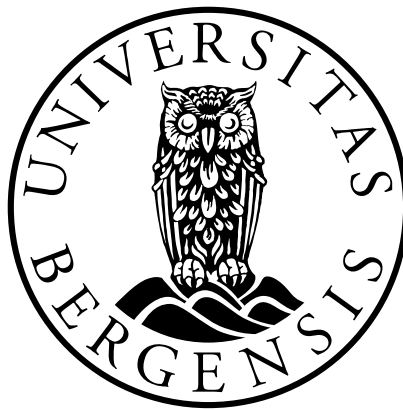


Forvaring av barn

En analyse og redegjørelse av om hensynet til barnets beste ivaretas i vurderingen om et barn kan idømmes forvaringsstraff

Kandidatnummer: 145

Antall ord: 12 480



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2 Metode	5
1.3 Videre fremstilling	7
2 To sentrale hensyn ved forvaring av barn.....	8
2.1 Hensynet til samfunnsvernet.....	8
2.2 Hensynet til barnets beste	10
2.2.1 Hensynet til barnets beste i Grunnloven	10
2.2.2 Hensynet til barnets beste i FNs barnekonvensjon	11
2.2.3 Oppsummering.....	13
3 Forvaring som straffereaksjon	14
3.1 Innledning	14
3.2 De alminnelige vilkårene	15
3.2.1 Alvorlige lovbrudd.....	15
3.2.2 Gjentakelsesfare.....	16
3.2.3 Fengselsstraff anses utilstrekkelig til å verne andres liv, helse, eller frihet.....	18
3.3 Særvilkår for å kunne idømme barn forvaringsstraff.....	19
3.3.1 Aldersmomentet.....	19
3.3.2 Helt ekstraordinære omstendigheter	21
2.3.2.1 Ekstraordinære forhold ved den begåtte handlingen	22
2.3.2.2 Ekstraordinære forhold ved gjentakelsesfaren.....	25
2.3.2.3 Hensynet til samfunnsvernet i forvaringssaker som omhandler barn	28
3.4 Oppsummering.....	31
4 Rettens vurdering og vektlegging av hensynet til barnets beste i forvaringssaker	33
4.1 Innledning	33
4.2 Begrunnelseskravet i rettsavgjørelser	33
4.3 Hvordan domstolen vurderer og vektlegger hensynet til barnets beste i forvaringsdommene	35
4.4 Er rettens behandling i overensstemmelse med kravene som følger av straffeprosessloven?	37

5	Avslutning.....	39
6	Litteraturliste.....	42

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for avhandlingen er anvendelse av forvaringsstraff overfor mindreårige mellom 15 og 18 år. Problemstillingen er hva som skal til for å kunne idømme et barn forvaringsstraff, og herunder hvorvidt domstolen ivaretar hensynet til barnets beste i forvaringsvurderingen.

Det er tydelig at det har skjedd en endring innenfor dette temaet i norsk strafferett de siste årene. I 2012 ble en ny straffelovsendring vedtatt, hvor det ble konstatert nærmest et forbud mot forvaring av barn.¹ I dag er det inntatt i strl. § 40 første ledd annet punktum.² Forut lovendringen var det ingen mindreårige som hadde blitt idømt forvaringsstraff, men etter 2012 har det kommet åtte dommer fra norske rettsinstanser hvor spørsmålet om forvaring har blitt tatt opp til vurdering. Den nyeste dommen ble avsagt i juni 2020.³

Domstolens økte anvendelse av forvaring overfor barn gjør at temaet er svært aktuelt. I syv av forvaringssakene var lovbruddet som dannet grunnlag for forvaringsvurderingen drap eller drapsforsøk.⁴ I den åttende saken ble en lovbrøyer idømt forvaringsstraff på grunnlag av fire voldtekter som han hadde begått i en alder av 16 år.⁵ På bakgrunn av denne rettsutviklingen kan det stilles spørsmål om terskelen for å idømme et barn forvaringsstraff har blitt lavere. Videre kan det settes spørsmålsteget ved om denne utviklingen er en direkte konsekvens av at domstolen ikke vurderer eller vektlegger hensynet til barnets beste i forvaringssaker, i samsvar med Grunnlovens, barnekonvensjonens, og straffeprosesslovens regler.⁶

Forvaringssaker som omhandler barn får ofte stor oppmerksomhet i media, og det ser ut til at de fleste stiller seg negativt overfor en slik anvendelse av forvaringsstraff. Det er ikke unormalt å se begrep som «krise og katastrofe»,⁷ eller at «utviklingen er oppsiktsvekkende».⁸

¹ Lov 20. januar 2012 nr. 6 kap. I

² Lov 20. mai 2005 om straff (heretter straffeloven, strl.)

³ LB-2020-34882 (Oslo)

⁴ HR-2017-290-A (Vollen), HR-2019-832-A (Vulkan), LE-2019-122942 (Vinstra), LG-2019-105200 (Varhaug), LA-2018-112662 (Sørlandssenter), TKISA-2017-78612 (Lund), og TKISA-2017-90977 (Internatskole)

⁵ LB-2020-34882 (Oslo)

⁶ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grunnloven, Grl.), FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (heretter barnekonvensjonen, BK.), og lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven, strpl.)

⁷ Frafjord (2019)

⁸ Fraser (2019)

Senest i juni 2022 ble det besluttet at den første forvaringssaken som omhandlet en mindreårig i Norge, skulle gjenopptas.⁹ I november 2022 var dommen klar, og lagmannsretten besluttet å overføre vedkommende lovbrøyer til tvungent psykisk helsevern.¹⁰

Formålet med avhandlingen er å kaste lys over hva som skal til for å idømme et barn forvaringsstraff. Videre er formålet å redegjøre for domstolens anvendelse av hensynet til barnets beste i forvaringssakene og om det som sådan er i overensstemmelse med begrunnelseskravet som følger av straffeprosessloven.

1.2 Metode

Avhandlingen skal hovedsakelig besvares ut fra et rettsdogmatisk perspektiv, hvorav det er gjeldende rett som skal analyseres og redegjøres for. I den videre fremstillingen vil det i tillegg komme inn noen rettspolitiske elementer, for å analysere hvorvidt hensynet til barnets beste ivaretas i forvaringsvurderingen.

Hva som skal til for å kunne idømme barn forvaring følger av det primære rettsgrunnlaget i strl. § 40. Forarbeidene til denne lovbestemmelsen er relevante, da de gir innsikt i lovgiverviljen.¹¹ Den nye straffeloven ble vedtatt 20. mai 2005, og vilkårene som fremgår av strl. § 40, er en videreføring av strl. 1902 § 39c.¹² Selv om den nye bestemmelsen ble redigert og til dels formulert annerledes enn den tidligere lovbestemmelsen, var ikke innholdet ment å innebære noen realitetsendring. Således er forarbeidene til strl. 1902 § 39c fremdeles relevante.¹³

I 1999 ble menneskerettighetsloven vedtatt,¹⁴ hvorav formålet er å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett».¹⁵ Det er følgelig fem konvensjoner som er inkorporert og gitt forrang i norsk rett etter mrl. §§ 2 og 3, herunder FNs barnekonvensjon og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.¹⁶ Ved grunnlovsreformen i 2014 vedtok

⁹ HR-2017-290-A (Vollen)

¹⁰ LE-2022-95459

¹¹ NOU 2002:4, NOU 2008:15, NOU 2020:14, Ot.prp.nr.90 (2003-2004), og Prop.135 L (2010-2011)

¹² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 442.

¹³ Ot.prp.nr.87 (1993-1994), Prop.135 L (2010-2011), og NOU 2002:4

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettighetsloven, mrl.)

¹⁵ Mrl. § 1

¹⁶ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (heretter menneskerettighetskonvensjonen, EMK)

Stortinget en egen bestemmelse om barns menneskerettigheter,¹⁷ som ble utformet etter og basert på barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.¹⁸ Ikke bare har Norge som stat en folkerettslig forpliktelse etter barnekonvensjonen, men forpliktelsen er også gjennomført på grunnlovsnivå. Dette er den sterkeste måten man kan gjennomføre noe på i norsk rett, samt at det innebærer en mulighet for å «trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis»¹⁹, og at grunnlovsbestemmelsen som sådan kan tolkes i lys av EMDs praksis.²⁰

Det følger av FNs barnekonvensjon art. 3 nr. 1 at hensynet til barnets beste «shall be a primary consideration». EMK stiller, på lik linje som barnekonvensjonen, krav til hvordan barn skal behandles i saker, men konvensjonen inneholder ingen egen bestemmelse om barnets beste.²¹ For å nærmere avklare hva som ligger i hensynet til barnets beste, vil FNs barnekomité's uttalelser og generelle kommentarer være av relevans i avhandlingen. Selv om komitéuttalelsene ikke er generelt folkerettslig bindende²², er de likevel «verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen».²³

Den mest sentrale rettskilden for å vurdere hvorvidt hensynet til barnets beste ivaretas i forvaringsvurderingen, er rettspraksis. Per dags dato er det åtte rettskraftige dommer fra norske domstoler hvor spørsmålet om forvaring av barn har blitt tatt opp til vurdering. I seks av dommene kom retten frem til at det forelå grunnlag for å idømme de mindreårige forbryterne forvaringsstraff.²⁴ Imidlertid har straffen i to av de seks dommene i senere tid blitt omgjort, henholdsvis til ubetinget fengsel²⁵ og tvunget psykisk helsevern.²⁶ I ytterligere to dommer har forvaring vært oppe til vurdering²⁷, og selv om de mindreårige lovbrøytene ikke ble idømt forvaringsstraff, er dommene av relevans da er med på å belyse hvordan retten vurderer og vektlegger vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» i strl. § 40.

Dommene som skal redegjøres for i avhandlingen er rettskraftig avsagt av henholdsvis Høyesterett, lagmannsretten, og tingretten. Ettersom at Høyesterett er tildelt myndighet til å

¹⁷ GrL. § 104

¹⁸ Haugli (2020) s. 67

¹⁹ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64), og Dok. 16 (2011-2012) s. 192

²⁰ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 63)

²¹ Strand (2017) s. 280

²² Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 41

²³ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 26, og NOU 2020:14 s. 62

²⁴ HR-2019-832-A (Vulkan), LG-2019-105200 (Varhaug), LE-2019-122942 (Vinstra), og LB-2020-34882 (Oslo)

²⁵ LA-2017-112563, tidligere TKISA-2017-78612 (Lund)

²⁶ LE-2022-95459, tidligere HR-2017-290-A (Vollen)

²⁷ LA-2018-112662 (Sørlandssenter), og TKISA-2017-90977 (Internatskole)

dømme i siste instans etter Grl. § 88, innehar den en rettsskapende og rettsavklarende rolle.²⁸ Følgelig er det Høyesterettsdommene som tillegges størst rettskildemessig vekt. Imidlertid foreligger det kun to Høyesterettsdommer hvor barn har blitt idømt forvaring, hvorav den ene dommen har blitt omgjort. Således vil også avgjørelsene fra lagmannsretten og tingretten få en stor rettskildemessig vekt i avhandlingen.²⁹

Forvaring av barn er et tema som har blitt drøftet forskjellige steder i litteraturen, og det som fremgår av strafferettslitteraturen vil være svært relevant for avhandlingen. Blant annet vil bøkene til Haugli og Fornes, samt doktoravhandlingen som boken til Fornes er basert på, være viktige bidrag.³⁰ I tillegg vil artiklene av henholdsvis Fornes og Gröning, Holmboe, og Drake³¹ være av rettskildemessig relevans, samt at bøkene til Gröning mfl., Andenæs, og Matningsdal vil kaste lys over forvaring som straffereaksjon.³² Likevel er det viktig å være oppmerksom på at juridisk litteratur som rettskildefaktor har lav rettskildemessig vekt,³³ og at det er viktig å forholde seg noe kritisk overfor de meningene som fremgår av litteraturen.

1.3 Videre fremstilling

Avhandlingen deles inn i fem kapitler. I kapittel 2 skal de to mest sentrale hensynene i forvaringsvurderingen presenteres, herunder hensynet til samfunnsvernet og hensynet til barnets beste. Hensynet til barnets beste skal belyses av både norsk og internasjonal rett.

I kapittel 3 vil forvaring som straffereaksjon i sin helhet redegjøres for. Det vil først bli sett hen til de alminnelige vilkårene som følger av strl. § 40, men hovedfokuset er på særvilkåret som knytter seg særdeles opp til forvaring av barn. Kapittel 4 tar for seg rettens behandling av hensynet til barnets beste i forvaringssakene, og på hvilken måte domstolen vurderer og vektlegger dette hensynet. De avsluttende betraktningene følger av kapittel 5.

²⁸ Eckhoff (2001) s. 192

²⁹ Skoghøy (2018) s. 226

³⁰ Haugli (2020) og Fornes (2021)

³¹ Fornes & Gröning (2021), Holmboe (2020), og Drake (2019),

³² Gröning mfl (2019), Andenæs (2016), og Matningsdal (2021)

³³ Eckhoff (2001) s. 270

2 To sentrale hensyn ved forvaring av barn

Ved vurderingen av om en straffereaksjon kan idømmes, er det mange ulike hensyn som kan være relevante. Hvilke hensyn som gjør seg gjeldende vil derimot variere ut ifra den konkrete saken. Imidlertid eksisterer det enkelte overordnede hensyn, som enten utgjør en del av straffebegrunnelsen, eller som hører til andre verdier som domstolen bør holde seg innenfor.³⁴ Strafferettssystemet i Norge bygger i all hovedsak på et prevensjonshensyn, med formål om å forebygge at fremtidige uønskede handlinger utøves.³⁵ Det skilles mellom allmennpreventive- og individualpreventive virkninger.³⁶

Allmennpreventive virkninger har som formål å fremstå som avskrekkende overfor allmennheten, slik at andre ikke begår lovbrudd.³⁷ Herunder inngår hensynet til samfunnsvernet. Individualpreventive virkninger retter seg, i motsetning til allmennprevensjon, mot den enkelte lovovertreder, og har som formål å forhindre vedkommende i å begå nye fremtidige lovbrudd.³⁸ I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1313 omtalte Høyesterett hensynet til barnets interesser synonymt med individualprevensjonen, hvilket indikerer at det er det individualpreventive som på best mulig måte ivaretar hensynet til barnets beste.

Avveining mellom hensyn kan generelt være vanskelig, og det kan bli en særdeles utfordring når vedkommende lovbrøyer er mindreårig. I det følgende skal hensynet til samfunnsvernet og hensynet til barnets beste redegjøres for individuelt.

2.1 Hensynet til samfunnsvernet

Det er ikke enkelt å tydeliggjøre hva som konkret ligger i hensynet til samfunnsvernet, da det er et vidt begrep. Imidlertid følger det av strl. § 40 første ledd annet første punktum at forvaring kan idømmes når «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse

³⁴ Eskeland (2017) s. 440

³⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) del 2 pkt. 6.1 s. 77

³⁶ NOU 2008:15 kap. 3 pkt. 3.2 s. 22

³⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) del 2 pkt. 6.1 s. 77 og NOU 2008:15 kap. 3 pkt. 3.2 s. 22

³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) del 2 pkt. 6.1 s. 77

eller frihet». Som tidligere nevnt, er det samfunnsvernet det siktes til her.³⁹ Det er ikke et krav om at selve samfunnsordenen må være truet, det er snarere heller samfunnsborgerne som skal beskyttes mot farlige lovbrøyttere.⁴⁰ Følgelig er samfunnsvernet et overordnet hensyn ved vurderingen av om forvaring skal idømmes.

Samfunnsvernet er, i likhet med saker som omhandler voksne, sentralt ved vurderingen av om mindreårige kan idømmes forvaringsstraff. Et tungtveiende hensyn for å ikke stenge adgangen for bruk av forvaring overfor mindreårige, var at det kan oppstå situasjoner hvor barnet kan anses så farlig at det medfører en trussel mot den enkeltes liv, helse eller frihet.⁴¹ Et sentralt spørsmål er imidlertid hvor sterkt samfunnsvernet gjør seg gjeldende når det kommer til mindreårige.

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 1313 presiserte Høyesterett at:

«Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til»⁴²

Dommen omhandlet fengselsstraff, og uttalelsen er følgelig ikke direkte overførbar til idømmelse av forvaring. Likevel kan uttalelsen tas i betraktning ved å vise til at hensynene som taler for straff vedrørende mindreårige, må være mer tungtveiende enn hensynene som taler for straff av voksne lovbrøyttere. Dette underbygges av Høyesteretts uttalelse i HR-2019-832-A (Vulkan), hvor det presiseres at det ikke må «være noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring» når lovbrøytter er under 18 år.⁴³

Bakgrunnen for at det kreves større trussel mot samfunnsvernet når det kommer til mindreårige lovbrøyttere er usikkerheten som knytter seg til at de befinner seg i en modnings-

³⁹ Se punkt 3.2.3

⁴⁰ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 252 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) del 3 pkt. 21.2.2.3 s. 277

⁴¹ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

⁴² Rt. 2010 s. 1313 avsn. 15

⁴³ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 79

og utviklingsprosess.⁴⁴ Barn har normalt lavere skyldevne enn voksne, og ettersom at de ikke er fullstendig utviklet, har de en begrenset evne til å se konsekvensen av sine egne handlinger.⁴⁵ Det kan være vanskelig å forutsi noe om barnets fremtidige farlighet, grunnet det store potensialet barn har for endring, og følgelig kan det også være utfordrende å vurdere hvorvidt en mindreårig lovbrøyer kan anses som en trussel mot samfunnsvernet, eller ikke.⁴⁶ I tillegg til dette, kan også motstrid mellom ulike hensyn være en grunn til at det kreves større trussel mot samfunnsvernet når lovbrøyer er et barn. Andre tungtveiende hensyn kan medføre at hensynet til samfunnsvernet må tilsidesettes. Hensynet til barnets beste er blant annet et slikt overordnet hensyn, som er sentralt i vurderingen av om forvaring skal idømmes. Dette skal redegjøres for i det følgende.

2.2 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste ble for første gang vedtatt som en folkerettslig bindende forpliktelse i FNs barnekonvensjon, og forankres i dag i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. I 1991 ratifiserte Norge konvensjonen, og i 2003 ble den inntatt i menneskerettsloven. I dag er rettigheten gjennomført i norsk rett i Grl. § 104 og menneskerettighetsloven § 2, samt en rekke andre formelle lover.⁴⁷ Avhandlingen avgrenses til det som følger av Grunnloven og barnekonvensjonen.

2.2.1 Hensynet til barnets beste i Grunnloven

Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble barnets beste ansett som et grunnleggende hensyn, og det ble nedfelt i Grl. § 104 annet ledd. Lovbestemmelsen fastslår at:

«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende prinsipp»

Formålet med grunnlovsfestelsen var blant annet å styrke menneskerettighetsvernet, samt å kaste lys over behovet for og betydningen av det særskilte vernet for barn som blant annet barnekonvensjonen allerede hadde innført.⁴⁸ Stortingets menneskerettsutvalg holdt frem at en

⁴⁴ Rt. 2006 s. 641 avsn. 12 og HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78

⁴⁵ NOU 2008:15 kap. 3 pkt. 3.2 s. 23

⁴⁶ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253

⁴⁷ For eksempel lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern § 3-1 og lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre § 48

⁴⁸ Dok. 16 (2011-2012) pkt. 1.1 og pkt. 32.5.1

grunnlovsfestelse av dette vernet ville inneha både en sterk politisk, symbolsk, og rettslig betydning.⁴⁹

Grl. § 104 annet ledd ble utformet etter mønster av barnekonvensjonen art. 3 nr. 1.⁵⁰ Høyesterett presiserte i dommen inntatt i Rt. 2015 s. 93 at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av de «folkerettslige forbildene».⁵¹ Den sammenfallene ordlyden i Grl. § 104 og barnekonvensjonen art. 3 ble opprettet som en mulighet for å kunne «trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis».⁵² Imidlertid ble det også fastslått at Høyesterett har et selvstendig ansvar for å tolke, avklare, og utvikle Grunnlovens menneskerettigheter, og som sådan vil tolkningspraksis fra de internasjonale organene kun medføre et bidrag Høyesteretts grunnlovstolkning.⁵³

Ettersom at det er en stor parallellitet mellom ordlyden i Grl. § 104 annet ledd og ordlyden barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, vil hensynet til barnets beste i det videre behandles slik det går frem av barnekonvensjonen.

2.2.2 Hensynet til barnets beste i FNs barnekonvensjon

I 1979 nedsatte FNs menneskerettighetskommissjon en internasjonal arbeidsgruppe som skulle utforme utkastet til barnekonvensjonen.⁵⁴ I forbindelse med dette arbeidet, ble det lagt frem ulike forslag til hvor sterkt hensynet til barnets beste skulle være.⁵⁵ Det første utkastet av konvensjonsteksten i art. 3 nr. 1 var som følgende:⁵⁶

«In all actions concerning children, whether undertaken by their parents, guardians, social or state institutions, and in particular by courts of law and administrative authorities, the best interest of the child shall be the paramount consideration»

De grunnleggende verdiene i barnekonvensjonen fremgår av konvensjonsbestemmelsen. Imidlertid ble ikke begrepet «barnets beste» avklart av den internasjonale arbeidsgruppen da konvensjonsteksten ble utformet.⁵⁷ Diskusjonene omkring artikkelen handlet hovedsakelig om

⁴⁹ Dok. 16 (2011-2012) pkt. 32.5.1

⁵⁰ Dok. 16 (2011-2012) pkt. 32.5.1. Se også Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 64)

⁵¹ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57)

⁵² Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57)

⁵³ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57)

⁵⁴ OHCHR (2007) s. xxxviii

⁵⁵ Detrick (1999) s. 131 flg. Se også Haugli (2020) s. 54

⁵⁶ E/CN.4/1349 s. 2

⁵⁷ Kipperberg mfl. (2019) s. 138

tre forhold. Det ble først og fremst stilt spørsmål om hensynet skulle begrenses til å kun gjelde for det offentliges handlinger.⁵⁸ Imidlertid ble det fastslått at prinsippet skulle gjelde for alle handlinger som vedrører barn,⁵⁹ også det som «indirekte berører dem».⁶⁰ For det andre diskuterte arbeidsgruppen hvorvidt foreldre og verger også skulle omfattes av konvensjonsbestemmelsen, men kom frem til at de ikke skulle inkluderes.⁶¹

Det tredje forholdet som ble diskutert omhandlet hvor styrende rettigheten skulle være i ulike tilfeller.⁶² Spørsmålet gikk hovedsakelig ut på om hensynet skulle anses som et overordnet hensyn («paramount consideration»), eller om det skulle være et hovedhensyn, men likevel ikke det overordnede hensynet i alle tilfeller («primary consideration»)⁶³ I diskusjonen ble det kastet lys over at det i enkelte tilfeller kan være andre prinsipper som enten stiller seg likt med hensynet til barnets beste, eller som kan komme til å overstyre det.⁶⁴ Et eksempel som ble fremhevet, var medisinske nødssituasjoner vedrørende barnefødsler,⁶⁵ og herunder beslutningen om å berge livet til mor eller barnet.⁶⁶ Artikkelen dekket således et bredt spekter av situasjoner, hvilket medførte at barnekomitéen erkjente et behov for en grad av fleksibilitet i bruken.⁶⁷ Arbeidsgruppen kom til enighet om at hensynet skulle være fundamentalt, men likevel ikke ha en absolutt forrang foran andre hensyn («a primary consideration»). Følgelig ble det forankret i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 at:⁶⁸

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration»

At hensynet til barnets beste ikke er *det* grunnleggende hensynet, tilsier at det foreligger en mulighet for å gi andre prinsipper gjennomslag ved motstrid. Imidlertid fremgår det av forarbeidene at hensynet barnets beste kun kan tilsidesettes «så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad ivaretas ved andre

⁵⁸ E/CN.4/L.1575 s. 4-5 og OHCHR, 2007, s. 338 flg. Se også Haugli (2020) s. 54

⁵⁹ OHCHR, 2007, s. 345.

⁶⁰ General Comment No. 5 s. 4, avsn. 12

⁶¹ E/CN.4/L.1575 s. 4-5 og OHCHR, 2007, s. 338 flg. og 345. Se også Haugli (2020) s. 54

⁶² Kipperberg mfl. (2019) s. 138

⁶³ E/CN.4/L.1575 s. 4-5 og OHCHR, 2007, s. 338 flg. Se også Kipperberg mfl. (2019) s. 138

⁶⁴ E/CN.4/L.1575 s. 5

⁶⁵ E/CN.4/L.1575 s. 5

⁶⁶ Kipperberg mfl. (2019) s. 138

⁶⁷ General Comment No. 14, avsn. 39

⁶⁸ Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1

straffereaksjoner».⁶⁹ Dette underbygges med at Høyesterett har lagt til grunn at «[b]arnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».⁷⁰

Barnekonvensjonen har ingen entydig definisjon av begrepet «barnets beste». Begrepet må således forstås som dynamisk og kontekstuel, og innholdet vil variere ut ifra situasjonen barnet er i.⁷¹ Domstolen må således foreta en konkret vurdering av det individuelle barnets beste ved rettsavgjørelser.⁷² Barnekomitéen har uttalt at momenter som behov for rehabilitering og reintegrering i samfunnet skal vektlegges i en vurdering av hva som er å anse som barnets beste.⁷³

Mangelen på konkret avklaring av innholdet har medført at det har blitt rettet kritikk mot prinsippet.⁷⁴ Blant annet muliggjør det en smugling av kulturelle hensyn av stater ved implementeringen av konvensjonen⁷⁵, samt at det åpner for at avgjørelser vedrørende barnets beste kan tas på et «subjektivt grunnlag, preget av visse verdisyn og kulturbaserte argumenter».⁷⁶ Innenfor konvensjonens ramme bør likevel statene få kunne legge vekt på og innfortolke viktige kulturhensyn,⁷⁷ men det er viktig at de kulturelle hensynene ikke tillates å overstyre de grunnleggende rettighetene som følger av barnekonvensjonen.⁷⁸

2.2.3 Oppsummering

Det fremgår ingen entydig definisjon av begrepet «barnets beste», og det må således forstås som et dynamisk begrep hvor innholdet varierer ut ifra den enkelte situasjon som barnet befinner seg i. Domstolen må følgelig foreta en konkret helthetsvurdering i den enkelte sak. Videre er det klart at hensynet til barnets beste er å anse som fundamentalt, men det innehar likevel ikke en absolutt forrang foran andre hensyn. Dette muliggjør at andre prinsipper kan få gjennomslag ved motstrid. Likevel har Høyesterett presisert at det er barnets interesser som skal danne utgangspunktet, og som skal stå i forgrunnen.

⁶⁹ Prop.153 L pkt. 9.6.1.4 s. 100

⁷⁰ Rt. 2015 s. 93 avsn. 65

⁷¹ General Comment No. 14, avsn. 1.

⁷² Haugli (2020) s. 103

⁷³ General Comment no. 10, avsn. 10

⁷⁴ Detrick (1999) s. 88 flg.

⁷⁵ Detrick (1999) s. 89

⁷⁶ Kipperberg mfl. (2019) s. 138

⁷⁷ Haugli (2020) s. 56

⁷⁸ Detrick (1999) s. 89

3 Forvaring som straffereaksjon

3.1 Innledning

Forvaring er en tidsubestemt frihetsstraff, som kan idømmes lovbrøyttere som anses å være særdeles farlige.⁷⁹ Kriminalloven av 1842 inneholdt ingen bestemmelser om slike tidsubestemte straffereaksjoner.⁸⁰ Straffeloven 1902 medførte en liberalisering av strafferetten,⁸¹ og ved en lovrevisjon i 1929 ble det åpnet for to rettsinstitutter, herunder sikring (§ 39) og forvaring (§ 39c)⁸². I 1997 ble det vedtatt å erstatte sikringsordningen med forvaring for tilregnelige lovbrøyttere, og tvungent psykisk helsevern for utilregnelige lovbrøyttere.⁸³ Den nye forvaringsordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002,⁸⁴ og bestemmelsene er i dag videreført i straffeloven 2005.⁸⁵

Til tross for at det ikke var noen mindreårige som hadde blitt idømt forvaring tidligere, ble det i etterkant av lovendringen i 2002 foreslått forbud mot forvaring av barn ved to ulike lovutredninger.⁸⁶ Begrunnelsen for forslagene var at en tidsubestemt straff generelt vil være ekstra belastende for den det gjelder, og således at belastningen vil være svært uheldig for mindreårige.⁸⁷ Ingen av de to forslagene ble vedtatt av departementet,⁸⁸ grunnet i at det «unntaksvis kan oppstå helt ekstraordinære tilfeller hvor forvaring vil være riktig reaksjon».⁸⁹ Imidlertid ble det presisert at adgangen burde gjøres meget snever, og at straffereaksjonen «tilnærmet aldri bør benyttes på lovbrøyttere som var mindreårige på handlingstidspunktet».⁹⁰ Departementet foreslo følgelig at lovteksten skulle benytte en formulering om at forvaring kun kan benyttes som straffereaksjon overfor mindreårige når det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».⁹¹ Forslaget ble vedtatt i 2012, og vilkåret er inntatt i strl. §

⁷⁹ Storvik (2021) s. 13

⁸⁰ Gröning mfl. (2019) s. 620

⁸¹ Grøndahl (2000)

⁸² Røstad, NOU 1974:17, s. 199. Se også Andenæs (2016) s. 526

⁸³ Gröning mfl. (2019) s. 620

⁸⁴ Lov 15. juni 2001 nr. 64 kap. 1

⁸⁵ Strl. 2005. Se også Andenæs (2016) s. 528

⁸⁶ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253-254 og NOU 2008:15 kap. 9 pkt. 9.5.4.5.3 s. 147

⁸⁷ NOU 2008:15 kap. 9 pkt. 9.5.4.5.3 s. 147

⁸⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) kap. 21 pkt. 21.2.4.4 s. 281-282 og Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

⁸⁹ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

⁹⁰ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

⁹¹ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

40 første ledd annet punktum.⁹² Som nevnt i punkt 1.2, har forvaring av mindreårige vært oppe til vurdering i retten åtte ganger etter lovendringen i 2012.

Formålet med anvendelse av forvaring som straffereaksjon er å beskytte samfunnet mot at lovbryster begår nye og farlige lovbrudd i fremtiden.⁹³ Følgelig er samfunnsvernet avgjørende for om det er tidsbestemt eller tidsubestemt straff som skal idømmes.⁹⁴ I det følgende skal de alminnelige vilkårene for forvaring redegjøres for, og deretter skal særvilkårene vedrørende mindreårige lovbrystere gjennomgås.

3.2 De alminnelige vilkårene

Som tidligere nevnt følger vilkårene for forvaring av strl. § 40. Bestemmelsen oppstiller tre kumulative, alminnelige vilkår som må være oppfylt for å kunne idømme noen forvaringsstraff. Det første vilkåret er at lovbryster må ha begått et alvorlig lovbrudd, og det andre vilkåret er at det må foreligge en tilbakefallsfare. Det tredje alminnelige vilkåret oppstiller et krav til at fengselsstraff ikke kan anses som en tilstrekkelig straffeaksjon. I det følgende skal vilkårene redegjøres for individuelt.

3.2.1 Alvorlige lovbrudd

Det første alminnelige vilkåret i forvaringsvurderingen er at lovbryster må «finnes skyldig i å ha begått eller forsøkt å begå» et alvorlig lovbrudd.⁹⁵ Forsøk omfattes av bestemmelsen på lik linje med et fullbyrdet lovbrudd.⁹⁶

Ordlyden i bestemmelsen er en videreføring av straffeloven 1902 § 39c, hvorav det ikke var angitt noen øvre eller nedre grense for når forvaring kunne idømmes.⁹⁷ Hvor denne grensen går vil således bero på rettsmyndighetenes skjønn og utvikling i rettspraksis.⁹⁸ Imidlertid er premisene som følger av loven klare, samt at forarbeider og etterfølgende rettspraksis gir ytterligere rettleddning.⁹⁹

⁹² Lov 20. januar 2012 nr. 6 kap. I

⁹³ Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 110

⁹⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 21.2.2.1 s. 276-277

⁹⁵ Strl. § 40 første ledd første punktum

⁹⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 442

⁹⁷ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 81

⁹⁸ NOU 1990:5 kap. VIII pkt. 5.1.3 s. 84 og kap. IX pkt. 5.1 s. 114

⁹⁹ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 110-111, jf. ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 443. Se også Grønning mfl. (2019) s. 620

De særlig aktuelle forbrytelseskategoriene som oppstilles i strl. § 40 første ledd er følgende voldslovbrudd, seksuallovbrudd, frihetsberøvelse, og ildspåsettelse. Det følger videre av lovbestemmelsen at forvaring også kan idømmes dersom lovbryteren har begått andre lovbrudd som «krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare». Særlige lovbrudd som gjør seg aktuelle her er eksempelvis flykapping, grove ran, og alvorlige trusler.¹⁰⁰ Ordlyden «utsatte [...] for fare» tilsier et krav om en konkret fare, slik at forbrytelsestyper som representerer en mer abstrakt eller indirekte fare ikke vil inngå i omfanget av bestemmelsen.¹⁰¹ Narkotikaovertridelser og uaktsomhetsforbrytelser vil således normalt ikke gi grunnlag for forvaring.¹⁰²

3.2.2 Gjentakelsesfare

Det andre alminnelige vilkåret for forvaringsvurderingen er at det må foreligge en «nærliggende fare» for at lovbyteren «på nytt» vil begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i strl. § 40 første ledd.¹⁰³

Ordlyden «nærliggende» tilsier et krav om at faren for tilbakefall må være kvalifisert og vurderes som reell på domstidspunktet.¹⁰⁴ Kravet til faregraden kan variere ut ifra alvorlighetsgraden av den begåtte handlingen og alvorlighetsgraden av fremtidige handlinger det er fare for at begås.¹⁰⁵ Usikkerheten som knytter seg til farlighetsprediksjonen medfører at det i særlig grad er objektive momenter som skal tillegges vekt i en slik vurdering.¹⁰⁶ Innholdet av kravet til tilbakefallsfaren avklares ytterligere gjennom rettspraksis.¹⁰⁷

Utgangspunktet for farevurderingen er det «begåtte lovbruddet», jf. strl. § 40 fjerde ledd første punktum. Sentralt i vurderingen av det begåtte lovbruddet står forbrytelsens art og karakter, hvilket kan gi holdepunkter for sannsynligheten av at noe liknende skjer på nytt.¹⁰⁸ I tillegg er det relevant hvorvidt det er begått flere lovbrudd.¹⁰⁹ Ved en sammenhengende forbrytelse bestående av flere ulike enkelthandlinger kan gjentakelsesfare enklere konstateres,

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 107 og 111

¹⁰¹ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 111. Se også Matningsdal (2015) s. 362

¹⁰² Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 111. Se også Grønning mfl. (2019) s. 622

¹⁰³ Strl. § 40 annet ledd

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 111 og ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 443.

¹⁰⁵ Se Rt. 2002 s. 1677 (s. 1681) med henvisning til ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 111

¹⁰⁶ NOU 1990:5 kap IX pkt. 4.5 s. 110 og Ot.prp.nr.87 (1993-1994) kap. 8 pkt. 8.4.3 s. 83. Se også Rt. 2004 s. 209 avsn. 17.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 111

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) kap. 14 pkt. 14.2 s. 107

¹⁰⁹ Se Rt. 2007 s. 187 avsn. 12 og Rt. 2007 s. 791 avsn. 28

enn ved en forbrytelse som er impulsivt begått.¹¹⁰ Også flere lovbrudd som pådømmes samtidig vil være av relevans ved farevurderingen.¹¹¹

Videre i strl. § 40 fjerde ledd første punktum presiseres det at det begåtte lovbruddet skal sammenholdes «særlig» med «lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Ordlyden «særlig» tilsier at momentene som fremgår av loven ikke er uttømmende, og således at det må foretas en skjønsmessig helhetsvurdering. Forholdene som fremgår av loven vil stå særlig sentralt i vurderingen, men også momenter som bygger på erfaringer fra tidligere tilfeller og sunn fornuft vil være relevante.¹¹² I forarbeidene uttalte Særreaksjonsuttvalget at alkohol- og stoffavhengighet kan vektlegges i en slik vurdering.¹¹³ Andre typiske momenter som taler for at det foreligger en gjentakelsesfare er et dysfunksjonelt sosialt miljø, avvikende seksuell atferd, eller psykiske problemer.¹¹⁴

Med «lovbryters atferd» menes opptreden både før og etter gjennomføringen av lovbruddet, og en utvikling i perioden fra lovbruddet til domstiden kan være av betydning.¹¹⁵ Særdeles vil lovbryterens psykiske helsetilstand gi veiledning om tilbakefallsfaren.¹¹⁶

Det er til slutt lagt til grunn i strl. § 40 fjerde ledd annet punktum at det i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare skal legges vekt på om lovbryteren «tidligere har begått eller forsøkt å begå» alvorlige lovbrudd. Gjentatte lovbrudd kan gi uttrykk for «eit mønster» i vedkommende lovbyters handlemåte», hvilket er et viktig element i vurderingen av tilbakefallsfaren.¹¹⁷ De tilfellene der lovbyteren har begått en rekke alvorlige lovbrudd, gir naturlig nok det beste grunnlaget for å kunne forutsi ny alvorlig kriminalitet.¹¹⁸ Høyesterett har også uttalt at det i farevurderingen kan legges vekt på lovbrudd som vedkommende ikke har blitt ilagt noen strafferettslig reaksjon for.¹¹⁹ Dette momentet kan være sentralt når det kommer til vurderinger vedrørende mindreårige, da det er stor sannsynlighet for at vedkommende lovbyter ikke tidligere har blitt dømt grunnet den kriminelle lavalder.¹²⁰

¹¹⁰ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) kap. 14 pkt. 14.2 s. 107

¹¹¹ Rt. 2006 s. 641 avsn. 10 og Rt. 2007 s. 791 avsn. 28

¹¹² Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 81. Se også Grønning mfl. (2019) s. 623

¹¹³ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 81

¹¹⁴ Fornes (2021) s. 364, Grønning mfl. (2019) s. 623, og Matningsdal (2015) s. 367

¹¹⁵ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) kap. 14 pkt. 14.2 s. 107-108. Se også Fornes (2021) s. 364 og Storvik (2013) s. 45

¹¹⁶ Storvik (2013) s. 46

¹¹⁷ Rt. 2007 s. 791 avsn. 20

¹¹⁸ NOU 1990:5 kap. IX pkt. 4.1 s. 105

¹¹⁹ Rt. 2004 s. 209 avsn. 14

¹²⁰ Strl. § 20 første ledd

Likevel har Høyesterett lagt til grunn at man skal være forsiktig med å idømme forvaring til en lovbryster som «ikke har fått den korreksjonen som ligger i tidligere sonet straff». ¹²¹

3.2.3 Fængselsstraff anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse, eller frihet

Det tredje og siste alminnelige vilkåret for forvaringsvurderingen, omtales som grunnvilkåret. ¹²² Det følger av strl. § 40 første ledd første punktum at forvaring kan idømmes dersom «fængselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet».

Med «andres liv, helse eller frihet» siktes det til allmennheten, og det er således hensynet til samfunnsvernet som står sentralt. ¹²³ Det følger av sikker rettspraksis at vurderingen av om tidsbestemt fængselsstraff er tilstrekkelig til å verne om samfunnet, skal baseres på at hele fængselsstraffen sones, uten hensyn til eventuell prøveløslatelse. ¹²⁴ Retten må følgelig ta utgangspunkt i den straffen lovbryster ellers ville blitt idømt, og foreta en foreløpig utmåling av fængselsstraffens lengde. ¹²⁵ Videre må det vurderes hvorvidt straffen i tilstrekkelig grad vil verne samfunnet mot nye lovbrudd. Denne vurderingen har likhetstrekk med tilbakefallsvurderingen, men i motsetning til gjentakelsesfaren er det løslatelsestidspunktet som er sentralt her, og ikke domstidspunktet. ¹²⁶ Utgangspunktet følger av de alminnelige prinsippene for straffutmåling, ¹²⁷ og således må det at vedkommende lovbryster var under 18 år på handlingstidspunktet også tas i betraktning. ¹²⁸

Lengden på den alternative fængselsstraffen veier tungt i vurderingen av hvorvidt den tidsbestemte fængselsstraffen vil være tilstrekkelig for å verne allmennheten mot nye lovbrudd. Høyesterett har presisert at «jo lenger den alternative tidsbestemte straff er, jo vanskeligere vil bedømmelsen være, og desto høyere må terskelen for å idømme forvaring bli». ¹²⁹ En lang fængselsstraff taler i all hovedsak mot at vilkåret er oppfylt. ¹³⁰

¹²¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 79, Rt. 2014 s. 495 avsn. 39, og Rt. 2007 s. 791 avsn. 33 og 34

¹²² Rt. 2014 s. 495 avsn. 36 og HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 65. Se også Storvik (2013) s. 29

¹²³ Fornes (2021) s. 364

¹²⁴ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 66, Rt. 2011 s. 1717 avsn. 34, Rt. 2007 s. 791 avsn. 32, Rt. 2005 s. 301 avsn. 22 og Rt. 2004 s. 209 avsn. 21

¹²⁵ Fornes (2021) s. 364

¹²⁶ Gröning mfl. (2019) s. 624

¹²⁷ Fornes (2021) s. 364

¹²⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 39-40

¹²⁹ Rt. 2007 s. 187 avsn. 23

¹³⁰ Rt. 2003. s. 1788 avsn. 19 og Rt. 2006 s. 641 avsn. 12

Et annet moment som stiller seg sentralt i vurderingen er lovbrysterens alder, hvorav det kan skape noen særlige utfordringer dersom vedkommende er av ung alder. En lovbryster som er under 18 år, vil få vesentlig kortere fengselsstraff enn en voksen lovbryster.¹³¹ Det oppstår således er paradoks der hensynet til samfunnsvernet kan veie tyngre overfor en mindreårig lovbryster med kort alternativ fengselsstraff, enn for en voksen lovbryster med lang alternativ fengselsstraff.¹³² Videre kan det være utfordrende å vurdere graden av tilbakefallsfare for en ung lovbryster.¹³³ Dette begrunnes med at unge personer fremdeles er i en modningsprosess, og at det er usikkert å kunne konkludere med hvordan vedkommende vil utvikle seg i fremtiden.¹³⁴ Til tross for dette foreligger det noen klare føringer for hvordan vurderingen skal gjennomføres når lovbryster er mindreårig, og det skal i det følgende redegjøres for.

3.3 Særvilkår for å kunne idømme barn forvaringsstraff

For å kunne idømme en mindreårig forvaringsstraff, må særvilkåret som følger av strl. § 40 første ledd annet punktum være oppfylt. Det følger av lovbestemmelsen at:

«Er siktede under 18 år, kan forvaring ikke idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter»

For at det skjerpende kravet om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» skal kunne gjøres gjeldende, må alderskravet først være oppfylt. Det er således naturlig å først se hen til aldersmomentet, og deretter redegjøre for det skjerpede kravet.

3.3.1 Aldersmomentet

Ordlyden i lovbestemmelsen¹³⁵ avviker noe fra ordlyden som fulgte av strl. 1902 § 39c annet ledd, hvor det ble presisert at særvilkåret gjaldt for lovbryster som var «under 18 år på handlingstidspunktet». Ettersom at strl. § 40 første ledd annet punktum ikke gir klar anvisning på hvilket tidspunkt det er tale om, reises det spørsmål om hvorvidt det er tilstrekkelig at lovbrysteren er under 18 år på handlingstidspunktet, eller om vedkommende også må være under 18 år på saksbehandlings- eller domstidspunktet.

¹³¹ Strl. § 33. Se også Holmboe (2020)

¹³² Drake (2019) s. 311 og Holmboe (2020) s. 238

¹³³ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253

¹³⁴ Rt. 2002 s. 1677 (s. 1682), Rt. 2006 s. 641 avsn. 12, og HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78

¹³⁵ Strl. § 40 første ledd annet punktum

Den tidligere utformingen av alderskravet er i overensstemmelse med slik alderskravet blir brukt eller i norsk rett, hvor det er alderen til lovbryteren på handlingstidspunktet som er sentralt.¹³⁶ Ved en slik anvendelse ivaretas hensynet til barns begrensede skyldevne, som slår fast at mindreårige lovbrytere skal behandles mildere enn voksne, uavhengig av vedkommendes alder på domstidspunktet.¹³⁷

I forarbeidene presiseres det at det skjerpende kravet bør kunne anvendes for lovbrytere som var under 18 år på handlingstidspunktet.¹³⁸ Barnekomitéen underbygger denne oppfatningen, ved å presisere at «the relevant age is the age at the time of the commission of the offence».¹³⁹ Videre uttaler barnekomitéen at «[c]hild justice systems should also extend protection to children who were below the age of 18 at the time of the commission of the offence but who turn 18 during the trial or sentencing process».¹⁴⁰ Dette taler for at handlingstidspunktet skal legges til grunn.

Et sentralt prinsipp i strafferetten er at straffesaker skal avgjøres så raskt som det er mulig og forsvarlig å gjennomføre,¹⁴¹ og at enhver har rett til å få saken avgjort «innen rimelig tid».¹⁴² Når lovbryter er under 18 år på handlingstidspunktet, oppstilles det en eksplisitt tidsfrist for påtalemyndighetens og domstolens behandling av saken.¹⁴³ Hvis det legges til grunn at det er domstidspunktet som skal være avgjørende for om man kan benytte de mildere reglene for unge lovbrytere, vil det komme i strid med dette utgangspunktet. Således vil det kunne åpne for at unge lovbrytere rammes ulikt grunnet ulik saksbehandlingstid, samt at det kan muliggjøre at det blir enklere å idømme forvaringsstraff ved saker med lang behandlingstid.¹⁴⁴ Et slikt utgangspunkt vil i så fall komme i konflikt med det alminnelige forutberegnelighetshensynet, og det taler tungt mot at domstidspunktet skal legges til grunn.

I dommen inntatt i HR-2019-832-A (Vulkan) kom det skjerpende kravet om «helt ekstraordinære omstendigheter» til anvendelse. Likevel uttalte Høyesterett at de hensynene som vilkåret hviler på får «noe mindre vekt når lovbryteren på domstidspunktet godt og vel

¹³⁶ Fornes (2021) s. 365

¹³⁷ Fornes (2021) s. 365

¹³⁸ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 974 s. 104 og 167

¹³⁹ General Comment No. 24 s. 6, avsn. 20

¹⁴⁰ General Comment No. 24 s. 7, avsn. 31

¹⁴¹ Holmboe (2020)

¹⁴² Jf. Grl. § 95 første ledd første punktum, EMK art. 6 nr. 1 første punktum, og barnekonvensjonen art. 40 nr. 2 bokstav b iii

¹⁴³ Jf. strpl. §§ 249 annet ledd første punktum og 275 annet ledd annet punktum bokstav a

¹⁴⁴ Homboe (2020) og Fornes (2021) s. 366

har passert 18-årsdagen». ¹⁴⁵ Det ble også presisert at det «ikke [var] et barn» som ble idømt forvaring. Selv om dette isolert virker som at Høyesterett har lagt til grunn at det er domstidspunktet som er det sentrale, kan det likevel ikke forstås slik. Det er ikke innholdet i alderskravet, men innholdet i særvilkåret som Høyesterett har valgt å uttale seg om i denne dommen. ¹⁴⁶ Følgelig Høyesteretts uttalelse i dommen forstås dithen at det er handlingstidspunktet som skal legges til grunn.

Det er tydelig at det er tilstrekkelig at lovbrøteren er under 18 år på handlingstidspunktet, da både forarbeidene til straffeloven, barnekomitéens uttalelser, og Høyesteretts uttalelser taler mot å anvende domstidspunktet som det utgangspunkt.

3.3.2 Helt ekstraordinære omstendigheter

Terskelen generelt for å kunne idømme noen forvaring er høy, og når det kommer til muligheten for å kunne idømme barn forvaringsstraff, er terskelen enda høyere. ¹⁴⁷ Det følger av strl. § 40 første ledd annet punktum at:

«Er siktede under 18 år, kan ikke forvaring idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter»

Her oppstilles det et særvilkår, som gjør seg gjeldende i tillegg til de alminnelige vilkårene som følger av strl. § 40 første ledd. ¹⁴⁸ Ordlyden i bestemmelsen gir ingen klar anvisning på hva som skal til for at det foreligger slike «ekstraordinære omstendigheter». Likevel tilsier den en svært høy terskel for å kunne idømme forvaring overfor mindreårige. ¹⁴⁹ Forarbeidene underbygger dette, da det ble fremlagt et forslag om totalt forbud for idømmelse av forvaringsstraff for barn. ¹⁵⁰ Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp. Adgangen til å anvende forvaring overfor mindreårige ble dog gjort snever, på bakgrunn av den store belastningen en slik straff vil ha på barn. ¹⁵¹ Dette ble også begrunnet med at et barn har potensiale for modning og utvikling, og at det å stemple et barn som farlig vil være svært uheldig i arbeidet

¹⁴⁵ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 82

¹⁴⁶ Fornes (2021) s. 367

¹⁴⁷ Dette følger av vilkårene i strl. § 40 første ledd

¹⁴⁸ Vilårene er redegjort for i punkt 3.2

¹⁴⁹ Fornes (2021) s. 368

¹⁵⁰ NOU 2008:15 kap. 9 pkt. 9.5.4.6 s. 147-148

¹⁵¹ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104 og kap. 14 s. 167

med å motivere det til endring.¹⁵² Justiskomiteen sluttet seg til forslagene som ble gitt i proposisjonen, samt begrunnelsen som ble gitt.¹⁵³

Spørsmålet blir som sådan i hvilke tilfeller det vil foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» som gjør at en mindreårig lovbrøyer kan idømmes forvaring. Ettersom at verken loven eller forarbeidene gir noen konkret rettledning om hvilke «omstendigheter» som åpner for bruk av forvaring overfor mindreårige, følger den ytterligere veiledningen av rettspraksis.¹⁵⁴ Likevel er det antydning ordlyden at det ikke er nok at forholdene i saken bare går ut over de som normalt gjør seg gjeldende i straffesaker som omhandler barn, og at forholdene som sådan må gå ut over det som oppfattes som mer spesielle saker. Det er naturlig å ta utgangspunkt i at både omstendigheter ved det angitte lovbruddet, og omstendigheter ellers som er av betydning for farevurderingen, kan anses som «helt ekstraordinære».¹⁵⁵ Videre vil dette også påvirke vurderingen av om hensynet samfunnsvernet tilsier at en ubetinget fengselsstraff er tilstrekkelig.¹⁵⁶

2.3.2.1 Ekstraordinære forhold ved den begåtte handlingen

Inngangsvilkåret for å kunne idømme forvaring er at lovbrøyer må ha begått et alvorlig lovbrudd som har «krenket andres lov, helse eller frihet».¹⁵⁷ Dette vilkåret er også sentralt i saker som omhandler barn.

I enkelte tilfeller er det tilstrekkelig at de alminnelige vilkårene til den straffbare handlingen er oppfylt.¹⁵⁸ Slike tilfeller kan eksempelvis være dersom den straffbare handlingen er så alvorlig i seg selv at den anses som «helt ekstraordinær», eller dersom omstendigheter som er sentrale i farevurderingen er av en slik art de oppfyller særvilkåret. Til tross for dette, vil det i de fleste tilfeller foretas en vurdering av om den straffbare handlingen og momentene som gjør seg gjeldende i farevurderingen samlet sett tilsier at særvilkåret er oppfylt. Følgelig kreves det mer av den straffbare handlingen enn at de alminnelige vilkårene så vidt er oppfylt.¹⁵⁹

¹⁵² Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.2 s. 103

¹⁵³ Prop.83 L (2011-2012) s. 4

¹⁵⁴ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 78

¹⁵⁵ Fornes (2021) s. 368

¹⁵⁶ Drake (2019) s. 297

¹⁵⁷ Strl. § 40 første ledd første punktum

¹⁵⁸ Fornes (2021) s. 369

¹⁵⁹ Fornes (2021) s. 369

Barn som gjennomfører alvorlige lovbrudd, vil i seg selv fremstå som bemerkelsesverdig, og særdeles vil mindreårige som utfører drapshandlinger vekke stor oppmerksomhet. Jo yngre vedkommende lovbrøyer er, desto mer overraskende og spesielt kan det fremstå. Imidlertid er det klart at det ikke er å anse som en ekstraordinær omstendighet at et barn har begått drap.¹⁶⁰ Gjennom rettspraksis kommer det tydelig frem at det er en rekke barn som har begått drapshandlinger.¹⁶¹ I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 774 la førstvoterende til grunn at ved den konkrete vurderingen av om det foreligger skjerpede omstendigheter, må det «has for øye at drapshandlinger etter sin art er meget alvorlige og ofte gruppvekkende».¹⁶² Til tross for at drap i seg selv anses som en grusom handling, må det likevel mer til enn det faktum at det er en mindreårig som har gjennomført handlingen for at omstendighetene skal anses som «helt ekstraordinære».

Den første dommen hvor en mindreårig lovbrøyer ble idømt forvaringsstraff ble avsagt av Høyesterett i 2017, men den ble gjenopptatt i 2022 og straffen ble omgjort til tvungent psykisk helsevern.¹⁶³ Lovbrøyeren var 15 år og 1 måned på handlingstidspunktet. Førstvoterende uttalte at det ikke forelå noen tvil om at vilkåret om alvorlig voldsforbrytelse var innfridd,¹⁶⁴ da det var snakk om en drapshandling.¹⁶⁵ Et slikt overlagt drap vil i seg selv kunne inngå i omstendighetene som anses som ekstraordinære. Likevel presiserte Høyesterett at:

«Det overlagte drapet, sammenholdt med antallet alvorlige voldshandlinger fra As side både før og etter drapshandlingen og hennes meget alvorlige psykiske tilstand og spesielle motivasjon for sin voldelige adferd, gjør at jeg mener det her foreligger helt ekstraordinære omstendigheter»¹⁶⁶

Det er tydelig det i tillegg til handlingen forelå andre omstendigheter som til sammen medførte at særvilkåret ble oppfylt.¹⁶⁷ Ettersom at momentene knyttet seg til lovbrøyers voldshandlinger, psykiske tilstand, og vedkommendes spesielle motivasjon for voldelig

¹⁶⁰ Drake (2019) s. 299

¹⁶¹ Se eksempelvis Rt. 2011 s. 774, HR-2017-290-A (Vollen), HR-2019-832-A (Vulkan), LG-1999-796, LH-2008-144448, LA-2017-112563, LA-2018-112662 (Sørlandssenter), LE-2019-122942 (Vinstra), og LG-2019-105200 (Varhaug)

¹⁶² Rt. 2011 s. 774 avsn. 9, jf. Rt. 2003 s. 893 avsn. 13

¹⁶³ Vollen-saken. Inntatt i HR-2017-290-A (Vollen). Omgjort i LE-2022-95459

¹⁶⁴ Jf. strl. § 40 første ledd

¹⁶⁵ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 42

¹⁶⁶ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 80

¹⁶⁷ Fornes (2021) s. 370

atferd, relaterer de seg følgelig til farevurderingen og ikke til selve handlingen.¹⁶⁸ Det sentrale i vurderingen av særvilkåret i denne dommen er således at det skal noe mer til for å idømme mindreårige forvaringsstraff enn at det er begått et alvorlig lovbrudd.

Etter at Høyesterett avsa dommen i Vollen-saken, har det kommet ytterligere fem dommer hvor barn har blitt idømt forvaringsstraff. Per dags dato er det imidlertid kun fire av dommene opprettholdt,¹⁶⁹ da en dom ble omgjort til henholdsvis ubetinget fengsel¹⁷⁰. I begge dommene inntatt i LE-2019-122942 (Vinstra), og LG-2019-105200 (Varhaug), begikk mindreårige drap under skjerpene omstendigheter. Til tross for at det er utfordrende å sammenligne alvorlighetsgraden i ulike saker, la lagmannsretten til grunn at graden av alvorlighet var høyere i Varhaug-saken enn i Vollen-saken grunnet at vedkommende også ble domfelt for likskjending.¹⁷¹ Også i Vinstra-saken ble det uttalt at alvorlighetsgraden var høyere enn i Vollen-saken, ettersom at lovbrøyer også her gjennomførte handlinger av seksuell karakter.¹⁷²

I begge lagmannsrettsdommene baserte retten bedømmelsen av om det forelå ekstraordinære omstendigheter på en samlet vurdering av de straffbare handlingene og forholdene som tilsa at det forelå en tilbakefallsfare, selv om farevurderingen ikke kom like tydelig frem i den samlede vurderingen i disse dommene, som den gjorde i Vollen-saken. Alvorlighetsgraden i de straffbare handlingene i lagmannsrettsdommene må likevel anses som svært høy.¹⁷³

I alle dommene hvor mindreårige har blitt idømt forvaring har lovbrøyeren begått eller forsøkt å begå en drapshandling, foruten i den nyeste avgjørelsen som ble avsagt i 2020.¹⁷⁴ I denne dommen omhandlet straffen fire tilfeller av voldtekt og mishandlinger i nære relasjoner. Dette faller klart under de alminnelige forvaringsvilkårene, og ettersom at anken til Høyesterett ikke ble tillatt fremmet,¹⁷⁵ vil det være vanskelig å utelukke at forvaring av barn også kan anvendes på saker som omhandler seksuallovbrudd. Likevel er det klart at Høyesterett har lagt vekt på en samlet vurdering av de straffbare handlingene og forholdene som er sentrale i

¹⁶⁸ Fornes (2021) s. 370-371

¹⁶⁹ HR-2019-832-A (Vulkan), LB-2020-34882 (Oslo), LE-2019-122942 (Vinstra), og LG-2019-105200 (Varhaug)

¹⁷⁰ LA-2017-1125363. Tidligere TKISA-2017-78612 (Lund)

¹⁷¹ LG-2019-105200 (Varhaug)

¹⁷² LE-2019-122942 (Vinstra). Se også Haugli (2021) s. 371

¹⁷³ Fornes (2021) s. 371

¹⁷⁴ LB-2020-34882 (Oslo)

¹⁷⁵ HR-2020-1766-U

farevurderingen, og det vil nok således være vanskelig å argumentere for at kun de straffbare handlingene er av en slik art at særvilkåret oppfylles.

2.3.2.2 Ekstraordinære forhold ved gjentakelsesfaren

Etter strl. § 40 annet ledd oppstilles det et vilkår om at det må foreligge en nærliggende «fare for at lovbyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd». Kravet til graden av fare baserer seg på den begåtte handlingen, og dersom denne handlingen ikke i seg selv er av en slik art at det oppfyller særvilkåret, må faregraden skjerpes der lovbyter er mindreårig.¹⁷⁶

I farevurderingen må det tas hensyn til at lovbyter et mindreårig, og således fremdeles under utvikling.¹⁷⁷ I forarbeidene uttalte straffelovkommisjonen at vurdering vedrørende tilbakefallsfare må anses som mer usikker jo yngre lovbyter det er snakk om.¹⁷⁸ I etterfølgende praksis har Høyesterett lagt dette til grunn i flere avgjørelser.¹⁷⁹ Barnet må bedømmes ut ifra sin egen alder, og det må tas i betraktning at utviklingsløpet er individuelt for hvert enkelt barn.¹⁸⁰

Ved en farevurdering vil momentene i strl. § 40 fjerde ledd være sentrale,¹⁸¹ også når det er tale om en mindreårig lovbyter. Vurderingen av momentene vil således også bli påvirket av at vedkommende er et barn.¹⁸²

Det første vurderingsmomentet er det «begåtte lovbruddet».¹⁸³ I forvaringssaker som har omhandlet voksne, har momenter som grovheten, graden av planlegging, vilje og evne til å gjennomføre handlingen, og forbrytelsens motiv spilt en sentral rolle.¹⁸⁴ Disse elementene har også gjort seg gjeldende i saker som omhandler mindreårige, og blant annet i Vollen-saken uttalte Høyesterett vekt på at drapshandlingen var godt planlagt og ble iverksatt på en utspekulert måte.¹⁸⁵ Førstvoterende uttalte at vedkommende lovbyter hadde vist sterk

¹⁷⁶ Fornes (2021) s. 373

¹⁷⁷ Fornes (2018) s. 426

¹⁷⁸ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253

¹⁷⁹ Blant annet i HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78. Se også Rt. 2006 s. 641 avsn. 12, som henviser til Rt. 2002 s. 1677 (s.1682)

¹⁸⁰ Fornes (2018) s. 426

¹⁸¹ Se punkt 3.2.2

¹⁸² Fornes (2021) s. 374

¹⁸³ Strl. § 40 fjerde ledd første punktum

¹⁸⁴ Rt. 2007 s. 1056, RG-2012-1153, og HR-2016-2000-U. Se også drake (2019)

¹⁸⁵ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 45

gjennomføringsevne og -vilje.¹⁸⁶ Likevel er det slik at barn, så vel som voksne, kan ha vilje og evne til å planlegge drap.¹⁸⁷ Dette medfører at momentet med vanskelighet kan sies å være en ekstraordinær omstendighet ved tilbakefallsfaren. Likevel la Høyesterett vekt på det spesielle motivet til lovbrøyteren, i tillegg til planleggingen og gjennomføringsevnen.¹⁸⁸ Selv om forholdet ved handlingen ble tillagt stor vekt her, kan det likevel ikke alene utgjøre ekstraordinære omstendigheter.¹⁸⁹ Momentet vil som sådan gå inn i den samlede tilbakefallsvurderingen.

Et annet vurderingsmoment som skal vektlegges er om lovbrøyter tidligere «har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd».¹⁹⁰ Ved unge lovbrøytere kan en oppleve at vedkommende har begått eller forsøkt å begå ellers straffbare handlinger tidligere, men at barnet ikke er domfelt da vedkommende var under den kriminelle lavalderen på handlingstidspunktet.¹⁹¹ Der disse handlingene er tilstrekkelig bevist, må de vektlegges i farevurderingen. I Vollen-saken uttalte Høyesterett at vedkommende lovbrøyter gjentatte ganger hadde begått alvorlige voldelige handlinger forut drapshandlingen.¹⁹² Førstvoterende la til grunn at de to alvorligste handlingene var et forsøk på å tenne på sengen til faren og hans samboer, og et angrep med machete på to ansatte og politifolk.¹⁹³ I forarbeidene er det presisert at det beste grunnlaget for å forutsi ny kriminalitet hos tilregnelige lovbrøytere foreligger der hvor vedkommende tidligere har begått en rekke alvorlige forbrytelser.¹⁹⁴ Likevel kan ikke tidligere lovbrudd med sikkerhet forutse hvorvidt den mindreårige lovbrøyteren vil begå nye alvorlige lovbrudd eller ikke. Derimot vil fraværet av tidligere straffbare handlinger kunne være et viktig moment mot at det foreligger en nærliggende fare for at nye lovbrudd vil begås.¹⁹⁵ I den sammensatte vurderingen av hvilken fare for gjentakelse som foreligger, er det således ikke avgjørende om den mindreårige lovbrøyteren har begått eller forsøkt å begå alvorlige straffbare handlinger tidligere.

Lovbrøyterens «atferd og sosiale og personlige funksjonsevne» er enda et moment som inngår i farevurderingen. I denne vurderingen må det tas hensyn til at vedkommende er et barn, og

¹⁸⁶ HR.2017-290-A avsn. 45

¹⁸⁷ Fornes (2018) s. 425

¹⁸⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 47

¹⁸⁹ Fornes (2021) s. 375

¹⁹⁰ Strl. § 40 fjerde ledd annet punktum

¹⁹¹ Fornes (2021) s. 375

¹⁹² HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 11-22

¹⁹³ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 50

¹⁹⁴ NOU 1990:5 kap. IX pkt. 4.1 s. 105

¹⁹⁵ Fornes (2021) s. 376

såldes fortsatt under utvikling.¹⁹⁶ Dette medfører at den mindreårige lovbryteren ikke skal vurderes på lik linje med en voksen, men at vedkommende skal bedømmes ut ifra sin egen alder. Her er det viktig å huske på at utviklingen hos barnet er individuelt, og at utviklingsløpet varierer fra person til person.¹⁹⁷ I Vollen-saken la Høyesterett særlig vekt på en sakkyndigrapport, hvor det ble funnet grunnlag for å stille en personlighetsforstyrrelsesdiagnose. I rapporten heter det at:

«Tidligere var det ikke ansett som god klinisk praksis å sette personlighetsforstyrrelsesdiagnoser på personer under 18 år, men de siste 10-15 års forskning har entydig vist at det er både klinisk og vitenskapelig godt belegg for å bruke denne typen diagnoser også på barn og ungdommer»¹⁹⁸

Her kan det tenkes at vurderingen først og fremst vil ta sikte på opplysninger fra rettspsykiatriske vurderinger og andre sakkyndigrapporter vedrørende barnets utviklings- og modningsprosess.¹⁹⁹ Dette underbygges ved at både psykiske lidelser, enkelte utviklingsforstyrrelser og atferdsforstyrrelser kan bidra til økt risiko for tilbakefallsfare.²⁰⁰ Likevel har det blitt lagt til grunn i forarbeider at potensialet for endring og modning er stort hos barn,²⁰¹ hvilket medfører utfordringer knyttet til vurderingen om tilbakefallsfare. Dette trekker i retning av at retten må utvise varsomhet med å tillegge avgjørende vekt på sakkyndiges vurderinger. Det er således omfanget av forholdene hos den mindreårige lovbryteren som vil være av betydning for farevurderingen.

Ut ifra det som fremgår av forarbeider og rettspraksis, er det tydelig at vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» må forstås slik at den følger av den begåtte handlingen og farevurderingen samlet.²⁰² Således vil altså terskelen for hvilke krav som gjøres gjeldende i farevurderingen kunne heves ytterligere ved andre former for lovbrudd enn ved drap. Det avgjørende vil uansett være hvorvidt hensynet til samfunnsvernet tilsier at ubetinget fengsel er tilstrekkelig som straff eller ikke.

¹⁹⁶ Fornes (2021) s. 376

¹⁹⁷ Fornes (2021) s. 426

¹⁹⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78

¹⁹⁹ Se blant annet HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 55-64

²⁰⁰ Fornes (2021) s. 378

²⁰¹ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 88.11.2 s. 253

²⁰² HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 80 og HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 83

2.3.2.3 Hensynet til samfunnsvernet i forvaringssaker som omhandler barn

Dersom de alminnelige vilkårene er oppfylt, må det foretas en skjønnsmessig vurdering av om det foreligger noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring.²⁰³ Det reises spørsmål om samfunnsvernet gjør det nødvendig å anvende forvaringsstraff for å «verne andres liv, helse eller frihet», eller om det er tilstrekkelig å anvende ubetinget fengselsstraff.²⁰⁴

I forvaringssaker som omhandler voksne lovbrøyttere vil retten i utgangspunktet komme frem til at forvaring er nødvendig dersom de alminnelige forvaringsvilkårene er til stede. I motsetning til voksne har imidlertid barn et større potensiale for modning og endring,²⁰⁵ hvilket innebærer at ubetinget fengselsstraff i hovedsak er tilstrekkelig.²⁰⁶ I Vollen-saken redegjorde de rettspsykiatriske sakkyndige for at «det vil være en ekstremt krevende oppgave å få til bedring, og at det uansett er grunn til å tro at det vil ta meget lang tid», og retten la vekt på vedkommende lovbrøytters mulighet til modning og endring.²⁰⁷ Dette samsvarer med Høyesterettspraksis forut for lovendringen i 2012.²⁰⁸ I Vulkan-saken uttalte Høyesterett følgende:

«det [må] kreves meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved en alternativ fengselsstraff – større enn det skal til for å idømme forvaring for voksne. Videre må det – til tross for lovbrøytters unge alder – ikke være noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring»²⁰⁹

Det må følgelig kreves stor fare for at samfunnsvernet ikke ivaretas ved en alternativ fengselsstraff, og det må ikke foreligge noen realistisk mulighet for å ivareta hensynet på en annen måte enn forvaring.

Antakeligvis vil det være av betydning for vurderingen av om samfunnsvernet tilsier at forvaring er nødvendig, hvilke omstendigheter som er helt ekstraordinære i saken. Dersom de ekstraordinære omstendighetene knytter seg til den begåtte handlingen, vil det være større rom for å anse en tidsbestemt fengselsstraff for å være tilstrekkelig, da det ikke oppstilles like

²⁰³ HR-2019-932-A avsn. 79

²⁰⁴ Strl. § 40 første ledd første punktum

²⁰⁵ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253

²⁰⁶ Se LA-2017-112563

²⁰⁷ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 69 og 77

²⁰⁸ Se bl.a. Rt. 2002 s. 1677

²⁰⁹ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 79

strengt krav til tilbakefallsfaren.²¹⁰ Følgelig vil det være en anledning til å kunne legge større vekt på barnets store mulighet til endring og modning i vurderingen av behovet for samfunnsvernet på løslatelsestidspunktet.²¹¹

Dersom de ekstraordinære omstendighetene knytter seg til gjentakelsesfaren, vil det imidlertid være vanskeligere å anse ubetinget fengselsstraff for å være tilstrekkelig. Likevel forskyves tidspunktet i farevurderingen seg, fra domstidspunktet til løslatelsestidspunktet.²¹² I vurderingen av behovet for samfunnsvernet på et fremtidig tidspunkt, må barnets potensiale til utvikling og modning vektlegges.²¹³

Til tross for dette, innehar de nylige dommene om forvaring overfor mindreårige få vurderinger av barnas evne til modning og endring. Vulkan-saken skiller seg fra de øvrige forvaringssakene, da den alternative fengselsstraffen hadde blitt forholdsvis kort grunnet at det var tale om en forsøkshandling og at lovbrøteren var 17 år og tre måneder på handlingstidspunktet.²¹⁴ Høyesterett presiserte at den mindreårige lovbrøteren over lang tid hadde foretatt handlinger som bar bud om høy risiko for nye alvorlige voldshandlinger, og av den grunn strakk behovet for samfunnsvernet seg «utvilsomt betydelig utover de nærmeste to-tre årene».²¹⁵ Risikoen ville i beste fall kunne reduseres etter betydelig innsats over tid.

I Vinstra-saken kom lagmannsretten frem til at en tidsbestemt fengselsstraff på 13 år ikke var tilstrekkelig til å ivare hensynet til samfunnsvernet, ettersom at vurderingen av de øvrige vilkårene tilsa at tilbakefallsfaren forelå ut over løslatelsestidspunktet.²¹⁶ Likeledes la lagmannsretten til grunn i Oslo-saken at behovet for samfunnsvernet medførte at en fengselsstraff på 9 år ikke ville være tilstrekkelig.²¹⁷ Retten baserte seg her på at tiltaltes prognoser var svært dårlige, og viste til de rettsoppnevnte sakkyndiges vurdering om at det ville være en «ekstremt krevende, om ikke umulig oppgave, å få til en endring hos tiltalte». Det ble vist til at den tiltalte hadde «ikke på noe tidspunkt klart å nyttiggjøre seg et relativt

²¹⁰ Se punkt 2.3.2.1. Se også Fornes (2021) s. 381

²¹¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 77

²¹² Fornes (2021) s. 381

²¹³ Rt. 2006 s. 641 avsn. 12 og HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78

²¹⁴ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 67

²¹⁵ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 68

²¹⁶ LE-2019-122942 (Vinstra)

²¹⁷ LB-2020-34882 (Oslo)

omfattende behandlingsopplegg» som han hadde vært gjennom, samt at det fremsto som «lite sannsynlig» at han ville klare å nyttiggjøre seg behandlingen noe særlig bedre i fremtiden».

Selv om det i sakene der den mindreårige lovbrøteren har blitt idømt forvaring er mangel på vurderinger av barnets mulighet til endring, har dette blitt lagt betydelig vekt på i sakene der vedkommende ikke ble idømt forvaringsstraff. I Sørlandssenter-saken la flertallet vekt på at lovbrøterens unge alder tilsa at hun hadde større mulighet for endring enn en voksen person.²¹⁸ Det ble også vist til at hun hadde hatt en positiv utvikling under soningen, og at dersom det fortsatte ville gjentakelsesfaren reduseres. Også Lund-saken la flertallet i lagmannsretten vekt på at vedkommende lovbrøter hadde et «potensial for fortsatt utvikling og modning», og at han ga «inntrykk av å ha ressurser til å kunne utnytte et langt fengselsopphold til noe konstruktivt».²¹⁹ Imidlertid ble det konkludert med at tiltalte hadde «lav risiko for fremtidig vold» av de sakkyndige, hvilket lagmannsretten la betydelig vekt på i sine avveininger.

Mangelen på vurderinger av de mindreårige lovbrøternes potensiale til modning og endring i de forvaringssakene der tiltalte ble idømt forvaringsstraff, kan muligens forklares med at faren for tilbakefall var høyere i disse sakene enn i sakene der tiltalte ikke ble idømt forvaring.²²⁰ I tillegg utgjorde omstendighetene i disse forvaringssakene en mulighet for at gjentakelsesfaren ville strekke seg langt frem i tid. Alderen vil tiltalte på handlingstidspunktet kan belyse differensieringen i rettspraksisen, da vurderingen av den mindreåriges mulighet for endring kommer til syne i sakene hvor vedkommende lovbrøter kun var 15 år og noen måneder på handlingstidspunktet.²²¹ Imidlertid er det slik at den utviklingen som barn går gjennom i løpet av ungdomstiden, også vedvarer etter fylte 18 år,²²² og at utviklingen som sådan ikke bare kan tillegges de yngste lovbrøterne. Det er likevel en mulighet for å komme frem til ulik straffereaksjon basert på tiltaltes alder på handlingstidspunktet.²²³

Etter teori og praksis er det klart at det kreves en skjerpet trussel mot samfunnsvernet i saker der vedkommende lovbrøter er mindreårig. Når det kommer til vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» knytter ikke dette seg isolert sett til

²¹⁸ LA-2018-112662 (Sørlandssenter)

²¹⁹ LA-2017-112563

²²⁰ Fornes (2021) s. 383

²²¹ Se HR-2017-290-A (Vollen), LA-2018-112662 (Sørlandssenter), og LA-2017-112563

²²² Corrado og Mathesius (2014) s. 159-160. Se også Fornes (2021) s. 50

²²³ Se punkt 2.3.1

samfunnsvernet. Det virker følgelig som at det er de øvrige omstendighetene, og særdeles tilbakefallsfaren, som må bære preg av å være ekstraordinære. I vurderingen er også tiltaltes alder av betydning, hvorav barnets evne til endring og modning bør vektlegges. Imidlertid synes det å ha skjedd en endring i nyere praksis, hvor domstolen har lagt mer vekt på risikoen for nye lovbrudd fremfor den mindreåriges endringspotensiale.

3.4 Oppsummering

For at en mindreårig lovbrøyer skal kunne idømmes forvaring, må de alminnelige vilkårene til forvaring være oppfylt, i tillegg til at det må foreligge omstendigheter knyttet til det begåtte lovbruddet eller tilbakefallsfaren som medfører at tilfellet er å anse som helt ekstraordinært.²²⁴

Vurderingen av hvorvidt det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» beror på en subjektiv helhetsvurdering av domstolen. Etter praksis er det tydelig at forvaringsstraff kan anvendes i tilfeller der tiltalte både har begått et alvorlig lovbrudd og det er nærliggende fare for tilbakefall. I slike saker er det omstendighetene ved lovbruddet sammenholdt med farevurderingen som samlet utgjør de ekstraordinære omstendighetene. Dersom det ikke isolert er forhold som knytter seg til lovbruddet, er det lagt til grunn i praksis at faregraden i hvert fall må skjerpes.²²⁵ Graden av tilbakefallsfaren synes retten å hovedsakelig vurdere ut ifra lovbruddets art og karakter, lovbrøyers atferd og sosiale og personlige funksjonsevne, og hvorvidt det er begått tidligere straffbare handlinger.²²⁶

Uavhengig av om de ekstraordinære omstendighetene knytter seg til lovbruddet eller farevurderingen, foreligger det er krav om at tilbakefallsfaren må strekke seg ut over løslatelsestidspunktet.²²⁷ Her skal terskelen for voksne lovbrøyer være høyere enn terskelen for mindreårige lovbrøyer. Det kreves ytterligere meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas med en alternativ fengselsstraff, samt at det ikke må være noen realistisk mulighet til å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring.²²⁸

Ut ifra de få forvaringssakene som er vurdert av domstolen, er det tydelig at straffereaksjonen ikke bare anvendes i tilfeller hvor den mindreårige lovbrøyer har begått en drapshandling.

²²⁴ Jf. strl. § 40

²²⁵ Se HR-2017-290-A (Vollen)

²²⁶ Se punkt 3.2.2

²²⁷ Fornes (2021) s. 386

²²⁸ HR-2019-832-A (Vulkan) avsn. 79

Det er naturlig å tro at den skjerpede terskelen for å kunne idømme et barn forvaring utelukkende reserverer seg til et slikt lovbrudd, ettersom at drap er den mest alvorlige integritetskrenkelsen. Likevel har retten kommet frem til at også voldtekt kvalifiserer seg til å kunne idømme forvaringsstraff overfor et barn.²²⁹ Her tyder det på at retten praktiserer med en lavere terskel enn det som fremgår av forarbeidene.²³⁰ Dette underbygges ytterligere med at lagmannsretten kom frem til forvaring i både Vinstra-saken²³¹ og Varhaug-saken,²³² til tross for at ingen av lovbrysterne tidligere hadde begått alvorlige lovbrudd.

I utgangspunktet skal terskelen for å kunne idømme en mindreårig forvaring være svært høy. Likevel har anvendelsen av en slik straffereaksjon overfor mindreårige økt kraftig i løpet av de siste årene, og siden 2017 har seks barn fått forvaringsstraff. Denne utviklingen gjør det vanskelig å se at lovgiverviljen om at forvaring tilnærmet aldri skal kunne benyttes overfor mindreårige er oppfylt. Det kan som sådan stilles spørsmål om retten i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til barnets beste i forvaringsvurderingen. I det videre skal domstolens vurdering og vektlegging av barnets beste i forvaringssaker redegjøres for.

²²⁹ HR-2020-34882

²³⁰ NOU 2008:15 kap. 9 pkt. 9.5.4.6 s. 147-148

²³¹ LE-2019-122942 (Vinstra)

²³² LG-2019-105200

4 Rettens vurdering og vektlegging av hensynet til barnets beste i forvarings saker

4.1 Innledning

I det følgende skal det først redegjøres for hvorvidt det foreligger et begrunnelseskrav for norske domstoler om å uttrykkelig vurdere og vektlegge hensynet til barnets beste etter straffeprosesslovens regler. Videre skal det kastes lys over hvordan domstolen faktisk har vurdert og vektlagt hensynet til barnets beste i ulike forvaringsdommer. Til slutt vil det vurderes hvorvidt domstolens behandling av hensynet til barnets beste er i overensstemmelse med det som følger av straffeprosessloven og barnekonvensjonen.

4.2 Begrunnelseskravet i rettsavgjørelser

Etter strpl. § 39 fremgår det at en dom skal inneholde «avgjørelsesgrunner».²³³ En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at retten skriftlig skal tilkjennegi hvordan resultatet i en sak begrunnes. Strpl. § 40 konkretiserer kravet til domsgrunner nærmere, og hvilke krav som oppstilles til dette beror på hvorvidt tiltalte domfelles eller frifinnes for vedrørende tiltalepost. Det fremgår av bestemmelsen at:

«Når siktede domfelles, skal domsgrunnene også opplyse om de grunner retten har lagt vekt på ved fastsetting av straff og andre rettsfølger»²³⁴

Ordlyden tilsier at retten eksplisitt i dommen skal uttrykke de straffeutmålingsmomentene som følger av strl. §§ 77 og 78, samt andre straffeutmålingsmomenter som er relevante.²³⁵

I straffeloven oppstilles det ikke et isolert krav til at retten må vurdere og vektlegge hensynet til barnets beste i domsgrunnene. Imidlertid følger det av strl. § 78 bokstav i at ved straffeutmålingen skal tas det, i formildende retning, særlig tas i betraktning at «lovbryteren var under 18 år på handlingstidspunktet». Det er således naturlig å legge til grunn at hensynet til barnets beste er i overensstemmelse med at en mindreårig lovbyters alder blir betraktet

²³³ Strpl. § 39 første ledd nr. 2

²³⁴ Strpl. § 40 første ledd annet punktum

²³⁵ Øyen (2019) s. 856

som en formildende omstendighet. Likevel må hensynet forstås som dynamisk, og innholdet varierer ut ifra ut ifra den enkelte situasjon som barnet befinner seg i. Dette medfører at domstolen må foreta en konkret helthetsvurdering i den enkelte sak,²³⁶ hvilket tilsier at den formildende omstendigheten som følger av strl. 78 bokstav i ikke sammenfaller med et begrunnelseskrav vedrørende vurdering og vektlegging av hensynet.

At verken straffeprosessloven eller straffeloven innehar regler som eksplisitt omhandler et slikt begrunnelseskrav, taler mot domstolen er pliktig til å uttrykkelig måtte vurdere og vektlegge hensynet til barnets beste i domsgrunnene. Imidlertid trekker hensynet til sammenheng i lovverket i den andre retningen. Det fremgår av både bvl. § 1-3 og bl. § 48 at hensynet til barnets beste skal vektlegges på de gjeldende rettsområdene. Dette tydeliggjør lovgivers ønske om å aktualisere barnets rettigheter etter barnekonvensjonen art. 3 og Grl. § 104, ved å uttrykkelig begrunnet vurderingen av hensynet til barnets beste.

For å oppnå et materielt riktig resultat, vil beslutningsprosessen frem mot den endelige rettsavgjørelsen være av betydning. I praksis har det blitt lagt til grunn at en begrunnelse har som formål å «sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving».²³⁷ Det er tydelig at det kan oppstå tillit mellom partene i saken, samt gjøre det enklere å kunne forstå og akseptere avgjørelsen dersom resultatet begrunnes i sin helhet. Videre vil begrunnelsen være viktig for spørsmålet om dommen skal ankes. En god begrunnelse fremmer en effektiv ankebehandling, da den «gjør det lettere for partene og ankedomstolen å identifisere de reelle tvistespørsmålene og konsentrere behandlingen rundt disse».²³⁸ Dette taler for at domstolen bør begrunne hensynet til barnets beste fullt ut.

I det hele er det klart at det ikke foreligger et isolert krav om at domstolen uttrykkelig må begrunne vurderingen av hensynet til barnets beste etter straffeprosesslovens regler. Likevel er det flere momenter som viser til at det er noe domstolen burde gjøre. Videre i avhandlingen skal det redegjøres for hvordan domstolen vurderer og vektlegges hensynet til barnets beste i forvaringsdommene.

²³⁶ Se punkt 2.2

²³⁷ Rt. 2007 s. 750 avsn. 62

²³⁸ NOU 2001:32 A pkt. 21.8.4.3 s. 578

4.3 Hvordan domstolen vurderer og vektlegger hensynet til barnets beste i forvaringsdommene

Som tidligere presisert, har spørsmålet om forvaring vært oppe til vurdering i åtte dommer vedrørende mindreårige lovbrøtere siden 2017.²³⁹ I seks av sakene ble forvaring idømt, men per i dag er det kun fire av dommene som er opprettholdt. I det følgende skal det ses hen til hvordan retten har vurdert og vektlagt hensynet til barnets beste i noen av dommene.

Hensynet til barnets beste ble løftet frem i vurderingen av særvilkåret «helt ekstraordinære omstendigheter» i Vollen-saken.²⁴⁰ Førstvoterende reiste spørsmål om vilkårene til forvaring likevel ville vært oppfylt selv om det ble sett hen til hva som var barnets beste. I dommen ble det imidlertid ikke foretatt noen gjennomgang av innholdet i eller betydningen av hensynet. I den videre vurderingen ble barnets interesser synliggjort, og momentene som ble trukket frem var belastningen av en tidsbestemt straff, uheldigheten av å stemple et barn som farlig, potensialet for modning og endring, og vedkommende lovbrøters svært unge alder.²⁴¹ I all hovedsak talte disse momentene mot at forvaring var å anse som det beste for den mindreårige lovbrøteren. Førstvoterende trakk deretter frem de momentene som talte for at omstendighetene var å anse som «helt ekstraordinære».²⁴² Til tross for at det forelå flere forhold som talte mot forvaring, la førstvoterende betydelig vekt på at hensynet til samfunnsvernet var «så tungtveiende» at det oppfylte vilkårene i loven for å kunne idømme vedkommende lovbrøter forvaringsstraff.²⁴³ I dommen ble det følgelig foretatt en vurdering av hva som var å anse som barnets beste i det konkrete tilfellet, samt at det ble sett hen til de motstridende interessene.

I de andre forvaringssakene kommer derimot hensynet til barnets beste ikke like betydelig frem i forvaringsvurderingen. I verken Vulkan-²⁴⁴ eller Varhaug-saken²⁴⁵ blir hensynet til barnets beste nevnt. Bakgrunnen for denne utelatelsen er ikke klar, men det kan tenkes at retten tok utgangspunkt i at begge lovbrøterne var over 18 år på domstidspunktet og dermed behandlet de som om de var voksne. I Vulkan-saken uttalte førstvoterende at det «i saken her

²³⁹ Se punkt 1.2

²⁴⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 73

²⁴¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 74-80

²⁴² HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 80. Se også punkt 2.3.2.1

²⁴³ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 80

²⁴⁴ HR-2019-982-A

²⁴⁵ LG-2019-105200

ikke [er] et barn som i tilfellet idømmes forvaring, hvilket underbygger muligheten for at retten har unnlatt en vurdering av hensynet til barnets beste på grunn av vedkommendes alder på domstidspunktet. I likhet med de to overnevnte sakene, ble heller ikke hensynet nevnt i forbindelse med forvaringsvurderingen i Oslo-saken.²⁴⁶ Etter en samlet vurdering, kom flertallet i lagmannsretten kom frem til at tiltalte kunne idømmes forvaring. Et av de sentrale momentene som ble vist til i dommen, var at vedkommende lovbryter «snart er 21 år, og ikke lenger et barn».

En annen sak hvor hensynet til barnets beste ikke ble nevnt i forvaringsvurderingen var Vinstra-saken.²⁴⁷ Imidlertid ble hensynet belyst i vurderingen av om ubetinget fengselsstraff kunne idømmes etter strl. § 33. Førstvoterende la til grunn at bestemmelsen må ses i sammenheng med Grl. § 104 annet ledd og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1, men gjennomførte likevel ikke noen konkret vurdering av hensynet i avgjørelsen. Det ble imidlertid uttalt, med henvisning til Vollen-saken, at fengselsstraff kan begrunnes som nødvendig også når hensynet til barnets beste tillegges vekt.²⁴⁸ Uttalelsen kan likevel ikke sies å oppfylle det kravet som foreligger om å konkret og individuelt vurdere hensynet til barnets beste, ettersom at forvaringsstraff og fengselsstraff er to ulike straffereaksjoner. Forvaring er klart mer inngripende enn fengsel, særdeles grunnet at straffen er tidsubestemt. Det er således nærliggende å legge til grunn at det bør gjennomføres en egen vurdering av hensynet til barnets beste under forvaringsvurderingen.

I to av sakene hvor spørsmålet om forvaring var oppe til vurdering, ble det imidlertid konkludert med at ubetinget fengselsstraff var tilstrekkelig.²⁴⁹ I begge avgjørelsene ser det ut til at hensynet til barnets beste innehar en større rolle i forvaringsvurderingen enn i de tidligere gjennomgåtte sakene. I Internatskole-saken foretok førstvoterende en konkret vurdering av hensynet, og uttalte følgelig at det i foreliggende tilfelle var sannsynlig årsakssammenheng mellom tiltaltes personlighetsforstyrrelse og de aktuelle handlingene i saken, hvilket medførte at forvaring med vanskelighet kunne sies å være til barnets beste.²⁵⁰ Den avgjørende vekten ble lagt på at «de individualpreventive hensyn relaterer til tiltaltes psykiske helse må stå i forgrunnen, og da spesielt rettet mot et behandlingsopplegg med

²⁴⁶ LB-2020-34882 (Oslo)

²⁴⁷ LE-2019-122942 (Vinstra)

²⁴⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 35

²⁴⁹ TKISA-2017-90977 (Internatskole) og LA-2018-112662 (Sørlandssenter)

²⁵⁰ TKISA-2017-90977 (Internatskole)

bakgrunn i tiltaltes diagnose innenfor rammen av ordinær fengselsstraff». På bakgrunn av dette presiserte førstvoterende at retten må være varsom med å gi den grad av stigmatisering av barnet som en forvaringsdom vil kunne innebære.

I likhet med Internatskole-saken, kom retten frem til at det ikke forelå grunnlag for å idømme vedkommende lovbrøyer forvaringsstraff i Sørlandssenter-saken.²⁵¹ Førstvoterende henviste til Vollen-saken, hvor det ble påpekt av Høyesterett at forvaring skal inneha et sterkere innslag av behandling og rehabilitering enn vanlig fengselsstraff.²⁵² Etter lagmannsrettens mening ville behandling være til tiltaltes beste, hvilket talte for anvendelse av forvaringsstraff. Likevel var det ingen opplysninger som ga grunnlag for å anta at det ville bli noen betydelig forskjell i soningsforholdene ved forvaring enn ved en alternativ fengselsstraff, og det ble presisert at det såles ikke forelå noe grunnlag for å anta at forvaring ville være bedre for tiltalte enn fengsel. Det ble tvert imot lagt til grunn at tidsubestemt forvaringsstraff «er et større onde enn fengselsstraff, og ikke til barnets beste».²⁵³ I Varhaug-saken uttalte lagmannsretten at selv om en forvaringsdom vil være belastende for vedkommende, vil den «bidra til at tiltalte får tettere oppfølging i fengsel eller institusjon under Kriminalomsorgen og slik sett kunne bedre tiltaltes funksjonsevne både under og etter soning».²⁵⁴ I motsetning til Sørlandssenter-saken kom retten her frem til at forvaring kunne idømmes.

4.4 Er rettens behandling i overensstemmelse med kravene som følger av straffeprosessloven?

Etter å ha redegjort for hvordan domstolen vurderer hensynet til barnets beste i forvaringssakene, er det tydelig at hensynet ikke blir uttrykkelig begrunnet i noen av sakene. Den eneste saken hvor domstolen uttrykkelig begrunner hensynet er Vollen-saken, som per dags dato har blitt gjenopptatt og omgjort.²⁵⁵ Bakgrunnen for at domstolene har utelatt begrunnelsen i forvaringssakene er imidlertid ikke klar. Det kan tenkes at domstolen faktisk foretar en vurdering av hensynet til barnets beste, men at vurderingen som sådan inngår i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» etter strl. § 40 første ledd annet punktum. Dersom det er tilfellet, vil det være svært vanskelig å legge merke til

²⁵¹ LA-2018-112662 (Sørlandssenter)

²⁵² HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 74

²⁵³ LA-2018-112662 (Sørlandssenter)

²⁵⁴ LG-2019-105200

²⁵⁵ HR-2017-290-A (Vollen)

hvordan hensynet har blitt vurdert og vektlagt. Det vil følgelig også stride med kravet om at hensynet til barnets beste skal vurderes konkret og individuelt i den enkelte saken.²⁵⁶

Videre vil en utelatelse av en slik begrunnelse kunne medføre at partene mister sin tillit til hverandre, samt at det kan være vanskelig for den enkelte å forstå hvorvidt hensynet til barnets beste er blitt vurdert og vektlagt i saken. Ytterligere kan det føre til feil i saksbehandlingen, hvilket kan forhindre prøving av anken etter strpl. § 343 annet ledd nr. 8. I tillegg kan det tenkes at vurderinger vedrørende spørsmål om forvaring kan ende med et annet resultat enn de tidligere sakene, dersom domstolen er pliktig til å gjennomføre en konkret og individuell vurdering av barnets beste i hver enkelt sak. Motsetningsvis kan det tenkes at domstolen overser eller utelater sentrale og viktige momenter vedrørende det enkelte barnet.

Rettens behandling av hensynet til barnets beste er i overensstemmelse med det som følger av straffeprosessloven, ettersom at det ikke fremgår noen eksplisitt lovbestemmelse om at domstolen uttrykkelig må begrunne vurderingen av hensynet til barnets beste. Likevel er dette noe domstolen burde gjøre, av hensyn til å blant annet «sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarehet og en effektiv rett til overprøving».²⁵⁷

²⁵⁶ Se punkt 2.2

²⁵⁷ Rt. 2007 s. 750 avsn. 62. Se også punkt 4.2

5 Avslutning

Til tross for at det to ganger ble fremmet forslag om et totalforbud mot å idømme barn forvaring,²⁵⁸ ble ingen av forslagene vedtatt av departementet.²⁵⁹ Imidlertid ble det presisert at adgangen burde gjøres meget snever, og at straffereaksjonen «tilnærmet aldri bør benyttes på lovbrøyttere som var mindreårige på handlingstidspunktet».²⁶⁰ Forslaget ble vedtatt i 2012, og særvilkåret er inntatt i strl. § 40 første ledd annet punktum.²⁶¹

Etter lovendringen har det skjedd en økning i antallet forvaringsdømte barn, selv om flere av vilkårene for forvaring oppstiller vurderinger som kan være kompliserte å foreta seg når lovbrøytteren er mindreårig og fremdeles befinner seg i en utviklings- og modningsprosess.²⁶² Dette kan medføre at det er krevende å finne noen alminnelige holdepunkter på hva som faktisk kreves for å kunne idømme et barn forvaringsstraff. Dette underbygges ytterligere av det er svært få forvaringsdommer, samt at det ulike saksforholdet i de ulike dommene medfører en begrenset overføringsverdi.

Avhandlingen kaster videre lys over en rekke av sakene hvor spørsmålet om forvaring har vært oppe til vurdering. I stort sett alle sakene blir hensynet til barnets beste ikke tilstrekkelig vurdert eller lagt vekt på i henhold til straffeprosesslovens regler, foruten i Vollen-saken.²⁶³ Det er ingen klar begrunnelse på hvorfor retten har valgt å unnlate å vurdere og begrunnet hensynet til barnets beste, men det kan tenkes at vurderingen blir inntatt i andre vurderinger.

Til slutt kan det stilles spørsmål om terskelen for å idømme barn forvaring er senket, i forhold til det som fremgår av lovgiverviljen i forarbeidene. Dette kan først og fremst underbygges ved at det har skjedd en utvikling i domspraksisen, hvor et barn har blitt idømt forvaringsstraff på grunnlag av fire voldtekter han begikk da han var 16 år.²⁶⁴ For det andre kan dette belyses av de sakene, der vedkommende lovbrøyttere ble idømt forvaring til tross for at de ikke tidligere hadde begått noen straffbare handlinger.²⁶⁵ Imidlertid er det viktig å være

²⁵⁸ NOU 2002:4 kap. 8 pkt. 8.11.2 s. 253-254 og NOU 2008:15 kap. 9 pkt. 9.5.4.5.3 s. 147

²⁵⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) kap. 21 pkt. 21.2.4.4 s. 281-282 og Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

²⁶⁰ Prop.135 L (2010-2011) kap. 9 pkt. 9.7.4 s. 104

²⁶¹ Lov 20. januar 2012 nr. 6 kap. I

²⁶² Rt. 2006 s. 641 avsn. 12 og HR-2017-290-A (Vollen) avsn. 78

²⁶³ Hr-2017-290-A (Vollen)

²⁶⁴ LB-2020-34882 (Oslo)

²⁶⁵ LE-2019-122942 (Vinstra), og LG-2019-105200

oppmerksom på at hensynet til samfunnsvernet kan medføre at også barn idømmes forvaringsstraff, dersom det ikke på annen måte kan ivaretas.

6 Litteraturliste

Lover og konvensjoner

Lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven, Grl.)
Straffeloven 1902	Lov 22. mai 1902, Almindelig borgerlig Straffelov (opphevet)
Barnelova	Lov 8. april 1981 nr. 7, Lov om barn og foreldre (barnelova, bl.)
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven, strpl.)
Menneskerettighetsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.)
Straffeloven 2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28, Lov om straff (straffeloven, strl.)
Endringer i straffeloven	Lov 20. januar 2012 nr. 6, Lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven, m.fl.
Barnevernloven	Lov 18. juni 2021 nr. 97, Lov om barnevern (barnevernloven, bvl.)

Konvensjoner

EMK
Konvensjon 4. november 1950, Convention
for the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms

Barnekonvensjonen
Konvensjon 20. november 1989,
Convention on the Rights of the Child

Forarbeider

NOU 1974:17
NOU 1974:17: “Strafferettslig
utilregnelighet og strafferettslige
særreaksjoner”

NOU 1990:5
NOU 1990:5: «Strafferettslige
utilregnelighetsregler og særreaksjoner»,
Straffelovkommisjonens delutredning IV

NOU 2001:32 A
NOU 2001:32 A: «Rett på sak. Lov om
tvisteløsning»

NOU 2002:4
NOU 2002:4: “Ny straffelov”,
Straffelovkommisjonens delutredning VII

NOU 2008:15
NOU 2008:15: «Barn og straff –
utviklingsstøtte og kontroll»

NOU 2020:14
NOU 2020:14: «Ny barnelov» Til barnets
beste»

Ot.prp.nr.87 (1993-1994)
Ot.prp.nr.87 (1993-1994): Om lov om
endringer i straffeloven m.v.

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

Ot.prp.nr.104 (2008-2009)

Ot.prp.nr.104 (2008-2009): Om lov om endringer i barnelova mv.

Prop.135 L (2010-2011)

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

Retningslinjer og rapporter

Dokument 16 (2011-2012)

Dokument 16 (2011-2012): «Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven»

General Comment No. 10 (2007) (GC 7)

General Comment No. 10 (2007) on children's rights in juvenile justice

General Comment No. 14 (2013) (GC 14)

General Comment No. 14 (2013) on the rights of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration

General Comment No. 24 (2019) (GC 24)

General Comment No. 24 (2019) on children's rights in juvenile justice

E/CN.4/1349

Revised draft convention on the rights of the child, (E/CN.4/1349): International Labour Office, Geneva: UN. 4. november 1980

E/CN.4/L.1575

Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, (E/CN.4/L.1575): UN. Commission on Human Rights, Geneva: UN. 17. februar 1981

OHCHR (2007)

Report, 2007, The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 2002 s. 1677

Rt. 2003 s. 893

Rt. 2003 s. 1788

Rt. 2004 s. 209

Rt. 2005 s. 301

Rt. 2006 s. 641

Rt. 2007 s. 187

Rt. 2007 s. 750

Rt. 2007 s. 791

Rt. 2007 s. 1056

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2011 s. 774

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2011 s. 1717

Rt. 2014 s. 495

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

HR-2016-2000-U

HR-2017-290-A (Vollen)

HR-2019-832-A (Vulkan)

HR-2020-1766-U

Lagmannsrettspraksis

LG-1999-796

LH-2008-144448

RG-2012-1153

LA-2017-112563

LA-2018-112662 (Sørlandssenter)

LG-2019-105200 (Varhaug)

LE-2019-122942 (Vinstra)

LB-2020-34882 (Oslo)

LE-2022-95459

Tingrettspraksis

TKISA-2017-78612 (Lund)

TKISA-2017-90977 (Internatskole)

Litteratur

Bøker

- Andenæs (2016) Andenæs, Johs.: «Alminnelig strafferett», 6. utg. v/Rieber-Mohn, Georg Fredrik & Sæther, Knut Erik, Oslo: Universitetsforlaget, 2016
- Detrick (1999) Detrick, Sharon: «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child», Nederland: Martinus Nijhoff Publishers, 1999
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein: «Rettskildelære», 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle: «Straffrett», 5. utg. v/Høgberg, Alf Petter, Oslo: Cappelen Damm, 2017, s. 440
- Fornes (2021) Fornes, Ingun: «Straff av barn. Frihetsstraffene og alternativene», 1. utg., Oslo: Gyldendal, 2021
- Gröning, Husabø & Jacobsen (2019) Gröning, Linda, Husabø, Erling Johannes & Jacobsen, Jørn: "Frihet, forbrytelse og straff", 2. utg., Fagbokforlaget, 2019
- Haugli (2020) Haugli, Trude: «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge*. Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristin Sandberg (red.), 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020, s. 55-67
- Kipperberg mfl. (2019) Kipperberg, Elise: «Artikkel 3 Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen i praksis: fra barnets*

- behov til barnets rettigheter. 2. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2019 s. 138*
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus: «Nytt i straffelov», 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus: «Straffeloven: Lov 20 mai. 2005 nr. 28 om straff: Alminnelige bestemmelser: Kommentaarutgave», 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Matningsdal (2021) Matningsdal, Magnus: «Norsk spesiell strafferett», 3. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2021
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A.: «Rett og anvendelse», 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 226
- Storvik (2013) Storvik, Birgitte Langset: «Forvaringsstraff», 1. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2013
- Storvik (2021) Storvik, Birgitte Langset: «Forvaringsstraff», 2. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2021
- Strand (2017) Strand, Vibeke Blaker: «Menneskerettigheter som rammeverk i det nye mangfoldssamfunnet» i *Menneskerettighetene og Norge: rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*. Føllesdal, Andreas, Ruud, Morten & Ulfstein, Geir (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2017, s. 280
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf: «Straffeprosess», 2. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2019

Artikler

- Corrado og Mathesuis (2014) Corrado, Raymond & Mathesius, Jeffrey: «Developmental Psycho-Neurological Research Trends and Their Importance for Reassessing Key Decision-Making Assumptions for Children, Adolescents, and Young Adults in Juvenile/Youth and Adult Criminal Justice Systems», Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice (BJCLCJ), 2014 (2), s. 159-160
- Drake (2019) Drake, Kristine Breistein: «Forvaring av barn», Tidsskrift for strafferett, 2019 (3), s. 288-312
- Grøndahl (2000) Grøndahl, Pål: «Sikring eller forvaring – refleksjoner over de nye særreaksjonene», Tidsskriftet: den norske legeforening, 2000 (18)
- Gröning (2021) Gröning, Linda & Fornes, Ingun: «Bruk av forvaring og sikring overfor barn 1965-2020», Tidsskrift for strafferett, 2021 (3), s. 246-272
- Holmboe (2020) Holmboe, Morten: «Forvaring av unge lovbrøyttere – et ubehagelig tema», Tidsskrift for strafferett, 2020 (3), s. 227-252

Nettsider

Frafjord, Erlend: «Advarer mot å gi mindreårige forvaringsstraff», NRK, 19.04.23
<https://www.nrk.no/rogaland/advarer-mot-a-gi-mindrearige-forvaringsstraff-1.14542813> (lest 19.04.23)

Fraser, Sofie & Fjellanger, Runa.: «Forsker ut mot forvaringsdommer mot mindreårige: Bekymringsverdig», VG, 19.04.23
<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/zGkOd5/forsker-ut-mot-forvaringsdommer-mot-mindrearige-bekymringsverdig> (lest 19.04.23)