninger, eller at nye rettigheter kommer til,
- At spørsmålet om rettergangen har vært rettferdig avgjøres etter en totalvurdering,
- At rettighetene også kan tolkes innskrenkende, dersom totalvurderingen tilsier at rettergangen allikevel har vært rettferdig.⁷⁴

De fire ovennevnte punktene er utgangspunktet for EMD i vurderingen om den straffeprosessuelle saksbehandlingen har vært "fair". Prinsippet må vurderes konkret opp mot den enkelte sak og den enkelte rettighet, og det er kun etter en slik helhetsvurdering at det er mulig å konkludere om prosessen.

I kapittel 8 vil oppgaven synliggjøre og drøfte to rettsprinsipper som utledes av "fair trial"-kravet, og som kan aktiveres under ungdomsstormøtet.

⁶⁶ Begrepet er oversatt til "rettferdig rettergang" i den norske oversettelsen. Oppgaven vil imidlertid referer kun til det engelske begrepet i det følgende.

⁶⁷ Jebens, 2004, side 313.

⁶⁸ Jebens, 2004, side 302.

⁶⁹ Ruiz Mateos v. Spain (App.No.12952/87).

⁷⁰ Dette fremgår av EMKs tilleggsprotokoll (TP) 7-2, FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 5 og barnekonvensjonen art. 40 nr.2., men kan anses som en del av "fair trial"-kravet.

⁷¹ Stanford v. The United Kingdom (App.No. 16757/90).

⁷² Til illustrasjon, se innskrenkningen av krysseksaminasjon av vitner i Asch v. Østerrike (1991).

⁷³ Ibid.

⁷⁴ For en nærmere drøftelse av de 4 funksjonene, se Jebens side 313 flg.

Innenfor strafferettens område danner Engel-dommen, jf. note 19 og 48, utgangspunktet for hva som anses som straff etter EMK. Vurderingen baserer seg på tre generelle kriterier. Disse er den nasjonale klassifisering, overtredelsens karakter og sanksjonens innhold og alvor.

EMD anser kriteriene som alternative og ikke kumulative for at forholdet skal fortolkes som straff. Dette kommer til uttrykk blant annet i *Garyfallou* der Domstolen uttaler (avsnitt 33):

"In this respect, the Court recalls that these criteria are alternative and not cumulative ones: for Article 6 to apply by virtue of the words « criminal charge », it suffices that the offence in question should by its nature be « criminal » by the point of view of the Convention, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of severity, belongs in general to the « criminal » sphere (...). This does not exclude that a cumulative approach may be adopted where the separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a « criminal charge » (...)."

6.2 Kommer EMK art. 6 til anvendelse overfor ungdomsstormøtet?

For å løse spørsmålet overskriften stiller må man ta utgangspunkt i ordlyden.

Ileggelse av strafferettslige reaksjoner som anses som straff i det norske rettssystemet, vil også anses som straff etter EMK.⁷⁵ Det er utvilsomt at ungdomsstraffen oppfyller vilkårene for straff, jf. punkt 6.1.

Skyldspørsmålet og den subsidiære straffeutmålingen i saker som omhandler ungdomsstraff behandles av domstolen. Domstolen er bundet av de alminnelige krav til forsvarlig domstolsbehandling etter intern og menneskerettslig straffeprosesslovgivning. For domstolen kommer EMK art. 6 åpenbart til anvendelse.

Når oppgaven anvender begrepet domstolsbehandling er dette ikke helt treffende jevnført med EMK. Artikkel 6 anvender begrepet "tribunal". Ordlyden favner om andre organer som nemnder, råd, administrative organer mv. Det er sikker rett etter EMD-praksis at ungdomsstormøtet skal anses som et "tribunal", dersom den foretar en realitetsavgjørelse av straffespørsmålet.⁷⁶

*Dermed er spørsmålet om EMK art. 6 og tilhørende krav til straffeprosessen kommer til anvendelse overfor **ungdomsstormøtets** saksbehandling.*

Som det er redegjort for i punkt 6.3 skal spørsmålet løses ved bruk av EMDs metode.

Etter ordlyden av EMK art. 6 aktiveres rettighetene i alle tilfeller hvor en borger får avgjort ("determination") en straffesiktelse ("any criminal charge").

⁷⁵ Se note 52.

⁷⁶ Se T. v. The United Kingdom, gjengitt i note 81, hvor et administrativt organ avgjorde spørsmålet om fortsatt forvaring.

Ordlyden av "determination" tilsier enhver behandling av et strafferettslig spørsmål hvor det fattes realitetsavgjørelser. Rekkevidden av hvilke rettsspørsmål "determination" synes å sikte til er behandlingen av realitetene i straffesaksbehandlingen, herunder skyld- og straffespørsmålet.

I saken *Eckle v. Germany* uttaler domstolen at " it is clear that Article 6 § 1 covers the whole of the proceedings in issue, including appeal proceedings and the **determination of sentence** [min utheving]".⁷⁷ Av sitatet legger EMD til grunn at konvensjonen skal anvendes under hele domstolsbehandlingen. Av det siterte trekkes det en grense til avgjørelser som omhandler straffegjennomføring.

"Determination" gjelder åpenbart for behandlingen i første instansbehandlingen i domstolen. Allikevel har EMD lagt til grunn at art. 6 rekker lenger, blant annet i de tilfeller hvor straffespørsmål avgjøres av organ som faller utenfor alminnelig domstolsbehandling. Etter praksis følger det at art. 6 også får anvendelse selv om selve domstolsbehandlingen av skyld- og straffespørsmålet er avgjort – for EMD er spørsmålet om når avgjørelsen er å anse som endelig ("definitively fixed").⁷⁸

I saken *T. The United Kingdom* var et av spørsmålene EMD tok stilling til om EMK art.6 kom til anvendelse ved en etterfølgende og administrativ fastsettelse av minstetiden av forvaringsstraffen klager sonet.⁷⁹ Etter britisk rett avsa domstolen kun dom på forvaring, og lot spørsmålet om minstetid ("fixing of the tariff") bli avgjort av et administrativt organ.

Klager i saken var domfelt for å ha bortført en to år gammel gutt, for senere å slå i hjel toåringen og etterlate liket på en togskinne med den hensikt og resultat at gutten ble kjørt over av tog. Klager var ti år gammel på gjerningstidspunktet.

I saken viste EMD til formålet av "fair trial" sammenholdt med at saken gjaldt tradisjonelle strafferettslige formål – gjengjeldelse («retribution») og prevensjon («deterrence»). EMD la til grunn at dette er hensyn som i sin alminnelighet kjennetegner straffutmåling.

I tillegg la EMD vekt på funksjonen til organet som administrativt fastsatte forvaringsstraffen, og denne funksjonen helt eller delvis tilsvarte en domstolsfunksjon. I avsnitt 110 viser domstolen til statens anførsel i avsnitt 24, og at «[a] majority of the House of Lords also held that in fixing a tariff the Secretary of State was exercising a power equivalent to a judge's sentencing power and that, like a sentencing judge, he was required to remain detached from the pressure of public opinion».

Foreløpig synes det som at EMDs vurderingstema om vilkåret "determination" både skal drøfte om formålet med den administrative gjørelsen kan sammenlignes med domstolens avgjørelse av straffespørsmålet. I tillegg skal det drøftes om selve prosessen i det administrative organet kan sammenlignes med prosessen i domstolsbehandlingen.

⁷⁷ *Eckle v. Germany* (App.No. 8130/78), avsnitt 76-77.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *T. v. The United Kingdom* (App.No.24724/94)

Til sist har EMD funnet at art. 6 kommer til anvendelse i de tilfeller hvor det er en nær sammenheng ("integral part") mellom domstolsbehandlingen og den administrative behandlingen av straffespørsmålet.

Saken *Smith v. Germany* omhandlet en straffesak hvor tiltalen gikk ut på 26 tilfeller av narkotikainnførsel til Tyskland. Under garanti fra påtalemyndigheten skulle klager bli soningsoverført til Nederland dersom han (1) returnerte til Tyskland og (2) tilsto de straffbare forholdene. Etter at dommen var rettskraftig fikk klager avslag på overføringen. EMD kom frem til at art. 6 kom til anvendelse selv om dommen var rettskraftig, den tid "*the transfer proceedings have to be regarded as an integral part of the criminal proceedings*".⁸⁰

Ovenfor er relevant praksis fra EMD gjennomgått. Nedenfor skal oppgaven vurdere konkret om art. 6 kommer til anvendelse overfor ungdomsstormøtet.

For det første blir spørsmålet om prosessen i ungdomsstormøtet som leder til en ungdomsplan er "determination" av straffespørsmål, som tilsvarer domstolsbehandling.

Det følger av Grunnloven § 96 at straff ilegges ved dom, jf. *nulla poena sine iudicare* i punkt 1.2. Ved ileggelse av straff i norsk rett skilles det i hovedsak mellom straffens "art og kvantum" og straffens innhold.⁸¹ Betegnelsen "art og kvantum" viser til at det er domstolen som skal fastsette det pønale elementet i straffen. Det pønale elementet i norsk strafferettstradisjon er mer eller mindre en innskrenkningen i den personlige friheten.⁸²

Norske domstoler utmåler fengselsstraff innenfor en tidsramme og samfunnsstraff innenfor en tidsramme og timeantall. Innholdet i straffen fastsettes av hhv. kriminalomsorgen og friomsorgen etter gjeldende regler i straffegjennomføringsloven. Selv om straffegjennomføring henger nøye sammen med hensynene bak frihetsinnskrenkningen, er det domstolen som skal bestemme det pønale elementet i straffen.

Hva gjelder ungdomsstraffen legger lovgiver til grunn at ungdomsstraffen er straffegjennomføring.⁸³ Imidlertid uttaler lovgiver at "[s]traff er et sentralt element i ungdomsplanen".⁸⁴ Dette må tolkes som en henvisning til domstolen ved ileggelsen av gjennomføringstid.

Imidlertid gir lovgiver ungdomsstormøtet hjemmel til å ilegge vilkår i ungdomsplanen som i seg selv og samlet er så frihetsinnskrenkende overfor barnet, sammenholdt med fengselsstraff, at det i grad av frihetsinnskrenkning er av en primær pønalt karakter. Det følger nemlig av EMD-praksis at "the right to liberty is too important in a "democratic society" til at person kan samtykke til frihetsinnskrenkelser som har en tilsvarende pønalt karakter som fengsel."⁸⁵

⁸⁰ *Smith v. Germany* (App.No.27801/05), avsnitt 41.

⁸¹ Se Spangen Iversen (2013 I), side 632, som henviser til Jon Skeies artikkel i *Jussens venner*, 2004, side 653.

⁸² Andenæs, side 81 flg.

⁸³ Prop. 135 L, side 129-130.

⁸⁴ *Ibid*, side 105.

⁸⁵ *De Wilde and others v. Belgium* (App.NO.2899/66)

Eksempel på dette kan være at både vilkår om "institusjonsplassering" og vilkår om "arbeid eller opplæring" inngår i ungdomsplanen, jf. konfliktrådsloven § 25 første ledd bokstav d) og andre ledd.

Sett hen til at ungdomsstormøtet kan ilegge så frihetsinnskrenkende vilkår som en del av ungdomsplanen, taler det for at art. 6 aktiveres, siden det er domstolen som skal ilegge den pønale reaksjonen.

Etter EMD må det i tillegg vurderes om ungdomsstormøtet har en så nær tilknytning ("integral part") til domstolsbehandlingen at art. 6 får anvendelse overfor ungdomsstormøtet.

Det er på det rene at ungdomsstormøtet springer ut av en påfølgende domstolsbehandling. Ungdomsstraffen er forutsatt å erstatte soning i fengsel i de fleste tilfeller. Det foreligger dermed et incentiv for den tiltalte å tilstå forholdene, den tid ungdomsstraff hviler på et samtykke fra tiltalte. Så hva skjer dersom eksempelvis ungdomskoordinatoren ikke godkjenner planen? I så tilfelle sendes saken tilbake til domstolen for fullbyrdelse av den subsidiære straffen. Dermed har barnet bidratt til oppklaring av egen sak, herunder oppgitt sin rettighet til å være taus eller sin rett til å ikke bidra til sin egen domfellelse, uten å få den gevinsten som ungdomsstraffen forutsettes å være i forholdet til soning i fengsel. Det er uten tvil en nær sammenheng mellom hva som skjer i ungdomsstormøtet og domstolsbehandling, og parallelliteten med Smith-saken er slående.

Dersom man sammenligner domstolens behandling av samfunnsstraff med ungdomsstraffen foreligger det klare likheter mellom hvilken rolle domstolen har ved utmålingen, og hvilken rolle ungdomsstormøtet har ved utmålingen.⁸⁶ Dette taler for anvendelse av art. 6.

Samlet taler det for at ungdomsstormøtet i ungdomsplanen tar stilling til et straffespørsmål, sett hen til det pønale elementet og den nære tilknytningen til domstolsbehandlingen.

Konklusjonen er at EMK art. 6 kommer til anvendelse overfor ungdomsstormøtet.

⁸⁶ Iversen, Jørgen Spangen (2013II).

7 Straffeprosessuelle rettigheter som nyter konvensjonsvern.

7.1 Hva skal behandles?

Når det er slått fast ovenfor at EMK art. 6 kommer til anvendelse overfor ungdomsstormøtet, aktiveres de straffeprosessuelle rettighetene som staten er forpliktet til å sikre og utvikle. I denne oppgavens punkt 7.1 gjengis noen av de viktigste straffeprosessuelle rettighetene. Samtlige av rettighetene kan problematiseres ut fra oppgavens problemstilling.

Nedenfor vil oppgaven imidlertid kun drøfte to av rettighetene som etter konvensjonen rubriseres under vilkåret "*fair trial*", nemlig retten til offentlig rettergang ("*public hearing*") og retten til å anke straffespørsmålet ("*appeal*").

Bakgrunnen for dette utvalget er å drøfte de rettighetene som synes å skape størst spenninger mellom *fair trial*-kravet og ungdomsstormøtet.

Hovedspørsmålet i dette kapitlet er om fraværet av retten til en offentlig rettergang og retten til anke vil være i strid med EMK art. 6 og kravet til "fair trial".

Disse spenningene kunne også vært relevante momenter i diskusjonen om ungdomsstormøtet tar tilbørlig hensyn til barnets rettssikkerhet, selv om art. 6 ikke skulle komme til anvendelse.⁸⁷ Denne diskusjonen vil ikke bli nærmere drøftet i oppgaven, annet enn å bli nevnt i oppgavens punkt 9.2.

7.2 Retten til offentlig rettergang ("*public hearing*").

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at offentlig rettergang ("*public hearing*") er det klare utgangspunktet i straffesaker. I teorien er det uttalt to formål med rettigheten til offentlighet. For det første gir det publikum og presse muligheten til å føre kontroll med at prosessen er "*fair*", og for det andre skal det styrke tiltaltes og offentlighetens tillit til prosessen.⁸⁸ EMD uttaler at "*justice must not only be done, it must also be seen to be done*".⁸⁹

Rettigheten gjelder både retten til å følge behandlingen og at resultatet av forhandlingen offentliggjøres etter prosessen. Spørsmålet om statens anledning til å holde lukkede dører blir behandlet i punkt 8.2. Her skal det påpekes at EMD har konstruert en streng regel hva gjelder offentliggjøring av selve dommen, i favør offentlighet.

I Campbell og Fell-dommen medførte det en krenkelse at dommen i seg selv ikke var offentliggjort for andre enn den siktede.⁹⁰ Domstolen var etter nasjonal rett undergitt et

⁸⁷ Jørgen Spangen Iversen har hatt på trykk to artikler i Tidsskrift for Rettsvitenskap, som diskuterer ulike sider ved materielle og prosessuelle rettighetene til barnet i møtet med ungdomsstraffen.

⁸⁸ Jebens (2204), side 368.

⁸⁹ Margaš v. Croatia (App.No.4455/10), avsnitt 84.

⁹⁰ Campbell and Fell v. The United Kingdom (App.No.7878/77).

diskresjonært skjønn om hvorvidt presse og publikum skulle gis innsyn. EMD har fulgt opp dette i senere dommer.

7.3 Retten til å anke ungdomsstormøtets avgjørelse.

Ungdomsstormøtet kommer i stand etter at dommen på ungdomsstraff er rettskraftig avgjort av domstolene. Dermed vil anke over skyldspørsmålet være uaktuelt. Videre vil heller ikke straffespørsmålet om den subsidiære straffen kunne ankes til lagmannsretten eller Høyesterett.

Det følger videre at straff er et sentralt element i ungdomsplanen. Av denne grunn foreslo utvalget at ungdomsplanen skal godkjennes av domstolen, som skal ha mulighet til å sende den tilbake til ungdomsstormøtet to ganger før den eventuelt underkjenner planen.⁹¹ Selv om utvalget peker på at det bør være en ordning med legalitetskontroll på grunn av at ungdomsstormøtet gis hjemmel til å ilegge strenge vilkår overfor barnets frihet, går departementet i mot tilrådingen.⁹² På bakgrunn av at barnet kan være representant, uttaler departementet at "rettssikkerheten og legitimiteten kan ivaretas uten en etterfølgende domstolskontroll og anbefaler at utvalgets forslag på dette punktet fravikes".⁹³

Forslaget fikk dermed ikke støtte av departementet.

I relasjon til straffesaker er retten til anke en indirekte rettighet under kravet til "fair trial". EMD har lagt til grunn at TP art 2. og SP artikkel 14 nr. 5 skal ses i sammenheng. Art. 14 nr. 5 lyder:

*"Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and **sentence** being reviewed by a **higher tribunal** according to law.[min utheving]."*

Ankerett overfor barn som anses å ha overtrådt straffelovgivningen er også direkte nedfelt i barnekonvensjonen art. 40 nr. 2 b). Imidlertid legges det til grunn i teorien at ankeretten ikke kan anses på noe punkt å være mer omfattende enn ankeretten slik den følger av EMK TP 7 art.2 eller SP art.14 nr.5.⁹⁴ Som en følge av dette diskuteres ankeretten på bakgrunn av de to sistnevnte konvensjonsbestemmelsene.

Det er i praksis noe uklart hvor langt ankeretten på bakgrunn av ordlyden i "reviewed". Det er slått fast i praksis fra EMD at ankeretten gjelder både skyld- og straffespørsmålet, men at statene kan etablere et silingssystem av anker.⁹⁵ Det finnes ankeordninger innenfor konvensjonen som kun foretar en legalitetskontroll, men også ordninger som i Norge med en to-instansordning med full prøving av faktum og juss som utgangspunkt. Men det følger *ikke* av TP, SP eller barnekonvensjonen at retten til anke kan avskjæres.

⁹¹ NOU 2008:15, side 105.

⁹² Prop.135 L, punkt 10.11.

⁹³ Prop.135 L, side 107.

⁹⁴ Jebens, 2004, side 579.

⁹⁵ Blant annet E.M. v. Norway (App.No.20087/92).

Det finnes imidlertid unntak i TP 7 art.2 nr. 2, hvor dom på forbrytelser av "minor character" kan avgjøres uten ankemulighet. Imidlertid er det forutsatt at ungdomsstraffen skal komme til anvendelse overfor barn som har begått "gjentatt eller alvorlig kriminalitet", jf. strl. § 28c. Det kan trygt legges til grunn at det nevnte unntaket i TP ikke kommer til anvendelse overfor ungdomsstormøtet.

Ved anvendelse av EMDs metode skal man også se hen til annen internasjonal lov og internasjonale rettskilder. Lovgivers valg om at domstolen *ikke* skal foreta en etterfølgende kontroll av resultatet av ungdomsstormøtet, står i motstrid med Europarådets anbefalinger.⁹⁶ I anbefalingens vedlegg (9) heter det at "the assessment of the outcome of a mediation procedure, should be reserved to the criminal justice authorities".

Det må nevnes at både Europarådet og Taraldsrud-utvalget bygger sine anbefalinger på at ankeretten i sammenheng med ungdomsstormøtet henviser til en legalitetskontroll, hvor oppgaven til domstolen vil være å undersøke om prosessen har respektert nasjonal lov og internasjonale rettigheter, samt at vilkårene i ungdomsplanen ikke står i rettsstrid med tilgrensende lovverk mv.

7.4 Er fraværet av rett til innsyn krenkelse av kravet til "fair trial"?

Det følger av punkt 6.1 over at spørsmålet hviler på en totalvurdering av prosessen under ett, og at rettigheten kan tolkes innskrenkende dersom prosessen som helhet vurderes "fair".

Spørsmålet er om fraværet av retten til innsyn kan innebære en krenkelse på kravet til "fair trial" etter EMK art. 6.

Ungdomsstormøtet er ikke gitt nærmere hjemmel i lov eller forskrift om hvorvidt ungdomsplanen skal offentliggjøres. Dette taler for å være en krenkelse overfor EMK, jf. Campbell-dommen.

Etter barnekonvensjonen art. 40 har Barnekomiteen uttalt at premissene skal formuleres på en slik måte "at identiteten til barnet ikke blir avslørt".⁹⁷ Det er ikke funnet andre kilder som kan begrunne avskjæring av innsyn for det offentlige med hensyn til ungdomsplanen av ungdomsstormøtet.

Imidlertid synes det som at en ungdomsplan nødvendigvis må inneholde en rekke detaljer om tid, sted og gjennomføringsmetode dersom ungdomsstormøtets ileggelse av straff skal være individuelt tilpasset. Dette kan vanskeliggjøre en anonymisering.

På en annen side må det antas å være mulig å benevne tiltak på en generell måte, uten å avsløre tid og sted. Eksempelvis kan plassering på en bestemt institusjon benevnes med

⁹⁶ Rec. No R (99) 19.

⁹⁷ Ibid, punkt 66.

institusjonsplassering, og utføring av oppgaver innenfor et gitt tidsrom overfor en nabo kan nettopp benevnes slik, uten å spesifisere verken hvem naboen er eller konkret til hvilken tid.

Det kan følgelig konkluderes med at det ikke kan nektes innsyn av ungdomsplanen dersom dette begjæres av presse eller publikum med legitim interesse i saken, sammenholdt med EMK art. 6 nr. 1. Det kan ikke ses at det foreligger momenter i konfliktrådsloven som vil føre til at prosessen som helhet blir "*fair*", dersom innsyn av ungdomsplanen nektes.

Om en diskusjon av retten til å anke eller å få saken "reviewed", herunder legalitetskontroll, henvises leser til punkt 8.3.

8 Inngrep i konvensjonsrettighetene – kan det gjøres inngrep i rettighetene etter EMK art. 6?

8.1 Generelt om adgangen til å gjøre inngrep i rettighetene.

I dette kapitlet skal det diskuteres om ungdomsstraffen er i tråd med EMK art. 6, selv om det argumenteres for at det foreligger brudd på kravet til "*fair trial*". For selv om ungdomsstormøtet kan rubriseres som et strafferettslig anliggende, er ikke dette i seg selv tilstrekkelig til å påstå brudd på EMK. Det ligger i sakens natur at både konvensjonsteksten i EMK og EMD-praksis må tolkes både i relasjon til nasjonal lovgivning, endrede samfunnsforhold, men ikke minst i relasjon til andre konvensjoner som direkte angår barn.

Som nevnt i punkt 1.3 er spørsmålet om staten kan påberope unntak fra EMK for å få gjennomført ungdomsstraffen.

Ved en rekke av rettighetene etter menneskerettighetene har statene adgang til å gjøre unntak fra rettighetene.⁹⁸ Unntakene fremgår på flere måter.

For det første kan inngrep være hjemlet direkte i den enkelte artikkel. Inngrepshjemler kan finnes både via bestemmelsens ordlyd isolert og gjennom tolkning av konvensjonen som helhet. Som vist ovenfor i kapittel 6 følger det av ordlyden "entitled to" i EMK art. 6 at rettighetene kan fravikes under visse vilkår.

For det andre kan konvensjoner ha forrang eller på annen måte vektet tyngre i relasjon til andre konvensjoner. Eksempelvis kan barnekonvensjonens anvendelsesområde tilsi at rettigheter etter EMK må vike. Et apropos i denne sammenhengen er at den enkelte stats inkorporering av konvensjonene kan spille en rolle ved løsningen av konkrete rettsspørsmål, dersom flere konvensjoner anvendes i konkurrans på samme rettsspørsmål.

For det tredje, ved anvendelsen av EMK, tilstås enhver stat et skjønn ved gjennomføringen av konvensjonsbeskyttede rettigheter i det nasjonale rettssystemet.

8.2 Lukkede dører.

8.2.1 Unntak direkte hjemlet i EMK art. 6.

Det følger av konfliktrådsloven § 24 første ledd at ungdomskoordinatoren "skal sikre at relevante aktører er representert". Minstekravet for deltakelse er "tilknytning til saken".

⁹⁸ Møse, 2002, side 99 flg.

Ordlyden og forarbeidene taler for at ungdomsstormøtet skal gå for lukkede dører. Det er verken i den någjeldende loven eller i proposisjonen diskutert hvorvidt det skal forefinnes en lovhjemmel om offentlighet eller lukkede dører.

Det klare utgangspunktet etter EMK er at en straffesak skal gå for åpne dører ("public hearing").

Imidlertid er det gitt eksplisitt unntak i saker som angår barn. Etter EMK art. 6 kan forhandlingene gå for lukkede dører "in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the **interests of juveniles** or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."⁹⁹ Passusen refererer følgelig til et unntak i offentlighetsprinsippet i straffeprosessen.

I straffesaker er det generelt viktig at både publikum og presse gis adgang til følge forhandlingene. Dette begrunnes i tilliten til behandlingen og samfunnets behov for innsyn og kontroll i viktige spørsmål. Unntakene fra åpne dører er også godt begrunnet. Det kan være at sakenes opplysninger er særlig sensitive. Å ha flere tilhørere enn strengt nødvendig kan oppleves som en urimelig tilleggsbelastning, både for tiltalte, fornærmede og vitner.

I lys av EMD-praksis har det vært flere saker til behandling hvor klagene går ut på at offentligheten er utelukket til å følge forhandlingene.

Illustrerende er EMDs dom 21. september 2006 Moser v. Østerrike (app.no. 12643/02). Saken omhandlet om hvorvidt behandlingen av en sak om omsorgsovertakelse skulle gå for åpne dører. De private parter, barnets foreldre, hadde samtykket til åpne dører, men det aktuelle myndighetsorganet avviste kravet på bakgrunn av hensyn til barnets privatliv. Saken har parallellitet til straffesaker overfor barn, fordi hensynet til barnets integritet og privatliv settes på spissen. I saken ble Østerrike blant annet dømt for *ikke* å inneha en hjemmel som hjemlet åpne dører. I avsnitt 97 uttaler EMD:

"The present case concerns the transfer of custody of the first applicant's son to a public institution, namely the Youth Welfare Office, thus, opposing an individual to the State. The Court considers that in this sphere, the reasons for excluding a case from public scrutiny must be subject to careful examination."

Dommen kan tolkes dithen at det ikke er tilstrekkelig å henvide til en generell regel eller en generell fare for å krenke partenes legitime interesser av privat liv mv. som utelukker publikum og presse. EMD legger nemlig til grunn at spørsmålet må vurderes konkret. Innfortolket i bestemmelsen legger praksis til grunn at det behandlende organet må foreta en forholdsmessighetsvurdering om spørsmålet. Nærmere må det vurderes som offentlighetens krav på innsyn og kontroll veier tyngre enn de aktuelle aktørenes behov for privatliv eller andre hensyn, som blant annet er beskyttet etter EMK art. 8.

⁹⁹ EMK art. 6 nr. 1 andre punktum.

Som det følger av EMD-praksis er det klart i tråd med konvensjonen å ha hjemler for lukkede dører av hensyn til partene, også i saker hvor partene ønsker åpne dører. Ungdomsstormøtet kan, på samme måte som behandling av saker i eksempelvis Fylkesnemnda etter bvl. kap 7, omhandle svært sensitive opplysninger som omhandler barnet, foreldrene eller andre som bør vernes fra offentlighetens innsyn.

Imidlertid foreligger det ingen eksplisitt hjemmel for lukkede dører for behandlingen av ungdomsstormøtet. Praksis viser at dette i seg selv kan være et brudd på EMK.

Videre kan det tenkes at noen domfelte og deres verger opphever taushetsplikten for opplysninger som direkte angjelder disse, jf. konfliktrådsloven § 10. Hvor langt vil en slik opphevelse rekke? Kan ungdomskoordinatoren, basert på sitt eget skjønn, nekte personer å møte selv om vedkommende pretenderer tilknytning til saken? Har de andre aktørene uttalelsesrett?

Konklusjonen er, at i mangel på lovhjemmel, kan ungdomsstormøtet gå for åpne dører i det konkrete tilfellet. I så tilfellet må ungdomsstormøtet, mest sannsynlig ungdomsordinator, konkret foreta en forholdsmessighetsvurdering mellom viktigheten av at offentligheten får tilgang til å overse saken opp mot hensynet til barnets rett til privatliv.

Dersom en slik forespørsel blir avvist uten henvisning til hjemmel eller etter en forholdsmessighetsvurdering, kan det tale for krenkelse av EMK art. 6 nr.1.

8.2.2 Barnekonvensjonen som unntak.

Spørsmålet under dette punktet er om barnekonvensjonen i seg selv kan hjemle inngrep i rettighetene etter EMK art. 6.

Det synes som at barnekonvensjonen vil være et viktig tolkningsbidrag for at ungdomsstraffen er i samsvar med EMK i to relasjoner. For det første skal EMK tolkes dynamisk i samsvar med de rådende samfunnsforhold, jf. oppgavens punkt 6.2. Det er lagt til grunn at EMD skal se hen til annen internasjonal lovgivning ved anvendelsen av EMK. For det andre er det selvstendig moment at barnekonvensjonen er gjort om til norsk lov. Den nasjonale lovgivningen er som nevnt ovenfor grunnlaget for utviklingen av EMK. Derfor vil statens innføring av ungdomsstraffen, og dens anførsler om i større grad å oppfylle barnekonvensjonens formål og målsetninger, være et viktig argument for at inngrep i EMK art. 6 bør aksepteres.

I punkt 5.5 fremgår det at EMD anerkjenner barnekonvensjonen som en viktig rettskilde i saker som angår barn. Dette legges til grunn i det følgende.

Ad spørsmålet om spørsmålet om lukkede dører må det blant annet ses hen til barnets rett til privatliv, jf. barnekonvensjonen art. 16. I relasjon til straffesaker uttaler FNs barnekomité at

for å beskytte barnets rett til privatliv bør "offentlige rettsprosesser[...]bare forekomme i helt spesielle tilfeller".¹⁰⁰ Dette sammenfaller med punkt 8.2.1 over.

Sammenholder man EMK og barnekonvensjonen overfor spørsmålet om lukkede dører, kan det konkluderes med at en manglende hjemmel for om det kan tillates åpne dører, kan utgjøre en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1.

Hva gjelder innsyn i resultatet uttaler Barnekomiteen at premissene skal formuleres på en slik måte "at identiteten til barnet ikke blir avslørt".¹⁰¹ Det er ikke funnet andre kilder som kan begrunne avskjæring av innsyn for det offentlige med hensyn til resultatet av ungdomsstormøtet.

8.2.3 Barnets dispositive avkall av retten til offentlig rettergang..

EMD anerkjenner at konvensjonsrettighetene kan fravikes dersom *den* personen inngrepet angjelder gjør *avkall* på sine rettigheter. Tilsvarende bruker EMD uttrykket *waiver of rights*.

Begrepet er en autonom rettsnorm av domstolen, jf. punkt 5.2 om autonome konvensjonsbestemmelser. Selv om oppgaven utover kun vil bruke den norske oversettelsen, avkall på rettigheter, er dette ikke annet enn en ren henvisning til konvensjonsprinsippet *waiver of rights*.

Et avkall er et rettslig prinsipp som bygger på individets handlefrihet i vid forstand. Man kan spore prinsippet tilbake til romerrettens *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (den som samtykker lider ingen urett).¹⁰² Læresetningen beskriver et avkall i sin reneste form. Det foreligger en rekke hensyn *mot* en slik absoluttautonomi. Blant annet kan hensynet til rettighetens viktighet for rettssystemet, hensyn til å beskytte samfunnsinteresser, hensyn til å beskytte individet mot konsekvensene av sine valg mv. være hensyn som taler mot at personen kan gi avkall på sine rettigheter.

Illustrerende er saken *DH and others v. The Czech Republic* (app no 57325/00) ECHR 13 november 2007. Her uttaler domstolen at "*no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination can be accepted*".¹⁰³ Domstolen begrunner dette med at vernet mot diskriminering er en så viktig samfunnsinteresse at et avkall vil undergrave vernet.

I visse tilfeller vil den interessen som EMK er satt til å verne være ukrenkelig ut fra en tolkning av bestemmelsen, rettsgodet det verner eller etter en tolkning av konvensjonen som helhet. Med andre ord må den enkelte stat i et gitt tilfelle respektere menneskerettighetene uavhengig om den direkte berørte gir avkall på den samme rettigheten.¹⁰⁴ Å gi avkall på vernet mot å bli utsatt for reell tortur under politiavhør, jf. EMK Art. 3, er etter praksis i EMD utelukket.

¹⁰⁰ General Comments nr.10 punkt 65.

¹⁰¹ Ibid, punkt 66.

¹⁰² Andorsen, 1992, side 318.

¹⁰³ Avsnitt 204.

¹⁰⁴ Aall, 1995, side 484.

Etter EMK art. 6 er den enkelte "entitled to a fair and public hearing...[mv]". Ordlyden "entitled to" kan indikere at den berettigede har et fritt valg om rettighetene aktiveres eller ikke. Imidlertid viser domstolspraksis fra EMD at vurderingsnormen kun er et utgangspunkt. Selv om rettigheten etter ordlyden kan tolkes som et fravikelig vilkår (non-mandatory), kan det være flere hensyn som taler for at rettigheten skal anses som ufravikelig (mandatory).

I *Sejdovic v. Italia* (2006) app. no 56581/00 (para 86) uttaler domstolen på generelt grunnlag om å avgi avkall på rettigheter etter art. 6:

Neither the letter or the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tactically, the entitlement to the guarantees of a fair trial[...] However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance[...] Furthermore, it must not run counter to any important public interests.

I saken hadde klager blitt dømt for drap etter å ha avfyrt et våpen mot leiren til et reisende folk. (travellers' encampment). Myndighetene hadde utstedt en arrestordre mot klager i påvente av hovedforhandling. Den tid klager ikke kunne oppspores av myndighetene, ble klager dømt in absentia for drapet. Kun representert ved advokat. For EMD var spørsmålet om det å dømme klager in absentia i seg selv ville være et brudd på art. 6.

Uttalelsen følger opp både tidligere og senere praksis fra EMD, og må følgelig anses som å uttrykke gjeldende rett om adgangen og rammen for avkall på rettigheter.¹⁰⁵

I dommen legger EMD til grunn at det som utgangspunkt *ikke* foreligger skranker mot at et avkall etter art. 6 skal være gyldig ("neither the letter nor the spirit). Allikevel uttaler EMD at det er hensyn som kan tale for at dette utgangspunktet må modereres. Følgelig oppstilles tre hovedspørsmål om hvorvidt avkall på rettigheter etter art. 6 skal anse å fritta staten for sine konvensjonsforpliktelser.

For det første skal avkallet være gitt på en utvetydig og klar måte, jf. *unequivocal manner*. For det andre må det foreligge et minimum av rettsikkerhetsgarantier sett opp mot viktigheten av saken, jf. *minimum of safeguards commensurate to its importance*. For det tredje kan ikke avkallet stå i motstrid til viktige samfunnsinteresser, jf. *run counter to any important public interests*.

EMD legger opp til en forholdsmessighetsvurdering. Jo alvorligere reaksjon som kan ilegges, jo mindre grunn vil det være å vektlegge avkallet. Det må legges til grunn at det er den teoretiske sanksjonen som er styrende for vurderingen, den tid det er den faktiske domstolsbehandlingen som er vernet av art. 6.

I tillegg stilles det krav til et informert avkall. I *Petrina*-saken uttaler EMD at:

[...] before an accused can be said to have, through his conduct, implicitly waived an important right under Article 6 of the Convention, it must be shown that he could

¹⁰⁵ Se blant annet *Blake v. UK* (app no 68890/01), avsnitt 127, og *Hermi v. Italy* (app no 18114/02).

*reasonably have foreseen the consequences of his conduct in this regard (see Idalov, cited above, §§ 172-173)*¹⁰⁶

Det sistnevnte vil ikke bli diskutert i det følgende.

Nedenfor skal det diskuteres om barnet og vergen kan gi avkall på retten av at saken går for åpne dører. Spørsmålet er for så vidt like aktuelt i motsatt tilfelle, herunder avkall på rettigheten til at ungdomsstormøtet skal gå for lukkede dører, dersom det er andre aktører, f.eks. pressen, som ønsker å delta i forhandlingene.

For diskusjonens skyld blir det lagt til grunn at det foreligger et avkall gitt på en utvetydig og klar måte.

Dernest er spørsmålet om det foreligger et minimum av rettssikkerhetsgarantier sett opp mot viktigheten av at ungdomsstormøtet går for åpne eller lukkede dører.

Offentlig innsyn i en strafferettslig prosess er et viktig hensyn, jf. punkt 7.2. Særlig for pressen må det legges til grunn å være av betydelig interesse å få innsyn, for å sikre tilliten til prosessen fra samfunnet for øvrig.

Forutsettes det at retten til å anke er utelukket, styrkes viktigheten. Dermed er det kun aktørene som stiller som garantister for at tilliten opprettholdes. Dette kan reelt være tilstrekkelig for å sikre prosessen. Imidlertid bygger tillitsperspektivet på at en eller flere uavhengige aktører kan kontrollere prosessen. Det er neppe tilstrekkelig innenfor strafferettssystemets område å legge til grunn at ungdomsstormøtet kontrollerer seg selv, i møtet med problemstillinger opp mot den alminnelige tilliten til prosessen.

Det synes som at det ikke foreligger et minimum av rettssikkerhetsgarantier sett opp mot viktigheten av at ungdomsstormøtet går for åpne dører.

Dernest er spørsmålet om avkallet vil stå i motstrid til viktige samfunnsinteresser.

Det henvises til barnets rett til privatliv og det faktum at ungdomsstormøtet behandler svært sensitive opplysninger, jf. punkt 7.2 og 8.2.

Hensynet til barnet må veie tungt dersom man skal vurdere om ungdomsstormøtet skal gå for åpne dører. Dette kan nok tale for at barnets eget samtykke vil ilegges relativt liten vekt ved et slikt avkall, med unntak av helt spesielle tilfeller.

Man kan konkludere med at et avkall på åpne eller lukkede dører vil stå i motstrid til viktige samfunnsinteresser, men at avkall kan gis i særlige tilfeller.

¹⁰⁶ Petrina v. Croatia, (App.No. 31379/10.), avsnitt 45.

8.3 Legalitetskontroll.

8.3.1 Inngrep synes utelukket.

Retten til å anke en straffesak fremgår av flere konvensjoner, blant annet TP 7 – 2 og SP art. 14. I tillegg følger det samme av barnekonvensjonen art. 40 bokstav b) nr. fem som lyder at barn har rett "to have this[penal] decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law".

Ordlyden strekker seg lenger enn å henvise til domstolsbehandling, da også andre myndighetsorgan ("authority") innebefattes. Men som nevnt over tolkes art. 40 tilsvarende som TP 7 -2 og SP art. 14.

Retten til å anke er av en fundamental betydning i straffesaker og garanterer vilkårlig maktbruk.

Det er ikke funnet kilder som tilsier unntak fra retten til å anke kan gjøres gjeldende, annet enn at unntak kan diskuteres etter *avkall på rettigheter*.

Dermed legges det til grunn at barnekonvensjonen *ikke* gir staten en hjemmel til å gjøre unntak fra kravet til "review" av saken til et høyere organ.

Det kan også problematiseres om det her foreligger brudd på barnekonvensjonens artikkel 40 uavhengig av art. 6, men dette faller utenfor oppgaven.

8.3.2 Barnets dispositive avkall på retten til anke.

Det henvises til den generelle fremstillingen av avkall på rettigheter i punkt 8.2.3.

Forutsetningen er her at det foreligger en rett for barnet til å få ungdomsstormøtet og ungdomsplanen "reviewed".

Det er sikker rett at retten til å anke er diskresjonær. Det vil si at en tiltalt i enhver straffesak kan velge å akseptere dommen eller å få den "reviewed". Det må legges til grunn at retten til å få saken "reviewed" beror på barnet og dens verge etter fritt skjønn, dersom retten til å anke faktisk foreligger.

8.4 Unntak begrunnet i statens skjønnsmargin.

Å harmonere prinsippene og rettighetene i EMK overfor et lands rettssystem skaper særlige spørsmål. Rettssystemene i Europa er på ulike områder svært forskjellige, hvor hovedskillet går mellom den såkalte common-law tradisjonen (Storbritannia og andre) og civil-law tradisjonen (Tyskland, Frankrike og andre).¹⁰⁷ Det har blitt hevdet at det norske rettssystemet

¹⁰⁷ Se blant annet Sunde, 2012

faller innunder en mellomkategori av de to ovennevnte tradisjonene, herunder den nordiske rettstradisjonen.¹⁰⁸

Imidlertid er *ikke* formålet med EMK å endre konvensjonsstatenes rettssystemer til å bli et felles europeisk rettssystem. Man ser heller EMK som en garantist for en felles europeiske kulturarv, hvor rettighetene etter EMK er arvesølv.¹⁰⁹

På bakgrunn av erkjennelsen av at den enkelte stat har forskjellige rettssystem, har EMD utviklet den såkalte skjønnsmarginen ("margin of appreciation").¹¹⁰ Som nevnt i punkt 5.3 utvikles konvensjonen i et samspill mellom hvordan den enkelte stat tolker konvensjonen etter EMDs metode, og hvordan EMD kontrollerer hvordan statene bruker dens egen metode.¹¹¹ Aall legger til grunn at statens skjønnsmargin må vurderes opp mot inngrepets styrke, særlig rettighetens karakter.¹¹²

Som det følger av den historiske gjennomgangen i punkt 2, kan det hevdes at den norske stat har lengre tradisjon med å tilpasse de strafferettslige reaksjonene ut fra barnets forutsetninger, med det formål å imøtese barnets behov for trygghet og re-integrering i lokalsamfunnet.

I tillegg er det prosedabelt fra statens side å vise til at domstolsystemet i Norge ikke har hatt noen formell rolle legalitetskontrolloppgaver etter at en dom er rettskraftig. I forarbeidene til ungdomsstraffen uttaler blant annet Dommerforeningen at "det prinsipielt er uheldig at domstolen skal ha en slik rolle når det gjelder straffegjennomføring", og Riksadvokaten påpeker at dommerens involvering kan føre til en konflikt opp mot domstolens uavhengige stilling.¹¹³ Mot dette standpunktet kan det innvendes at domstolene har hatt en tilsvarende legalitetskontroll innenfor straffegjennomføringen siden 2006, nemlig prøveprosjektet Narkotikaprogram med domstolskontroll.¹¹⁴ Imidlertid er dette kun et prøveprosjekt, enn så lenge, slik at vekten av dette svekkes.

Det er EMD som skal vurdere om innføringen av ungdomsstraff som straffeart kan falle innenfor statens skjønnsmargin. Det er tenkelig at EMD vil akseptere ungdomsstraffen på bakgrunn av statens skjønnsmargin, og følgelig aksepterer at ungdomsstraffen kan krenke "*fair trial*"-kravet som denne oppgaven forfekter.

8.5 Oppsummering.

Sett hen til drøftelsen over finner oppgaven at det *kan* foreligge krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 dersom pressen eller andre med en legitim interesse ikke får innsyn i en anonymisert ungdomsplan. Videre *kan* det foreligge en krenkelse både fordi det ikke foreligger en nasjonal hjemmel som regulerer spørsmålet om åpne dører, og det kan være en krenkelse dersom

¹⁰⁸ For en grundigere gjennomgang, se Holmøyvik, 2007.

¹⁰⁹ Jebens, 2004, 60-61.

¹¹⁰ Jacobs, White, & Ovey, 2010, side 78-81.

¹¹¹ Borvik, Bjørnar, (2011).

¹¹² Aall, (2007), side 130.

¹¹³ Prop.135 L, side 129.

¹¹⁴ Forskrift om prøveordning med narkotikaprogram med domstolskontroll, FOR-2005-12-16-1518.

spørsmålet *ikke* vurderes konkret. Det foreligger, mest sannsynlig, krenkelse av art. 6 nr. 1 sammenholdt med TP 7 art. 2, den tid det *ikke* foreligger en hjemmel for å få saken "reviewed" at et høyere organ enn ungdomsstormøtet.

Imidlertid *kan* statens skjønnsmargin være et argument for at det *ikke* foreligger en krenkelse.

9 Rettspolitikk – å forsone det uforsonlige?¹¹⁵

9.1 Spenninger mellom de teoretiske grunnlagene.

En individuelt tilpasset reaksjon på straffbare handlinger overfor barn er et ledd i en ønsket utvikling av strafferettssystemet i Norge. Press kommer fra både samfunnet, lovgiver og internasjonale organer.

Som oppgaven viser er det knyttet en del rettssikkerhetsmessige og menneskerettslige spørsmål til innføringen av ungdomsstraff.

Et annet moment er spenningene mellom idégrunnlaget og prinsippene for restorative justice og de tilsvarende ideene og prinsippene i strafferettssystemet. Et konkret eksempel er den fornærmedes rolle i ungdomsstormøtet. Det er som nevnt valgfritt om fornærmede ønsker å møte – noe som tenkes å være mer et utslag av pragmatisme for og i det hele tatt kunne gjennomføre prosessen. Et annet moment er at lovgiver begrenser fornærmedes rolle til kun å delta ved utformingen av ungdomsplanens vilkår der vilkårene angjelder fornærmede direkte – stikk i strid med utvalget som viser til at fornærmede skal være en aktør på lik linje med de andre aktørene, domfelte inkludert.¹¹⁶

Etter min mening illustrerer lovgivers syn på fornærmedes rolle to hovedproblemer. For det første bryter man prinsippet om likemannsprinsippet i restorative justice. Det synes umulig å kunne forsone konflikten mellom domfelt og fornærmet uten aktiv deltakelse fra fornærmede selv. For det andre kan det være en reell fare for at tilliten til ungdomsstraffen undergraves ved å ekskludere fornærmedes fra deler av utarbeidelsen av ungdomsplanen. Spørsmålet er om hvordan dette skal gjennomføres. Er det tiltenkt at fornærmede eller dennes representant skal forlate møtet når deler av ungdomsplanen konstrueres – og hvordan vil dette oppfattes av fornærmede dersom ungdomsplanen oppleves som en mild straff for et eller flere alvorlige lovbrudd? Kan det være slik at lovgiver ønsker primært en rehabiliterende (fra en kriminell løpebane) ansvarliggjøring av domfelte, i stedet for at partene saken direkte gjelder (konflikten) skal forsones? I alle tilfeller burde det i så fall være fremlagt empiri fra relevant forskning om mekling i straffesaker har noen positiv effekt for barnet som lovbrøyer eller for kriminalitetsstatistikken. Taraldsrud-utvalget etterspør nettopp empiri om ungdomsstraffen kan ha en effekt for å forhindre kriminalitet.

9.2 Barnets rettssikkerhet kan sikres bedre.

Relativt gjemt i Prop. L under høringsinstansenes syn på retten til å anke ungdomsplanen uttaler riksadvokaten følgende:

¹¹⁵ David Godfrey Chelsom Vogts artikkel, "The aims of restorative justice", i Grønning & Jacobsen, 2012.

¹¹⁶ NOU 2008:15 *Barn og straff - utviklingsstøtte og kontroll*, 2008, punkt 9.5.5.9.

"Det vil være en bedre løsning om ungdomsplanen er klar før saken skal pådømmes."¹¹⁷

Uttalelsen kunne dannet grunnlaget for en ny proposisjon.¹¹⁸ Lovgiver kunne valgt å legge ungdomsstormøtet forut for eller i tiden under hovedforhandlingen. Forutsetningsvis ville flere rettssikkerhetsmessige problemstillinger som denne oppgaven reiser vært løst. Det kan tenkes flere tilfeller hvor prosessen er beheftet med feil eller mangler. Det kan være at ungdommen opplever et press fra aktørene om å godkjenne ungdomsplanen, vilkår i ungdomsplanen er i direkte motstrid til materielle rettsregler eller at muntlig avtalte vilkår ikke kommer med i den skriftlige ungdomsplanen, for å nevne noen tenkte eksempler. Og selv om feil og mangler forekommer, vil barnet og dens representanter bære med seg vissheten om at saken blir oversendt domstolen for effektivering av den subsidiære fengselsstraffen dersom ungdomsplanen ikke blir akseptert.

Den klare fordelen ved å velge en slik løsning vil være at domstolen faktisk kan utøve en legalitetskontroll av både ungdomsplanen og selve prosessen under ungdomsstormøtet. Mye taler for at domstolen i så tilfelle kan ha en reell kontrollfunksjon og en oppdragende funksjon overfor deltakerne. Det synes med andre ord å foreligge et alvorlig rettssikkerhetsproblem at lovgiver verken åpner opp for domstolskontroll eller klageadgang overfor ungdomsstraffprosessen.

Det som taler mot en slik løsning vil være at ungdomsstormøtet som forsoningsprosess blir skadelidende. Det er nettopp et poeng at prosessen i seg selv er forsonende og ansvarliggjørende overfor partene, og at et vellykket resultat av en slik prosess blant annet hviler på domfeltes samtykke. Ved en klage eller anke ligger det i sakens natur at det ikke foreligger et samtykke, og formålet med restorative justice vil de facto ikke være oppfylt. Det kan dermed argumenteres for at fraværet av klageadgang eller domstolskontroll, er en nødvendig betingelse for å oppnå positiv effekter ved anvendelsen av ungdomsstormøtet.

Imidlertid taler de beste grunner for at det bør etableres en formell klageadgang. Klagen bør rettes til et overordnet organ, eksempelvis fylkesmannen eller domstolen. Klageorganet bør gis myndighet til å utøve en legalitetskontroll, men bør ikke ha anledning til å prøve ungdomsstormøtets skjønnsutøvelse. I så fall kan man sammenligne en slik klageadgang med den såkalte myndighetsmisbrukslæren.¹¹⁹

¹¹⁷ Prop. 135 L, side 129.

¹¹⁸ Iversen, Jørgen Spangen (2013II) side 394-395.

¹¹⁹ Myndighetsmisbrukslæren nevnes for første gang i Isene-dommen, Rt-1981-745.

10 Avsluttende merknader.

10.1 Konklusjon.

Oppgaven har dreid rundt spørsmålet om statens konvensjonsforpliktelser ved innføringen av ungdomsstraffen.

Som det fremgår over har oppgaven funnet at det er tvilsomt om gjeldende rett etter EMK tillater innføringen av ungdomsstraff uten noen form for ankemulighet, i det minste en legalitetskontroll. Imidlertid bør dette stimulere til en debatt om ungdomsstormøtet ivaretar barnets rettssikkerhet i tilstrekkelig grad, sett hen til at den grad av frihetsinnskrenkelsen som vedtas i ungdomsplanen.

I tillegg er det tvilsomt om EMD aksepterer at lovverket som regulerer ungdomsstormøtet *ikke* innehar en hjemmel som regulerer om hvorvidt det skal tillates åpne dører i den enkelte sak.

Sett hen til punkt 1.3 er konklusjonen følgende:

Det er tvilsomt om ungdomsstormøtet er i tråd med statens menneskerettslige forpliktelser, med hensyn til de straffeprosessuelle rettighetene etter EMK art. 6 (og TP art. 2).

Oppgaven viser i alle fall at det er flere tunge rettssikkerhetshensyn som aktualiseres rundt ungdomsstormøtet, den tid saken befinner seg innenfor den strafferettslige delen av rettssystemet. Forhåpentligvis vil spørsmålene oppgaven reiser og andre problemstillinger med hensyn til de prinsipielle sidene ved ungdomsstraffen bli satt under debatt.

11 Litteraturliste.

- Aall, Jørgen. (1995). *Rettergang og menneskerettigheter: den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*. Bergen: Universitetsforl.
- Aall, Jørgen. (2007). *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Bergen: Fagbokforl.
- Aall, Jørgen. (2010). Waiver of Human Rights - Setting the Scene (Part I/III). *Nordic journal of human rights*, Vol 28 no. 3-4 2010 s. 300-370 - (NMR-2010-300).
- Andenæs, Johs, Matningsdal, Magnus, & Rieber-Mohn, Georg Fr. (2004). *Alminnelig strafferett*. Oslo: Universitetsforl.
- Andorsen, Kjell V. (1992). Strafferettslig samtykke. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1992 s 305-475 - (TFR-1992-305).
- Borvik, Bjørnar (2011). *Nasjonal skjønnsmargin etter EMK - replikk til Jens Edvin A. Skoghøy*. Lov og rett 2011 side 575-595.
- Christie, Nils. (1977). *Konflikt som eiendom* (Vol. 23). Oslo: Institutt for kriminologi og strafferett.
- Gröning, Linda. (2013). Straffgenomføring som en del av straffrättssystemet: Principförklaring av fängelsestraffets innehåll. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2013 ;Volum 126.(1). 146-195.
- Gröning, Linda, & Jacobsen, Jørn R. T. (2012). *Restorative justice and criminal justice: exploring the relationship*. Stockholm: Santérus Academic Press.

Holmøyvik, Eirik. (2007). Årsaker til utviklinga av prøvingsretten i Noreg og Danmark. *Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 s. 718-779 - (TFR-2007-718)*.

Hov, Jo. (2010). *Innføring i prosess*. Oslo: Papinian.

Høstmælingen, Njål, Sandberg, Kirsten, & Kjørholt, Elin Saga. (2008). *Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge*. Oslo: Universitetsforlaget.

Iversen, Jørgen Spangen (2013). *En kritikk av ungdomsstraffen*. Lov og rett, vol. 52, 9, 2013 side 630.

Iversen, Jørgen Spangen (2013II). *Ungdomsstraff og menneskerettigheter*. Tidsskrift for strafferett, nr. 3, 2013 side 377. Retrieved from http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?grid=387472&terms_and=spangen%20iversen

Jacobs, Francis G., White, Robin C. A., & Ovey, Clare. (2010). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Jebens, Sverre Erik. (2004). *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo: Cappelen akademisk forl.

Johnstone, Gerry. (2011). *Restorative justice: ideas, values, debates*. Abingdon: Routledge.

Lindboe, Knut. (2012). *Barnevernrett*. Oslo: Universitetsforl.

Møse, Erik. (2002). *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen akademisk forl.

NOU 2008:15 Barn og straff - utviklingsstøtte og kontroll. (2008). Justis- og beredskapsdepartementet Retrieved from <http://lovdata.no/pro/NOU/forarbeid/nou-2008-15>.

NOU 2009:8 Kompetanseutvikling i barnevernet Kvalifisering til arbeid i barnevernet gjennom praksisnær og forskningsbasert utdanning. (2009). Barne-, likestillings- og

inkluderingsdepartementet Retrieved from <http://lovdata.no/pro/NOU/forarbeid/nou-2009-8>.

Prop.135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff). (2011). Justis- og beredskapsdepartementet Retrieved from <http://lovdata.no/pro/PROP/forarbeid/prop-135-1-201011>.

Prop.57 L (2013-2014) Lov om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven). Justis- og beredskapsdepartementet.

Ot.prp. nr. 56 (1989-1990) Om lov om meglings i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m. (hemmelig opptak av samtale og offentlig gjengivelse; fjernsynsovervåkning; uforsiktig omgang med skytevåpen; ulovlig innførsel, produksjon og omsetning av alkohol; falsk utrykningsmelding; skyldkravet ved heleri m.m.).

Ot.prp.nr.104 (2008-2009) Om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Skoghøy, Jens Edvin. (2013). *De nordiske domstolene og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.* Svensk Juristtidning 2013, side 397. Retrieved from <http://svjt.se/svjt/2013/397>.

Sunde, Jørn Øyrehagen. (2012). Debatt - Andre premiss og anna resultat - refleksjonar kring politikk, Høgsterett og dissensar. *Tidsskrift for rettsvitenskap 2012 s 168-204 - (TFR-2012-168).*

Tidsskrift for strafferett. (2007) (Vol. 3). Oslo: Gyldendal Akademisk.