



Det juridiske fakultet

## **Forvaring av barn**

Er adgangen til å idømme barn forvaringsstraff i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser?

Julie Hille

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, Desember 2020

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Introduksjon av tema og problemstillinger .....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet .....	2
1.3	Begrepsavklaringer.....	3
1.4	Metode.....	4
1.5	Videre fremstilling .....	6
2	Strafferettslig introduksjon.....	7
2.1	Hva er straff?.....	7
2.1.1	Straffens formål og begrunnelse .....	7
2.1.2	Hva regnes som «straff» i norsk rett?.....	8
2.2	Forvaring som straffereaksjon.....	9
2.3	Særlig om straff av barn .....	11
3	Vilkårene for forvaring av barn jf. strl. § 40 .....	12
3.1	Introduksjon .....	12
3.2	Vilkåret om lovbrudd .....	12
3.3	Vilkåret om gjentakelsesfare .....	13
3.3.1	Generelt .....	13
3.3.2	Det begåtte lovbruddet .....	15
3.3.3	Lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne.....	15
3.3.4	Tidligere begåtte lovbrudd eller forsøk på lovbrudd.....	16
3.4	Vilkåret om at fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig.....	17
3.5	Særvilkåret for å idømme forvaring overfor barn .....	19
3.5.1	Alderskravet .....	19
3.5.2	Vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» .....	19
3.5.3	Domfeltes alder på domstidspunktet som moment i vurderingen.....	22
3.6	Forvaring er en «kan»-regel .....	23

4	Menneskerettslige forpliktelser som aktualiserer seg ved forvaring av barn.....	24
4.1	Menneskerettighetenes stilling i norsk rett.....	24
4.2	Hensynet til barnets beste.....	25
4.3	Barns rett til utvikling .....	26
4.4	Særskilte rettigheter ved frihetsberøvelse .....	27
4.4.1	Forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende straff.....	27
4.4.2	Forbudet mot livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse .....	28
4.5	Retten til frihet .....	28
4.5.1	Rettslig grunnlag for retten til frihet .....	28
4.5.2	Kravet til forholdsmessighet ved inngrep i retten til frihet .....	30
5	Er forvaring av barn i tråd med Norges menneskerettslige standarder? .....	32
5.1	Innledende bemerkninger .....	32
5.2	Ivaretar forvaring hensynet til barnets beste? .....	33
5.3	Ivaretar forvaring barns rett til utvikling? .....	35
5.4	Ivaretar forvaring av barn de særskilte rettigheter ved frihetsberøvelse? .....	37
5.4.1	Er bruk av forvaring tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling? .....	37
5.4.2	Er forvaring i tråd med forbudet mot livsvarig fengsel? .....	39
5.5	Tilfredsstiller lovgiver og domstolene forholdsmessighetskravet ved inngrep i retten til frihet? .....	40
5.5.1	Er adgangen til forvaring i samsvar med lov og et legitimt formål?.....	40
5.5.2	Er kravet til nødvendighet ivaretatt? .....	41
5.5.3	Er kravet til proporsjonalitet ivaretatt?.....	43
5.5.4	Oppsummering .....	46
6	Avsluttende bemerkninger .....	47
	Referanseliste .....	49

# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon av tema og problemstillinger

Temaet for avhandlingen er bruk av forvaring som straffereaksjon overfor barn.

Når vi hører ordet forvaring forbinder vi det gjerne med det som omtales som lovens lengste straff. Vi forbinder det med særlig farlige personer og ekstreme lovbrudd. Det rettslige grunnlaget for å ilegge forvaring som straffereaksjon følger av lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven - strl.) § 40. Forvaring er en tidsbestemt frihetsstraff som kan idømmes lovbrøyttere som antas å være særlig farlige. Formålet bak forvaring er å verne «andres liv, helse eller frihet», og dette ivaretas nettopp ved adgangen til å «fjerne» farlige lovbrøyttere fra samfunnet. Straff kan ramme ekstra hardt når lovbrøytteren er ung.<sup>1</sup> I straffeloven er det klare utgangspunkt at forvaring ikke skal idømmes lovbrøyttere under 18 år, jf. strl. § 40. Det kan likevel gjøres unntak dersom det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». Vilkåret ble innført i 2012, og begrenset adgangen til å anvende forvaring overfor mindreårige lovbrøyttere. Før 2012 kunne barn over 15 år idømmes forvaring på lik linje som voksne, men til tross for dette var det ingen barn som var ilagt straffereaksjonen.

I 2017 ble et barn for første gang i norsk rett idømt forvaring av Høyesterett. I dag, nesten fire år senere, foreligger det hele fem rettskraftige avgjørelser hvor lovbrøyttere som var under 18 år på gjerningstidspunktet har blitt idømt forvaring.<sup>2</sup> To av disse tilfellene ble behandlet i Høyesterett. I relasjon til menneskerettighetene reiser dette en særlig problematikk. FNs barnekomité har ved en rekke anledninger anbefalt alle medlemsstatene å avskaffe all bruk av ubestemt tidsstraff overfor barn. Som Morten Holmboe uttrykker det: forvaring har blitt et «ubehagelig aktuelt tema».<sup>3</sup>

Problemstillingen som reises er om adgangen til å idømme barn forvaringsstraff er i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser. De menneskerettslige forpliktelsene som skal vurderes er hensynet til barnets beste, retten til utvikling, barns rettigheter ved frihetsberøvelse og barns rett til frihet. Avhandlingens formål er å gjøre rede for

---

<sup>1</sup> Morten Holmboe, «Forvaring av unge lovbrøyttere – et ubehagelig aktuelt tema» *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 2020, s. 228.

<sup>2</sup> HR-2017-290-A, HR-2019-832-A, LG-2019-105200, LE-2019-122942 og LB-2020-34882.

<sup>3</sup> Holmboe (2020) s. 229.

rettstilstanden ved forvaring av barn etter straffeloven § 40. Forvaringsadgangen skal deretter vurderes opp mot de enkelte menneskerettslige forpliktelsene.

## 1.2 Bakgrunn og aktualitet

På lik linje med voksne begår av og til barn alvorlig kriminalitet som samfunnet har behov for å beskytte seg mot. Staten er derfor legitimert til å reagere på kriminelle handlinger med en straffereaksjon. Barne- og ungdomsårene er en periode preget av fysiske, kognitive og sosiale endringer.<sup>4</sup> Barn vil stort sett lettere kunne formes og påvirkes enn voksne, så valg av reaksjoner for barns atferd vil ha særlig stor betydning. For domfelte barn vil straff ha et større potensiale for å påvirke barn i positiv eller negativ retning sammenlignet med voksne.<sup>5</sup> Etter 2000-tallet har betydningsfulle endringer skjedd for barn som lovbrutere. Blant annet har barnekonvensjonen blitt tillagt økt oppmerksomhet i strafferetten, noe som har medført at domstolene har blitt stadig mer tilbakeholdne med å anvende frihetsberøvende straffer overfor mindreårige.<sup>6</sup> Til tross for dette sitter det til enhver tid barn i norske fengselsanstalter.

Politiet har siden starten av 2000-tallet meldt om nedgang i kriminalitet blant barn og unge. Nedgangen i kriminalitet har vært begrunnet i fremveksten av en ny ungdomsrolle og en «skikkelighetstrend» blant barn og ungdom.<sup>7</sup> Etter 2015 har imidlertid denne trenden snudd, og det meldes nå om en stadig økning i ungdomskriminalitet. I 2019 ble om lag 6 400 barn i aldersgruppen 15-17 år registrert med 12 240 kriminelle forhold. Dette innebar en økning i antall kriminelle forhold med fem prosent på bare ett år.<sup>8</sup> Majoriteten av de registrerte kriminelle forhold knyttet seg til volds-, vinnings- og narkotikalovbrudd.

Statistikken viser at denne skikkelighetskulturen blant barn og unge kanskje er på vei til å gå over, og at det er en økning i alvorlig ungdomskriminalitet. I avisene meldes det oftere enn før om bruk av rusmidler blant mindreårige og unge som går rundt med kniv. Kanskje har ungdommen i dag en mer liberal holdning og andre oppfatninger om hva som er legalt. Dette er utviklingstrekk som gjør at det neppe kan komme som en overraskelse på lovgiver at man

---

<sup>4</sup> FNs barnekomité, General comment No. 4 (2003) avsnitt 2.

<sup>5</sup> Ingun Fornes, *Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene*, Universitetet i Bergen 2018, s. 52-53.

<sup>6</sup> Magnus Matningsdal, «Strafferettslige reaksjoner mot barn – historisk utvikling og dagens rettstilstand», i *Likestilling, barn og velferd: Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), 1. utg., Gyldendal 2020, s. 288-289.

<sup>7</sup> Politidirektoratet, STRASAK-rapporten 2019, s. 48.

<sup>8</sup> Politidirektoratet, STRASAK-rapporten 2019, s. 48 og 52.

på ett eller annet tidspunkt vil ha behov for å ta vare på stadig flere «farlige» barn. Det er dermed ikke utenkelig at vi i fremtiden vil stå overfor flere situasjoner med alvorlig ungdomskriminalitet hvor spørsmålet om å verne samfunnet mot et farlig barn kommer på spissen. Til tross for at adgangen til forvaring har vært et omstridt og omdiskutert tema i lovgivningsprosessen kan det se ut til at det i norsk rett er etablert en rettsoppfatning hvor barn faktisk kan idømmes forvaring. Temaet forvaring av barn er dermed høyst aktuelt.

### 1.3 Begrepsavklaringer

Avhandlingen problematiserer forvaring av *barn*. I FNs barnekonvensjon<sup>9</sup> artikkel 1 er barn definert som «ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet». Etter vergemålsloven<sup>10</sup> § 2 tredje ledd følger det at «med myndige personer menes personer som har fylt 18 år». I Norge anses derfor alle personer under 18 år som barn. Begrepet *mindreårig* vil bli brukt på lik linje som forståelsen av «barn».

Den kriminelle lavalderen i Norge er 15 år.<sup>11</sup> Barn under 15 år er dermed ikke strafferettslig ansvarlig. Barn kan anmeldes og etterforskes, men de kan ikke bli straffet. Barnevernet kan imidlertid følge opp saken. I avhandlingen vil jeg forholde meg til barnets alder på tidspunktet for den straffbare handling. Dette medfører at når det er tale om barn i strafferettslig forstand så er det bare personer som har begått en straffbar handling etter fylte 15 år og før fylte 18 år som omfattes.

I strafferettslig forstand er *forvaring* straff.<sup>12</sup> Forvaring er tidsbestemt, men det må fastsettes en tidsramme for straffen.<sup>13</sup> For barn kan ikke tidsrammen for forvaring overstige 15 år, og den bør heller ikke overstige 10 år, jf. strl. § 43 første ledd tredje punktum. Forvaring kan forlenges med inntil 5 år om gangen, og det er ingen begrensning for hvor mange ganger straffen kan forlenges så lenge vilkårene fortsatt er oppfylt. Dette skiller forvaringsstraffen fra annen straff, da det ikke lar seg gjøre på forhånd å avgjøre når straffen er avtjent.

---

<sup>9</sup> FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen - BK).

<sup>10</sup> Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven - vgml.).

<sup>11</sup> Jf. Straffeloven § 20 første ledd.

<sup>12</sup> Jf. Straffeloven § 29 første ledd bokstav b.

<sup>13</sup> Jf. Straffeloven § 43.

## 1.4 Metode

Avhandlingen innebærer en rettsdogmatisk analyse av straffeloven § 40. I avhandlingen skal jeg gjøre rede for og analysere gjeldene rett, samt vurdere rettsstilstanden opp mot relevante folkerettslige bestemmelser.

Det primære rettsgrunnlaget er straffeloven § 40. Straffeloven 2005 trådte i kraft 1. oktober 2015. Bestemmelsen viderefører i all hovedsak rettsstilstanden slik den var i straffeloven 1902<sup>14</sup> § 39c. Forarbeider og rettspraksis etter straffeloven 1902 er dermed relevante for redegjørelsen av gjeldende rett.

Vilkåret om at forvaring ikke kan anvendes overfor mindreårige lovbrøyttere med mindre det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter» ble tilføyd ved lov 20. januar 2012 nr. 6. Forarbeidene er dermed relativt nye, og vil utgjøre et viktig tolkningsbidrag til analysen. Det foreligger lite rettspraksis på det aktuelle området. Etter vilkåret ble innført i 2012 har spørsmålet om forvaring av barn vært til behandling i Høyesterett ved to tilfeller, i HR-2017-290-A (Vollen) og HR-2019-832-A (Vulkan). De to rettsavgjørelsene gir et viktig bidrag til analysen, da det ligger til Høyesterett å ha en rettsavklarende og rettsutviklende funksjon.<sup>15</sup> Rettsavgjørelsene er imidlertid konkret begrunnet og har begrenset overføringsverdi til senere saker, men de bidrar med viktige avklaringer hva gjelder terskelen for å idømme forvaring.

For å gjøre rede for særvilkåret som gjelder for mindreårige er det naturlig å innledningsvis gjøre rede for de generelle vilkårene for forvaring. Forarbeider og rettspraksis som omhandler forvaring av voksne lovbrøyttere er dermed relevante for redegjørelsen av de generelle vilkårene for forvaring.

Det foreligger begrenset utvalg av juridisk teori knyttet til strl. § 40 første ledd andre punktum. Temaet er imidlertid belyst i enkelte artikler og publikasjoner. Særlig relevant er de vitenskapelige publikasjonene «Forvaring av barn»<sup>16</sup> og «Forvaring av unge lovbrøyttere – et ubehagelig aktuelt tema»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902, opphevet).

<sup>15</sup> Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal 2017, s. 250.

<sup>16</sup> Kristine Breistein Drake, «Forvaring av barn» *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 2019.

<sup>17</sup> Morten Holmboe, «Forvaring av unge lovbrøyttere – et ubehagelig aktuelt tema» *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 2020.

Avhandlingen skal også vurdere rettstilstanden opp mot internasjonale forpliktelser Norge har påtatt seg. Det er følgelig behov for å knytte noen bemerkninger til internasjonale rettskilders stilling i norsk rett. Barnekonvensjonen, Den europeiske menneskerettskonvensjon<sup>18</sup> og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter<sup>19</sup> er relevante folkerettslige traktater for avhandlingen. Samtlige av konvensjonene er inkorporert ved menneskerettsloven<sup>20</sup>, og skal ved motstrid «gå foran bestemmelser i annen lovgivning» jf. mrl. § 3.

Barns menneskerettigheter ble i norsk rett styrket gjennom vedtakelsen av et eget menneskerettighetskapittel i Grunnloven<sup>21</sup> i 2014. Flere av Grunnlovens bestemmelser bygger på bestemmelser fra EMK og BK. Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er dermed relevant ved tolkningen av bestemmelsene. Barnekonvensjonen er særlig relevant ved spørsmål som gjelder barn. Konvensjonen gir uttrykk for grunnleggende rettigheter som skal gjelde for alle personer under 18 år, og tar sikte på å ivareta barns særlige stilling og behov.

FNs barnekomité overvåker medlemsstatenes gjennomføring av barnekonvensjonen. Statene har hvert femte år rapporteringsplikt til komiteen om sin gjennomføring av konvensjonen. På bakgrunn av rapportene utarbeides det anbefalinger til den enkelte stat. Anbefalingene er juridisk uforpliktende, og det står ingen sanksjoner bak å ikke følge dem.<sup>22</sup> Komiteen utgir også generelle kommentarer om tolking av enkelte artikler eller særlig viktige spørsmål.<sup>23</sup> I norsk rett har det vært noe uklarhet og diskusjoner rundt hvor mye vekt som skal legges på uttalelsene i de generelle kommentarene fra barnekomiteen. I en av Høyesteretts nye storkammersaker om barnevern uttalte retten at «Høyesterett har anvendt barnekonvensjonen i mange saker, og det er lagt stor vekt på Barnekomiteens generelle kommentarer».<sup>24</sup> Komiteens anbefalinger og kommentarer vil bli brukt som tolknings- og støttebidrag der det er gitt uttalelser som kan gi bidrag til å belyse komiteens syn på gjeldende rett om spørsmålet.

---

<sup>18</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).

<sup>19</sup> FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 23. mars 1976 (SP).

<sup>20</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven - mrl.).

<sup>21</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriketets Norges Grunnlov (Grunnloven - GrL.).

<sup>22</sup> Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 25.

<sup>23</sup> Smith (2020) s. 27.

<sup>24</sup> HR-2020-661-S avsnitt 80.



## **1.5 Videre fremstilling**

Avhandlingen er inndelt i seks kapitler.

I kapittel 2 vil jeg gjøre rede for noen generelle betraktninger rundt straff, straffens begrunnelse og straff av barn. Jeg vil også belyse hvordan forvaring står i forhold til den alminnelige definisjonen av straff.

Kapittel 3 er en rettsdogmatisk analyse av vilkårene som må være oppfylt for å kunne idømme forvaringsstraff.

I kapittel 4 skal jeg fremstille relevante folkerettslige forpliktelser som aktualiserer seg ved forvaring av barn. Det skal gjøres rede for hensynet til barnets beste, barns rett til utvikling, særskilte rettigheter ved frihetsberøvelse, samt retten til personlig frihet. I kapittel 5 skal jeg vurdere om norsk rett er i tråd med de rettighetene som er beskrevet i kapittel 4. Kapittel 5 følger den samme strukturen som kapittel 4.

Kapittel 6 inneholder noen avsluttende bemerkninger knyttet til om adgangen til forvaring av barn er i tråd med menneskerettighetene, samt om det er behov for en videreutvikling av alternativer til forvaring.

## 2 Strafferettslig introduksjon

### 2.1 Hva er straff?

#### 2.1.1 Straffens formål og begrunnelse

Andenæs definerer straff som «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde».<sup>25</sup> Definisjonen har i norsk rett lenge vært ansett som den alminnelige definisjonen av hva straff er. Høyesterett ga sin tilslutning til definisjonen i Rt. 1977 s. 1207, og den er også lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven.<sup>26</sup>

At straff er definert som en ondepåføring i den hensikt at det skal føles som et onde reiser spørsmål om hva som er straffens formål og begrunnelse. Begrunnelsen for straff har ikke bare betydning for legitimeringen av straff som reaksjon, men det har også betydning for straffutmåling i hver enkelt sak. Begrunnelsen bak straff reiser også særlige problemstillinger når det gjelder straff av barn, da det kan oppstå en særlig spenning mellom barneperspektivet og straffen som en ondepåføring.

Spørsmålet om hva som er straffens begrunnelse og formål er og har vært en langvarig diskusjon.<sup>27</sup> Teoriene om straffens formål og begrunnelse deles i to hovedgrupper hvor det skilles mellom absolutte og relative straffeteorier. De absolutte straffeteorierne har gjengjeldelse som det sentrale formål med å straffe, mens de relative straffeteorierne først og fremst anser straffen som et styringsmiddel.<sup>28</sup> I forarbeidene til straffeloven 2005 har justisdepartementet under overskriften «Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål» lagt til grunn at norsk straffeinstitusjon har «forebyggelse - prevensjon - som sitt formål».<sup>29</sup> En kan dermed si at norsk rett har utslag av en relativ straffeteori hvor straffens begrunnelse bygger på individual- og allmennpreventive hensyn. Individualprevensjon innebærer at straffen virker uskadeliggjørende, avskrekkende og forbedrende på lovbrøteren, mens allmennprevensjon går ut på at straffen virker avskrekkende, vanedannende og holdningsskapende for samfunnet som sådan. I tillegg til de preventive virkningene har straffen en tredje tilsiktet virkning som

---

<sup>25</sup> Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 4. utg., Tanum-Norli 1976, s. 352.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

<sup>28</sup> Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm 2017, s. 51 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

innebærer at straffen skaper trygghet og ro i samfunnet ved at befolkningen ser at det reageres i tilstrekkelig grad mot straffbare handlinger.<sup>30</sup>

Når staten påfører et onde i den hensikt at det skal føles som et onde, medfører det at straffen får uttrykk av klander. Straff er nært knyttet til en forutsetning om at den som straffes er *ansvarlig* for det han har gjort i den forstand at han kan *bebreides* for det.<sup>31</sup> Kravet om bebreidelse ligger i grunnen av straffbarhetsvilkårene. Det er bare dersom både de subjektive og objektive vilkårene for straff er oppfylt at det reageres med en straffereaksjon. Valg av reaksjon skal være forholdsmessig, og straffen som ilegges må stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet.<sup>32</sup> Ved endt soning har dermed lovbrøyteren fått en passende straff i forhold til lovbruddets straffverdighet, og vedkommende kan da sies å ha gjort opp for seg.

### 2.1.2 Hva regnes som «straff» i norsk rett?

Innenfor straffelovgivningen finnes det en rekke ulike strafferettslige reaksjoner. Etter straffeloven § 29 er fengsel, forvaring, samfunnsstraff, ungdomsstraff, bot og rettighetstap ansett som «straff» i norsk rett. I tillegg fremkommer det i straffeloven § 30 andre strafferettslige reaksjoner, men disse er formelt ikke ansett som «straff» i norsk rett.

Begrepet «straff» er ikke entydig, og kan variere etter hvilket rettsområde en befinner seg på. EMK opererer med et autonomt straffebegrep, jf. EMK art. 6 og P7-4 nr. 1 om forbudet mot dobbeltstraff. Straffebegrepet i EMK er vesentlig videre enn i norsk rett, noe som medfører at de krav til behandling av straffesaker som følger av EMK må ivaretas selv om reaksjonen ikke er å anse som straff i norsk rett.<sup>33</sup> Spørsmålet om et forhold er å anse som en «criminal charge» etter EMK avgjøres på bakgrunn av Engel-kriteriene.<sup>34</sup> Ved vurderingen av om et forhold skal anses som straff skal det legges vekt på om «sanksjonen er klassifisert som straff i nasjonal rett, normens karakter og sanksjonens innhold og alvor». Kriteriene er alternative, men et forhold kan også anses som straff etter en «helhetsvurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor».<sup>35</sup> Høyesterett har i flere avgjørelser kommet til at reaksjoner som ikke har vært ansett som straff etter norsk rett er straff i følge EMK og dermed lagt

---

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

<sup>31</sup> Eskeland (2017) s. 42.

<sup>32</sup> Eskeland (2017) s. 442.

<sup>33</sup> NOU 2008:15 s. 21.

<sup>34</sup> Kriteriene er oppstilt av EMD i *Case of Engel and others v. The Netherlands* [P] 1976, no. 5100/71, no. 5101/71, no. 5102/71, no. 5354/72 and no. 5370/72. Kriteriene har fått tilslutning av Høyesterett, se blant annet Rt. 2010 s. 1121 og Rt. 2012 s. 921.

<sup>35</sup> Jf. Rt. 2010 s. 1121 avsnitt 32 og Rt. 2012 s. 921 avsnitt 19.

forståelsen til grunn jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.<sup>36</sup> Eksempelvis har tvangsplassering av barn i institusjon etter atferds- og kriminalitetsalternativet i barnevernloven<sup>37</sup> § 4-24 blitt ansett som straff i EMK forstand, jf. blant annet Rt. 2012 s. 1051. Konsekvensene av dette er at det da også anses å foreligge en straffesiktelse etter EMK art. 6, og behandlingen av saken må derfor tilfredsstillende de krav EMK stiller til behandling av straffesaker.<sup>38</sup>

## 2.2 Forvaring som straffereaksjon

Reglene om forvaring og sikring kom inn med straffeloven 1902 og ble ansett som strafferettslige «særreaksjoner». Sikring var imidlertid den mest anvendte reaksjonen, og forvaring ble etter hvert ikke brukt i det hele tatt.<sup>39</sup> Sikring innebar en samfunnsbeskyttende funksjon som kunne anvendes mot både tilregnelige og utilregnelige lovbrøyttere. For tilregnelige lovbrøyttere var det tale om forvaring i tillegg til den idømte fengselsstraffen.<sup>40</sup> I 1997 ble imidlertid sikringsordningen erstattet med forvaring for tilregnelige lovbrøyttere og tvunget psykisk helsevern for utilregnelige lovbrøyttere.

Forvaring er «straff» jf. straffeloven § 29 første ledd bokstav b. Forvaring brukes når en ordinær fengselsstraff ikke anses å gi et godt nok vern mot nye fremtidige forbrytelser, noe som gjør straffen til den mest inngripende reaksjonen i norsk rett. Det er selve anstaltoppholdet som er straffen.<sup>41</sup> Dom på forvaring innebærer at domfelte blir plassert i fengsel, og det er liten forskjell på selve anstaltoppholdet da forvaring også sones i fengsel.<sup>42</sup> Forvaring forutsettes imidlertid å skulle gjennomføres mer tilrettelagt enn annen straff, og selve forvaringsoppholdet skal ha vekt på atferdsendring, sosial tilpasning og forebygging av ny kriminalitet.<sup>43</sup> For den domfelte vil nok forvaring oppleves som en strengere straff enn fengselsstraff, siden uvissheten om når straffen skal være avsonet kan være en betydelig belastning. Intensjonen med forvaring er likevel ikke at det skal være en strengere straff, da det er samfunnsvernet som er det avgjørende for hvilken reaksjon som ilegges.<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> Eskeland (2017) s. 42.

<sup>37</sup> Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven - bvl.).

<sup>38</sup> NOU 2008:15 s. 95.

<sup>39</sup> Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019, s. 620.

<sup>40</sup> Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: Kommentartutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 353.

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 110.

<sup>42</sup> Eskeland (2017) s. 399.

<sup>43</sup> Haugen, Finn og Jon Sverdrup Efstad, *Strafferett – håndbok*, 5. utg., Cappelen Damm Akademisk 2019, s. 60.

<sup>44</sup> Holmboe (2020) s. 236.

Høyesterett uttalte i NOKAS-saken at:

«Jeg understreker først at formålet med forvaring ikke er å ramme de mest alvorlige forbrytelser med en særlig streng straff. Forvaring er en særforholdsregel overfor spesielt farlige lovbrøyttere for å beskytte samfunnet mot at de begår nye farlige forbrytelser i fremtiden.»<sup>45</sup>

Formålet med forvaring er altså å beskytte samfunnet mot fremtidig kriminalitet. Reglene om forvaring er med dette framoverskuende og ikke reaktive, slik straffereaksjoner regelmessig vil være. Når straffen innebærer en samfunnsbeskyttende funksjon er det en reaksjon på en ugjort gjerning, og dette stiller seg i konflikt til den alminnelige definisjonen av straff som en ondepåføring på grunn av noe som har skjedd bakover i tid. Dette reiser også en problematikk i relasjon til skyldprinsippet. Skyldprinsippet innebærer at man skal holdes ansvarlig i tråd med den skyld man har utvist. Med forvaring begrunnes imidlertid valget av straffereaksjon ut ifra den fremtidige risiko lovbrøytteren utgjør for samfunnet, og man ivaretar altså hensyn som ligger utover straffens formål.

Det kan dermed diskuteres hvor mye «straff» det egentlig er i forvaringsinstituttet. Dersom straffen forlenges etter minstetiden tilsvarende en ordinær fengselsstraff har gjerningspersonen etter den alminnelige forståelsen av straff gjort opp for seg, men må fortsatt sone med begrunnelse i hensynet til samfunnsvernet. Siden forvaring er ment å vare så lenge den domfelte anses som farlig, verken kortere eller lengre, har forvaring karakter av å være noe «mer» enn bare en straff for det aktuelle lovbruddet. Forvaring innebærer altså en tosidighet med straff og samfunnsbeskyttelse i ett, noe som kan virke svært belastende på den domfelte da hensynet til samfunnsvernet vil være styrende for straffens lengde. Men, en dom på forvaring gir prinsipielt sett ikke uttrykk for sterkere klander fra samfunnets side enn en tilsvarende lang dom på ubetinget fengsel. Det kan derfor tenkes at en dom på forvaring egentlig ikke rammer så mye hardere enn en fengselsdom, slik den domfelte nok vil oppfatte den.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 110.

<sup>46</sup> Holmboe (2020) s. 238.

## 2.3 Særlig om straff av barn

Ved bruk av straff overfor barn vil det reises særlige spørsmål, da det er en rekke momenter som vil være av betydning for barnet. Når et barn ilegges straff er staten pliktig til å sikre barnets rettigheter etter Grunnloven og Norges folkerettslige bindende traktater, herunder EMK og barnekonvensjonen. Det kan da oppstå særlige problemstillinger på grunn av spenningen mellom barneperspektivet, med barnets beste som det sentrale hensyn, og straffens formål og begrunnelse, som tradisjonelt sett ikke er basert på hva som er det beste for lovbyteren.<sup>47</sup> Straffen kan ramme ekstra hardt når lovbyteren er ung, og det må vurderes om straffen er forholdsmessig i lys av hvordan den vil påvirke barnets utvikling.<sup>48</sup>

Barn anses å ha en lavere skyldene enn voksne, noe som gjenspeiles i loven ved at barn under 15 år er ansett som strafferettslig utilregnelige.<sup>49</sup> Barnets alder er dermed et relevant moment ved valg av straffereaksjon, og ung alder vil som regel bli tillagt vekt i formildende retning.<sup>50</sup> I tillegg vil en straff kunne virke mer tyngende for barn enn voksne, da barn har et annet tidsaspekt og større behov for faste og trygge rammer enn voksne.<sup>51</sup>

Ved forvaring kommer denne problematikken på spissen. Usikkerheten ved en tidsubestemt straff vil kunne oppleves enda mer tyngende for et barn enn for en voksen. Det er i tillegg allmennpreventive hensyn som gjør seg gjeldende, og det vil kunne være usikkerhet rundt å fastslå gjentakelsesfare fremover i tid for så unge lovbytere. Tosidigheten forvaringen innebærer gjør imidlertid at den framoverskuende vurderingen av hvor farlig barnet er får karakter som noe «mer» enn straff. At det da er et barn det er snakk om gjør seg kanskje ikke like tungtveiende når det er et behov fremover i tid, siden hensynet til samfunnsvernet nødvendigvis ikke veier mindre bare fordi gjerningspersonen er under 18 år. Den samfunnsbeskyttende funksjonen forvaring har gjør dermed at forvaring nødvendigvis ikke er så mye verre enn en ordinær fengselsstraff, siden samfunnsnyttene veier opp for ulempene for den domfelte.

---

<sup>47</sup> Linda Gröning og Hilde Svrljuga Sætre «Criminal Justice and Detention» i *Children's rights in Norway: An implementation paradox?*, Malcom Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.), 1. utg., Universitetsforlaget 2019, s. 170.

<sup>48</sup> Holmboe (2020) s. 228.

<sup>49</sup> NOU 2008:15 s. 24.

<sup>50</sup> Eskeland (2017) s. 453.

<sup>51</sup> NOU 2008:15 s. 24.

## **3 Vilkårene for forvaring av barn jf. strl. § 40**

### **3.1 Introduksjon**

Vilkårene for å idømme forvaring fremgår av straffeloven § 40. Bestemmelsen oppstiller tre generelle, kumulative vilkår som må være oppfylt for at domstolene kan idømme forvaring. For det første er det et grunnvilkår at fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig for å verne andres liv, helse eller frihet. For det andre må gjerningspersonen ha begått eller forsøkt å begå nærmere angitte typer lovbrudd. Endelig må det foreligge fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd.

For personer under 18 år er det i tillegg et særvilkår om at forvaring ikke kan idømmes med mindre det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter».

Analysen av vilkårene vil følge den systematikk som fremgår av Høyesteretts metode.<sup>52</sup> Høyesterett vurderer først vilkåret om lovbrudd, deretter vilkåret om gjentakelsesfare og endelig grunnvilkåret om at fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig. Det gjøres til slutt en analyse av vilkåret for å idømme forvaring overfor barn.

### **3.2 Vilkåret om lovbrudd**

Det fremgår av strl. § 40 første ledd et vilkår om at lovbrøyteren må finnes skyldig i å «ha begått eller forsøkt å begå et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare». Bestemmelsen omfatter lovbrudd av «alvorlig art» jf. andre ledd. Lovbrudd av «mindre alvorlig art» omfattes også dersom lovbrøyteren «tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd» jf. tredje ledd.

Bestemmelsens ordlyd angir straffbare handlinger innenfor spesifikke lovbruddskategorier. Det fremgår imidlertid av ordlyden «annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare» at også andre lovbrudd enn de oppramsede kan omfattes av bestemmelsen. Et vilkår for dette er at lovbruddet har krenket eller utgjort en reell fare for noens liv, helse eller frihet. Bestemmelsen åpner altså for bruk av forvaring ved en rekke straffbare forhold.<sup>53</sup> Ordlyden «forsøkt å begå» indikerer at også forsøkshandlinger

---

<sup>52</sup> Systematikken følger blant annet av Rt. 2007 s. 1056, HR-2017-290-A og HR-2019-832-A.

<sup>53</sup> Drake (2019) s. 298.

omfattes. At lovbruddet må være av «alvorlig art» tilsier at det bare er straffbare handlinger av høy alvorlighetsgrad som kan idømmes forvaring.

Forarbeidene fastslår at det er de «mest praktiske lovbruddsgruppene» som er angitt i lovteksten.<sup>54</sup> Det fremkommer også at det er vanskelig å angi konkrete straffebud som omfattes av de enkelte lovbruddskategoriene og at det beror på rettens skjønn om det i det enkelte tilfellet skal reageres med forvaring.<sup>55</sup> Som eksempler på andre lovbrudd enn de oppramsede trekker forarbeidene frem sprenging, flykapring, forgiftning av drikkevann og alvorlige trusler. Narkotikalovbrudd utgjør på den annen side en mer indirekte fare eller trussel for andres liv, helse eller frihet, og går ikke naturlig inn under forvaringens anvendelsesområde.<sup>56</sup> Forarbeidene gir altså uttrykk for at det aktuelle lovbruddet må aktualisere et behov for samfunnsvern for å kunne omfattes av bestemmelsen.

Lovbrudd som for Høyesterett har gitt grunnlag for forvaring er blant annet drap og drapsforsøk, voldtekt, legemsbeskadigelse, grovt ran, medvirkning til grovt ran og mordbrann.<sup>57</sup> Rettspraksis viser med dette at det er et bredt spekter av lovbrudd som *kan* gi grunnlag for forvaring, så lenge lovbruddet er av en viss alvorlighetsgrad. Fellestrekk ved forbrytelsene som etter sin art kan gi grunnlag for forvaring er at det er så kvalifiserte overtredelser av et straffebud at de anses som alvorlig.

### **3.3 Vilkåret om gjentakelsesfare**

#### **3.3.1 Generelt**

Straffeloven § 40 andre ledd fastslår at for lovbrudd som er av alvorlig art må det være en «nærliggende fare for at lovbrøtteren på nytt vil begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd». Ordlyden «nærliggende fare» tilsier at vilkåret må tolkes strengt. Ordlyden forstås som at det må foreligge konkrete holdepunkter for å hevde at lovbrøtteren kommer til å begå nye alvorlige lovbrudd.

---

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 442.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 106.

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

<sup>57</sup> Se for eksempel Rt. 2003 s. 1787, Rt. 2005 s. 941, Rt. 2006 s. 309 Rt. 2007 s. 1056, Rt. 2010 s. 1424, Rt. 2011 s. 1717 og HR-2018-675-A.



For mindre alvorlige lovbrudd må faren for tilbakefall til et nytt alvorlig lovbrudd være «særlig nærliggende» jf. § 40 tredje ledd bokstav c. Ordlyden gir uttrykk for at det skal mer til for å konstatere gjentakelsesfare for mindre alvorlige lovbrudd enn alvorlige lovbrudd.

I forarbeidene fremkommer det at «faren for tilbakefall må være kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell». <sup>58</sup> Uttalelsen er støttet i rettspraksis hvor det er fremholdt at det må være tale om en «reell og kvalifisert» fare for tilbakefall på domstidspunktet. <sup>59</sup> Gjentakelsesfaren skal altså vurderes ut ifra situasjonen på domstidspunktet, ikke situasjonen på handlingstidspunktet. Høyesterett har videre uttalt at terskelen for nærliggende fare ligger lavere for særdeles alvorlige forbrytelser, enn når det er tale om en mindre alvorlig forbrytelse. <sup>60</sup> Dette synes også å være i tråd med alminnelige proporsjonalitetsbetraktninger.

Når det gjelder hvem gjentakelsesfaren må rette seg mot, har Høyesterett fastslått at det ikke kan være til hinder for å idømme forvaring at gjentakelsesfaren bare retter seg mot den fornærmede. <sup>61</sup> Farevurderingen må altså ikke rette seg mot samfunnet som sådan. Det er tilstrekkelig å oppfylle vilkåret dersom én persons liv, helse eller frihet står i fare.

Bestemmelsens fjerde ledd fastsetter hva som skal legges vekt på ved vurderingen av gjentakelsesfaren. Etter første punktum fremkommer det at det skal legges vekt på «det begåtte lovbruddet» sammenholdt særlig med «lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Andre punktum fastslår at ved farevurderingen for lovbrudd av alvorlig art skal det «særlig legges vekt på om lovbryteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd». Ordlyden «skal» tilsier at vurderingen beror på en helhetsvurdering hvor de opplistede momentene plikter å inngå.

Ifølge forarbeidene skal farevurderingen baseres på en «totalvurdering av en rekke ulike faktorer», hvor temaet for vurderingen er «faren for nye alvorlige lovbrudd». Abstrakte fareframkallelser er ikke tilstrekkelig, det er bare faren for en konkret krenkelse av andres liv, helse eller frihet som gir grunnlag for forvaring. <sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 443.

<sup>59</sup> Se for eksempel Rt. 2014 s. 495 avsnitt 27 og Rt. 2011 s. 1717 avsnitt 15.

<sup>60</sup> Se Rt. 2014 s. 951 avsnitt 14, med henvisning til Rt. 2002 s. 1677 på s. 1681.

<sup>61</sup> Rt. 2005 s. 289 avsnitt 20.

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 107.

### **3.3.2 Det begåtte lovbruddet**

Det første momentet som skal inngå i farevurderingen er «det begåtte lovbruddet», jf. § 40 fjerde ledd første punktum. Ordlyden «det skal legges vekt på det begåtte lovbruddet» angir at omstendigheter ved lovbruddet er helt sentralt for farevurderingen. Forarbeidene støtter denne forståelsen, hvor det uttales at det er lovbruddet domfellelsen gjelder som danner grunnlaget for selve utgangspunktet for farevurderingen.<sup>63</sup> Det fremholdes at forbrytelsens art og omfang kan gi holdepunkter for sannsynligheten for at noe lignende skjer igjen. Det vil være lettere å konstatere gjentakelsesfare ved sammenhengende lovbrudd eller flere handlinger som pådømmes samtidig, enn der lovbruddet fremstår som en enkeltstående impulshandling.<sup>64</sup>

Høyesterett har uttalt at farevurderingen under enhver omstendighet vil måtte ta sitt utgangspunkt i det aktuelle lovbruddet.<sup>65</sup> Uttalelsen gir uttrykk for at lovbruddet er det helt sentrale i vurderingen. Høyesterett har også konkludert med at måten lovbruddet er gjennomført på og hensikten med lovbruddet i seg selv kan gi grunnlag for at det foreligger gjentakelsesfare.<sup>66</sup> Momenter ved lovbruddet som har vist seg å ha betydning i rettspraksis er for eksempel lovbrysterens motivasjon, planleggingen av lovbruddet, gjennomføringsevnen, om tiltalte hadde muligheter til å avstå fra lovbruddet, samt hvilke tanker og følelser tiltalte hadde om et eventuelt offers lidelse.<sup>67</sup> Dette er forhold som kan være en indikasjon på at lovbrysteren igjen vil forsøke å begå et lovbrudd, for eksempel dersom lovbrysteren hadde sterk motivasjon som enda ikke er realisert.

Ved at det aktuelle lovbruddet inngår som et moment i farevurdering knesettes de hensyn forvaring skal ivareta. Behovet for samfunnsvern vil aktualisere seg særlig ved sammenhengende eller planlagte lovbrudd, da gjerningspersonen har utvist seg farlig over lengre tid. Dersom lovbruddet fremstår som en impulshandling vil det på den annen side ikke være et like trengende behov for forvaring.

### **3.3.3 Lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne**

Det andre momentet som etter § 40 fjerde ledd første punktum skal inngå i farevurderingen er «lovbrysterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Ordlyden angir en vurdering av

---

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 107.

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 107.

<sup>65</sup> Rt 2002 s. 1667 på s. 1681.

<sup>66</sup> Rt. 2005 s. 289 avsnitt 22.

<sup>67</sup> Se for eksempel Rt. 2005 s. 289 og HR-2017-290-A.

lovbryteren som person. Ordlyden «sammenholdt særlig» indikerer at de forhold ved lovbruddet som er oppregnet i loven ikke er uttømmende, men at det beror på en helhetsvurdering hvor momentene er sentrale.<sup>68</sup>

Med begrepet «lovbryterens atferd» siktes det i forarbeidene til atferd både før og etter lovbruddet. Atferden og utviklingen i perioden fra lovbruddet til domstiden vil kunne ha betydning for vurderingen. Det uttales at dersom lovbrøtteren tidligere har vist aggressiv atferd er grunnlaget for å forutsi gjentakelsesfare større enn der lovbruddet er gjerningspersonens første volds- eller voldspregete handling. Det kan imidlertid ikke utelukkes at farlighet kan konstateres dersom det er lovbrøtterens første lovbrudd.<sup>69</sup>

Om «sosiale og personlige funksjonsevne» uttales det i forarbeidene at «prognosen for lovbrøtterens sosiale situasjon» må vurderes. Det trekkes frem at eventuelle utsikter til endringer i tilstanden må tas i betraktning.<sup>70</sup> Forhold som inngår i vurderingen kan være miljøtilhørighet, forhold til alkohol og narkotika og seksualitet. Vurderingen skal baseres på opplysninger fra personundersøkelse eller rettspsykiatrisk undersøkelse.<sup>71</sup>

I Høyesteretts praksis er det ved farevurderingen gjennomgående lagt vekt på blant annet lovbrøtterens psykiske diagnoser, personlighetsforstyrrelser, sosiale og emosjonelle tilpasning, opptreden og atferd under varetektsfengsling og bruk av rus.<sup>72</sup> Dette er forhold som har talt for forvaringsstraff. Høyesterett har videre uttrykt at det vanskelig kan legges særlig vekt på en mulig positiv utvikling de siste månedene dersom forhistorien taler for forvaring.<sup>73</sup> Lav alder ved lovbrøtteren har heller ikke vært til hinder for å konstatere fare.<sup>74</sup>

### **3.3.4 Tidligere begåtte lovbrudd eller forsøk på lovbrudd**

Det siste momentet i farevurderingen følger av § 40 fjerde ledd andre punktum hvor det fremgår at det for alvorlige lovbrudd skal «særlig legges vekt på» om lovbrøtteren «tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd». Ordlyden tilsier

---

<sup>68</sup> Magnus Matningsdal, *Norsk lovkommentar: Straffeloven § 40*, note 283, Rettsdata.no (lest 10. november 2020).

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 107-108.

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 108 og 111.

<sup>71</sup> Magnus Matningsdal, *Norsk lovkommentar: Straffeloven § 40*, note 286, Rettsdata.no (lest 2. oktober 2020).

<sup>72</sup> Se Rt. 2005 s. 289, Rt. 2014 s. 951, HR-2017-290-A og HR-2019-832-A.

<sup>73</sup> HR-2019-832-A avsnitt 53 med henvisning til HR-2018-2339-A avsnitt 41.

<sup>74</sup> Se HR-2017-290-A og HR-2019-832-A. Begge sakene omhandler mindreårige lovbrøttere.

at det skal legges stor vekt på om lovbrysteren har utvist gjentagende alvorlig kriminalitet. Forsøk på alvorlig kriminalitet omfattes også av ordlyden.

Etter forarbeidene betyr «tidligere» forut for det forholdet som tiltalen nå omfatter. Det tidligere lovbruddet eller forsøket på lovbrudd må også ha framkalt en konkret fare. Forarbeidene fastslår videre at det ikke er et vilkår at det er ilagt en strafferettslig reaksjon for det tidligere lovbruddet.<sup>75</sup> Høyesterett har lagt til grunn den samme forståelsen i sin praksis. I 2004 uttalte Høyesterett at det ikke er noe krav om at domfelte er ilagt strafferettslig reaksjon for tidligere begått alvorlig forbrytelse, «men kravet til bevis for en slik forgåelse vil i praksis være den samme ved bevis som skyldspørsmålet [...] Påtalemyndigheten må følgelig forberede forvaringssaken med sikte på en bevisførsel som ved avgjørelsen av skyldspørsmålet».<sup>76</sup> Det fremgår imidlertid av rettspraksis at man skal være tilbakeholden med å idømme forvaring dersom lovbrysteren «ikke har fått den korreksjonen som ligger i en tidligere sonet straff».<sup>77</sup> Dette momentet er særlig tillagt vekt som et argument mot forvaring ved unge lovbrystere.<sup>78</sup> Høyesterett har lagt til grunn at det med korreksjon menes tidligere sonet fengselsstraffer. Lovbrudd som er sanksjonert på en annen måte enn ved straff regnes ikke som korreksjon. Dette gjelder for eksempel plassering i barnevernsinstitusjon etter kriminalitetsvilkåret i bvl. § 4-24.<sup>79</sup>

### **3.4 Vilkåret om at fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig**

Grunnvilkåret for å idømme forvaring er at «fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet». Ordlyden «tilstrekkelig» tilsier at ordinær fengselsstraff ikke er nok for å ivareta samfunnsvernet og ufarliggjøre lovbrysteren.<sup>80</sup>

Forarbeidene omtaler vilkåret som fellesvilkåret.<sup>81</sup> Etter forarbeidene skal forvaring bare idømmes når retten «antar at en fengselsstraff ikke vil gi god nok beskyttelse mot nye forbrytelser».<sup>82</sup> Det er forutsatt i rettspraksis at «forvaring ikke kan begrunnes i hensynet til

---

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

<sup>76</sup> Rt. 2004 s. 209 avsnitt 14.

<sup>77</sup> HR-2017-290-A avsnitt 79, jf. Rt. 2007 s. 791 og Rt. 2014 s. 495.

<sup>78</sup> HR-2017-290-A avsnitt 79.

<sup>79</sup> Rt. 2014 s. 495, se særlig avsnitt 39.

<sup>80</sup> Drake (2019) s. 307.

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 442.

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 277.

domfelte selv, det er utelukkende behovet for samfunnsvern som kan danne grunnlag for forvaringsstraff».<sup>83</sup> Det er altså hensynet til liv, helse og frihet som begrunner forvaringen.

Høyesterett har fastslått at ved vurderingen av om ordinær fengselsstraff er tilstrekkelig for å verne samfunnet «skal det forutsettes at hele fengselsstraffen sones, og altså ikke ta hensyn til mulig prøveløslatelse».<sup>84</sup> Det skal altså foretas en fremtidsrettet vurdering av den faren som eventuelt foreligger når lovbrøteren løslates fra tidsbestemt fengselsstraff. Høyesterett har uttalt at «jo lenger den alternative tidsbestemte straff er, jo vanskeligere vil bedømmelsen være, og desto høyere må terskelen for å idømme forvaring bli».<sup>85</sup> Dette kan imidlertid medføre et paradoks som innebærer at det lettere kan pådømmes forvaring ved lavere alternative straffer ved for eksempel forsøkshandlinger.

Ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt viser rettspraksis at det må gjøres en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Praksis viser at Høyesterett tar utgangspunkt i de samme momentene som ved vurderingen av gjentakelsesfaren.<sup>86</sup> Rettspraksis viser altså at det skal legges vekt på forhold ved lovbrøteren som tilsier at det også foreligger en fremtidsrettet fare for samfunnsvernet ved løslatelse fra ordinær fengselsstraff. Ved den fremtidsrettede vurdering har Høyesterett blant annet tillagt høy alder ved endt soning eller lav alder på gjerningstidspunktet som momenter av betydning for at tidsbestemt fengselsstraff er tilstrekkelig.<sup>87</sup> Vurderingen skal i tillegg bero på om det finnes andre muligheter for å ivareta samfunnsvernet.<sup>88</sup> Dersom samfunnsvernet kan oppnås på en mindre inngripende måte er vilkåret for forvaring ikke oppfylt. Alternativer Høyesterett har trukket frem er for eksempel tiltak etter barnevernloven eller tvungent psykisk helsevern.<sup>89</sup>

Vilkåret ivaretar formålet med forvaring, nettopp å beskytte samfunnet mot ny alvorlig kriminalitet. Dersom de øvrige vilkårene for forvaring er oppfylt er det hensynet til samfunnsvernet som i stor grad vil avgjøre spørsmålet om å idømme forvaringsstraff.

---

<sup>83</sup> HR-2020-1218-A avsnitt 54.

<sup>84</sup> HR-2017-290-A avsnitt 66, jf. Rt. 2007 s. 791.

<sup>85</sup> Rt. 2007 s. 187 avsnitt 23.

<sup>86</sup> Se blant annet Rt. 2007 s. 187, Rt. 2008 s. 1403 og HR-2020-1218-A.

<sup>87</sup> Rt. 2005 s. 284.

<sup>88</sup> HR-2019-832-A avsnitt 70.

<sup>89</sup> Se HR-2017-290-A og HR-2019-832-A.

## **3.5 Særvilkåret for å idømme forvaring overfor barn**

### **3.5.1 Alderskravet**

Særvilkåret om at det må foreligge helt ekstraordinære omstendigheter kommer bare til anvendelse dersom alderskravet er oppfylt. Vilket er formulert som et krav om at «siktete [er] under 18 år». Ordlyden «siktete» gir ingen faste holdepunkter for å konstatere hvilket tidspunkt i straffesaken det er alderen skal knytte seg til. Forarbeidene uttrykker at vilkåret gjelder lovbrøtere «som var mindreårige på handlingstidspunktet».<sup>90</sup> Dette trekker i retning av at lovgiver har ment at det er alderen på tidspunktet da den straffbare handlingen fant sted som skal legges til grunn.

Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at vilkåret gjelder overfor lovbrøtere som var under 18 år på «gjerningstidspunktet».<sup>91</sup> Reelle hensyn og systembetraktninger tilsier også at det er dette tidspunktet som skal legges til grunn. Siktelsestidspunktet eller domstidspunktet vil kunne påvirkes av ytre faktorer og dermed gi tilfeldig utslag med virkninger for den domfelte. Det vil dermed være lite rimelig dersom det var disse tidspunktene som skulle være styrende for om vilkåret kom til anvendelse. En handling som ble begått bare kort tid før gjerningspersonen fylte 18 år, ville da kunne risikere å bli dømt strengere dersom saksbehandlingen eller ankebehandlingen tok lang tid. Dette harmonerer også med de øvrige aldersvilkår i straffeloven om at det er handlingstidspunktet som er gjeldende.<sup>92</sup>

### **3.5.2 Vilket om «helt ekstraordinære omstendigheter»**

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «helt ekstraordinære omstendigheter» tilsier at forvaring bare helt unntaksvis kan idømmes mindreårige lovbrøtere. Vilket er et unntak fra utgangspunktet om at forvaring som hovedregel ikke skal idømmes barn. At det må foreligge noe «helt ekstraordinært» indikerer at selv om de øvrige vilkårene for forvaring er oppfylt må det noe mer til for å idømme forvaring overfor et barn enn overfor voksne lovbrøtere.

Forarbeidene viser at forvaring av barn har vært et omdiskutert tema. I NOU 2008:15 foreslo utvalget at «forvaring ikke bør kunne benyttes for handlinger begått før gjerningspersonen har fylt 18 år».<sup>93</sup> Utvalget begrunnet sitt syn i at belastningen ved en tidsbestemt straff vil være

---

<sup>90</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 167.

<sup>91</sup> HR-2017-290-A avsnitt 71 og HR-2019-832-A avsnitt 79.

<sup>92</sup> Se f.eks. strl. §§ 33, 52 a og 78 bokstav i.

<sup>93</sup> NOU 2008:15 s. 147-148.

«svært uheldig» for barn, og at samfunnsvernet vil kunne ivaretas tilstrekkelig ved bruk av ubetinget fengsel.<sup>94</sup> Utvalgets syn ble drøftet av departementet i Prop. 135 L. Departementet var av den oppfatning at forvaring «tilnærmet aldri» bør benyttes overfor barn, men ønsket imidlertid ikke å stenge adgangen til bruk av forvaring overfor barn. Dette ble begrunnet i at det «helt unntaksvis kan oppstå helt ekstraordinære tilfeller hvor forvaring vil være riktig reaksjon». Det ble fastslått at «adgangen bør imidlertid gjøres meget snever», noe som begrunnet forslaget om vilkåret med formuleringen helt ekstraordinære omstendigheter.<sup>95</sup> Stortingets justiskomite støttet departementets syn, og lovforslaget fikk tilslutning av komiteen.<sup>96</sup>

Forarbeidene legger altså opp til at terskelen for å idømme et barn forvaring er høy. Utenom at forvaring tilnærmet aldri bør benyttes overfor barn, bidrar ikke forarbeidene til en ytterlig veiledning når det gjelder grensdragningen mellom ordinær fengselsstraff og forvaring. Det gis ingen føringer for hvilke omstendigheter som kan anses som «ekstraordinære» eller hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen.

Høyesterett har ved to anledninger kommet til at vilkåret for å idømme et barn forvaring var oppfylt.<sup>97</sup> I sakene sluttet Høyesterett seg til uttalelsene i forarbeidene om at forvaringsstraff tilnærmet aldri skal benyttes overfor barn.<sup>98</sup> Forvaring fremstår dermed som et snevert unntakstilfelle.

I Vollen-saken så førstvoterende hen til de hensyn som var knesatt i Grunnloven og barnekonvensjonen, og oppstilte spørsmålet om vilkårene for forvaring «likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».<sup>99</sup> Ved å oppstille dette spørsmålet legger Høyesterett opp til at vurderingen beror på om hensynet til barnets beste har så stor gjennomslagskraft at hensynet til samsfunnvernet må vike. Dette ble videreført i Vulkan-saken hvor retten uttalte at «det kreves meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved en alternativ fengselsstraff».

---

<sup>94</sup> NOU 2008:15 s. 147-148.

<sup>95</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

<sup>96</sup> Innst. 83 L (2011-2012) s. 4.

<sup>97</sup> HR-2017-290-A (Vollen) og HR-2019-832-A (Vulkan).

<sup>98</sup> HR-2017-290-A avsnitt 73 og HR-2019-832-A avsnitt 78.

<sup>99</sup> HR-2017-290-A avsnitt 73.

I begge rettsavgjørelsene har vurderingen av om vilkåret er oppfylt blitt oppstilt som en helhetsvurdering der de samme vurderingene som etter de ordinære vilkårene for forvaring inngår. I tillegg har lovbrysterens unge alder blitt ansett som et «meget tungt argument» for ikke å idømme lovbrysteren forvaring.<sup>100</sup> I Vollen-saken uttalte Høyesterett at «det overlagte drapet, sammenholdt med antallet alvorlige voldshandlinger fra As side både før og etter drapshandlingen, hennes meget alvorlige psykiske tilstand og spesielle motivasjon for sin alvorlige atferd, gjør at jeg mener det her foreligger helt ekstraordinære omstendigheter».<sup>101</sup> I Vulkan-saken konkluderte førstvoterende med at lovbrysterens «handlinger, atferdsmønster og sosiale og personlig funksjonsevne må etter mitt skjønn karakteriseres som ‘helt ekstraordinære’».<sup>102</sup>

Forholdene Høyesterett mener taler for at særvilkåret er oppfylt er altså de samme forholdene som gjør at de ordinære vilkårene for forvaring er oppfylt. I helhetsvurderingen legges det vekt på vilkårene som allerede er vurdert, og det fremkommer ikke eksplisitt *hva* som er ekstraordinært i det enkelte tilfelle. Dette indikerer at domstolen etter en helhetsvurdering kan fastslå at det foreligger noe helt ekstraordinært på bakgrunn av ett eller flere av de ordinære vilkårene. I juridisk teori er dette beskrevet som at vilkåret ikke har noen selvstendig betydning som et objektivt straffeutmålingsvilkår for barn, men at vilkåret *kvalifiserer* hvordan de generelle, objektive vilkårene skal forstås.<sup>103</sup> I helhetsvurderingen legges det først og fremst vekt på de samme momentene som for vilkåret om gjentakelsesfare.<sup>104</sup> Subjektive forhold ved gjerningspersonen er derfor sentralt ved avgjørelsen av om vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» er oppfylt.

Høyesteretts konklusjoner gir uttrykk for at dersom hensynet til samfunnsvernet etter en skjønnsmessig helhetsvurdering er så tungtveiende vil hensynet til barnets beste måtte ivaretas på en annen måte enn ved at barnet gis frihet. Det er i rettspraksis imidlertid fastslått at «terskelen for bruk av forvaring er [...] hevet når det gjelder barn», og det må ikke være «noe realistisk mulighet» for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring.<sup>105</sup> Begge de to rettsavgjørelsene omhandler nokså spesielle tilfeller som er konkret

---

<sup>100</sup> HR-2017-290-A avsnitt 77.

<sup>101</sup> HR-2017-290-A avsnitt 80.

<sup>102</sup> HR-2019-832-A avsnitt 83.

<sup>103</sup> Drake (2019) s. 297.

<sup>104</sup> Se punkt 3.3 for gjennomgang av vilkåret om gjentakelsesfare. Subjektive forhold ved gjerningspersonen er et sentralt moment i vurderingen av gjentakelsesfare.

<sup>105</sup> HR-2019-832-A avsnitt 79.



begrunnet, og begge sakene kan dermed sies å være av begrenset betydning for senere saker.<sup>106</sup> Dommene markerer likevel at terskelen for at vilkåret er oppfylt er høy, men at det beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle hvor hensynet til samfunnsvernet kontra barnets beste står sentralt. Sakene viser at aldersmomentet og barneperspektivet ikke vil være avgjørende så lenge de objektive forholdene er alvorlige nok. I Vollen-saken var lovbrysteren nettopp fylt 15 år på tidspunktet for lovbruddet, noe som viser at svært ung alder ikke sperrer for ileggelsen av forvaring.

### **3.5.3 Domfeltes alder på domstidspunktet som moment i vurderingen**

I Vulkan-saken vektla Høyesterett at tiltalte hadde fylt 18 år på tidspunktet dommen ble avsagt. Høyesterett uttalte at «slik sett er det altså i saken her ikke et *barn* som i tilfelle idømmes forvaring. Selv om særvilkåret kommer til anvendelse fordi A på gjerningstiden var 17 år og tre måneder, får de hensyn vilkåret hviler på etter mitt syn noe mindre vekt når lovbrysteren på domstidspunktet godt og vel har passert 18-årsdagen.» Uttalelsen forstås som at Høyesterett hevder at det er rom for å vurdere særvilkåret som mindre strengt dersom tiltalte er over 18 år på domstidspunktet.

Domstidspunktet er imidlertid tilfeldig og beror på eksterne faktorer som saksbehandlingstid hos politiet og domstolenes beramning av saken. I den aktuelle saken var det gått omtrent ett år og åtte måneder fra lovbruddet til Høyesterett avsa dom i saken, med andre ord ganske lang tid. I teorien har Holmboe tatt til orde for at det at en sak reiser så prinsipielle spørsmål at den blir behandlet i tre instanser, bør ikke komme den domfelte til skade. Han hevder at en slik vektlegging av domstidspunktet passer dårlig med at den tiltalte har rett til å anke, noe som også vil kunne medføre at påtalemyndigheten får et bedre utgangspunkt for å argumentere for forvaring i ankeinstansen kun fordi den domfelte har blitt eldre.<sup>107</sup> Dette synspunktet er også i tråd med systembetraktninger i straffeloven, da strl. § 78 bokstav e fastslår at lang saksbehandlingstid skal tas i betraktning som en formildende omstendighet.

---

<sup>106</sup> I HR-2019-832-A avsnitt 80 bemerket Høyesterett at HR-2017-290-A hadde begrenset overføringsverdi til saken fordi dommen var så konkret begrunnet.

<sup>107</sup> Holmboe (2020) s. 244-245.

### 3.6 Forvaring er en «kan»-regel

Straffeloven § 40 første ledd første punktum fastslår at «når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig [...] kan forvaring i anstalt under kriminalomsorgen idømmes». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «kan forvaring idømmes» tilsier at det er opp til domstolens skjønn å vurdere om forvaring skal ilegges dersom vilkårene er oppfylt.

Høyesterett har i rettspraksis fastsatt at spørsmålet av om forvaring skal ilegges er en «kan-vurdering».<sup>108</sup> Retten har uttalt at dersom det først er klart at vilkårene for forvaring er oppfylt «må det foreligge spesielle omstendigheter hvis forvaring likevel ikke skal idømmes».<sup>109</sup>

Høyesterett behandlet i Rt. 2002 s. 1677 en sak om forvaring av en lovbrøyer som var like under 18 år på gjerningstidspunktet. Førstvoterende uttalte i et *obiter dictum* at «I de fleste tilfeller der vilkårene ellers er til stede, vil det neppe være grunnlag for å unnlate å idømme forvaring etter et slikt «kan»-skjønn. Men særlig når den konkrete rettsanvendelsen skaper tvil, og det dreier seg om en så ung lovbrøyer, kunne en slik skjønnsmessig vurdering likevel ha en realitetsbetydning». Uttalelsen forstås som at dersom det etter gjennomgangen av vilkårene er tvil om forvaring skal ilegges, kombinert med at lovbrøyeren er ung, vil retten ha en større skjønnsmessig adgang til å idømme en annen straffereaksjon. Siden momentet om ung alder i dag inngår i en egen skjønnsmessig vurdering etter strl. § 40 første ledd andre punktum kan rettens *obiter dictum* sies å ha mindre betydning i dag.

Dersom domstolene skulle hatt en vid skjønnsmessig adgang til å vurdere om forvaring skal ilegges i hvert enkelte tilfelle ville det rokket ved viktige rettssikkerhetsgarantier. Hensynet til rettferdighet og likhet for loven vil i liten grad bli ivaretatt dersom forvaringsadgangen i stor utstrekning beror på rettens subjektive vurderinger. Det vil da være opp til domstolen å ivareta likebehandling, noe som kan fremstå som problematisk. Domstolen vil på den annen side være avhengig av å anvende skjønn siden reaksjonen skal tilpasses den enkelte lovbrøyer så langt det lar seg gjøre for at straffen skal virke etter sin hensikt. Uttalelsene i rettspraksis taler imidlertid for at domstolene likevel skal utvise forsiktighet med å anvende en stor grad av skjønn der vilkårene for forvaring klart er oppfylt.

---

<sup>108</sup> Se blant annet Rt. 2002 s. 1667, Rt. 2002 s. 1673 og HR-2017-290-A.

<sup>109</sup> Rt. 2002 s. 1667 på s. 1671.

## 4 Menneskerettslige forpliktelser som aktualiserer seg ved forvaring av barn

### 4.1 Menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Grunnloven er formelt den høyeste rettskilden i norsk rett og gir uttrykk for en rekke sentrale menneskerettigheter. Det følger av Grl. § 92 at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Ordlyden «respektere og sikre» oppstiller en dobbelt gjennomføringsplikt for staten.<sup>110</sup> Menneskerettighetene skal tas i betraktning og følges, men staten skal også aktivt sikre de ved positive tiltak.

Grunnloven § 92 innebærer en plikt til å sikre menneskerettighetene i både Grunnloven og Norges bindende traktater. Gjennom menneskerettsloven § 2 er fem internasjonale konvensjoner gitt status som norsk lov, herunder EMK, BK og SP. Konvensjonene er gitt en særlig stilling i norsk rett, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mrl. § 3. Dette gjelder likevel ikke overfor Grunnlovens bestemmelser i kraft av lex-superiorprinsippet.

Ved grunnlovsreformen i 2014 ble en rekke sentrale menneskerettigheter nedfelt og sikret på grunnlovsnivå. De fleste grunnlovsbestemmelsene har paralleller til internasjonale konvensjonsbestemmelser. Tolkningen av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene utgjør dermed tungtveiende faktorer ved tolkningen av rettighetsvernet i Grunnloven.<sup>111</sup>

Det er et alminnelig folkerettslig prinsipp at nasjonal lovgivning ikke kan brukes som begrunnelse for ikke å oppfylle en traktatforpliktelse. Uansett hvilke rettigheter Grunnloven inneholder vil dermed den folkerettslige forpliktelsen til å oppfylle rettighetene slik de kommer til uttrykk i konvensjonene bestå. Samtidig skal ikke konvensjonene benyttes som et argument for å svekke de rettighetene som følger av nasjonal lovgivning. Dette innebærer at konvensjonene ikke kan benyttes som argument for å tolke rettigheter i Grunnloven snevrere

---

<sup>110</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018, s. 58.

<sup>111</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 87.

enn man ellers ville gjort. De internasjonale menneskerettighetskonvensjonene utgjør dermed et minimumsvern.<sup>112</sup>

Den videre fremstillingen vil ta for seg sentrale rettigheter som fremkommer i Grunnloven og konvensjonene. Der det foreligger et grunnlovsvern vil først grunnlovsbestemmelsen introduseres, før de sammenfallende konvensjonsbestemmelsene trekkes inn.

## 4.2 Hensynet til barnets beste

Grunnloven § 104 andre ledd fastslår at «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsens ordlyd fremstår som en plikt til å ta hensynet til barnets beste i betraktning dersom et barn blir påvirket av en handling eller en avgjørelse. Formuleringen «grunnleggende hensyn» tilsier at hensynet skal være fundamentalt og tillegges stor vekt i avgjørelser som omhandler barn.

Ordlyden i Grl. § 104 ligger tett opp til formuleringen i barnekonvensjonen artikkel 3 hvor det fremkommer at «In all actions concerning children [...] the best interest of the children shall be a primary consideration». Menneskerettsutvalget har i forarbeidene til Grunnloven fremhevet at den like formuleringen gjør at praksis relatert til barnekonvensjonen vil være nyttige bidrag til fortolkningen av bestemmelsen.<sup>113</sup>

Begrepet «barnets beste» er generelt utformet og fremstår som vagt. Ifølge barnekomiteen er barnets beste et «dynamisk konsept» som krever en spesifikk vurdering i den aktuelle konteksten.<sup>114</sup> At begrepet er dynamisk innebærer at innholdet i prinsippet endrer seg i tråd med samfunnet, men også at det varierer i hver enkelt situasjon. Dette bidrar til at det er det enkelte barnets ønsker og behov som skal legges til grunn i vurderingen, ikke hva som generelt er til det beste for alle barn.

FNs barnekomité har identifisert prinsippet om barnets beste som ett av fire generelle prinsipper i barnekonvensjonen.<sup>115</sup> Ifølge barnekomiteen er barnets beste et «tredeledd konsept». Det er for det første en *selvstendig rettighet* som kan påberopes direkte for domstolene. For

---

<sup>112</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 87.

<sup>113</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

<sup>114</sup> FNs barnekomité, General comment No. 14 (2013) avsnitt 1.

<sup>115</sup> Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 55 og FNs barnekomité, General comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

det andre er barnets beste et *juridisk tolkningsprinsipp* som innebærer at ved tolkning av konvensjonen og andre rettslige normer skal den tolkningen som best ivaretar hensynet til barnets beste velges. For det tredje er barnets beste en *saksbehandlingsregel*. Alle beslutninger som berører barn må dermed vise at barnets interesser er identifisert og avveid mot andre rettigheter.<sup>116</sup>

Hensynet til barnets beste skal nødvendigvis ikke være det overordnede hensynet i alle tilfeller. Andre parter kan også ha like viktige eller viktigere interesser, noe som særlig kan vise seg på strafferettens område. Hensynet burde imidlertid være et hovedhensyn.<sup>117</sup>

Barnekomiteen understreker at dersom det ikke er mulig å harmonisere hensynet med andre hensyn, skal prinsippet gis høy prioritet. Dersom andre hensyn skal gå foran må det foretas en konkret vurdering av hvor sterkt andre hensyn vil gripe inn i hensynet til barnets beste, og hvor sterke de motstridende interessene er.<sup>118</sup> Høyesterett har i sin praksis sluttet seg til barnekomiteens forståelse av vektlegging av prinsippet.<sup>119</sup>

### **4.3 Barns rett til utvikling**

Det følger av Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum at staten skal legge forholdene til rette for «barnets utvikling». Bestemmelsen bygger på BK art. 6 nr. 2 som fastslår at konvensjonspartene «shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child». Ordlyden «skal» understreker rettighetens betydning.

Bestemmelsen er vagt formulert, men ordlyden «to the maximum extent possible» gir uttrykk for at staten skal gjøre sitt ytterste for å legge forholdene til rette for barns utvikling.<sup>120</sup>

Barnekomiteen har lagt til grunn at barns rett til utvikling er en av konvensjonens fire generelle prinsipper. Komiteen har uttalt at statene må tolke ordet utvikling «in its broadest sense as a holistic concept, embracing the child's physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development». Videre må statene ha som siktemål å oppnå optimal

---

<sup>116</sup> FNs barnekomité, General comment No. 14 (2013) avsnitt 6.

<sup>117</sup> Haugli (2020) s. 61.

<sup>118</sup> Haugli (2020) s. 61 og FNs barnekomité, General comment No. 14 (2013) avsnitt 36-40.

<sup>119</sup> Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65 og Rt. 2015 s. 155 avsnitt 47-48.

<sup>120</sup> Elin Saga Kjørholt, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 85.

utvikling for alle barn.<sup>121</sup> Retten til utvikling fremstår altså som en omfattende rettighet som tar sikte på barnets særlige behov for beskyttelse.

Ved fengsling av barn oppstiller BK art. 37 bokstav c at barn har rett til å bli behandlet «with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age». Bestemmelsen må ses i sammenheng med art. 40 nr. 1 som fastsetter at barn som er funnet skyldig i å begå en kriminell handling har rett til å bli behandlet på en måte som «takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society». Dette er også i tråd med SP art. 10 nr. 3 som stadfester at unge lovbrytere skal gis en behandling som er avpasset deres alder og rettsstilling. Ved fengsling eller forvaring av barn skal det altså søkes å fremme barnets optimale utvikling og re-integrering i samfunnet.

## **4.4 Særskilte rettigheter ved frihetsberøvelse**

### **4.4.1 Forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende straff**

Etter Grunnloven § 93 følger det at «ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Grunnloven § 93 har tilnærmet lik ordlyd som EMK artikkel 3 som hjemler at «no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment». Etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a følger det et særskilt vern for barn, hvor det fastslås at «no child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment». Bestemmelsene oppstiller absolutte forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Forbudet kan ikke fravikes og har ingen unntak. Dersom et forhold først anses å falle inn under bestemmelsene medfører det et brudd på rettigheten.

I forarbeidene til Grunnloven fremkommer det at EMDs praksis viser at torturbegrepet er reservert for de alvorligste overgrepene hvor man forsettlig behandler andre umenneskelig eller dersom behandlingen forårsaker svært alvorlig lidelse.<sup>122</sup> Mindre alvorlige overgrep vil kunne omfattes av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

---

<sup>121</sup> FNs barnekomité, General comment No. 5 (2003) avsnitt 12.

<sup>122</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 108 med henvisning til *Case of Aksoy v. Turkey* [J] 1996, no. 21987/93.

Dette kan for eksempel være at forholdene under frihetsberøvelse er så dårlige eller ikke i tilstrekkelig grad tilpasset for barns utvikling at EMK artikkel 3 anses krenket.<sup>123</sup>

EMD skiller ikke mellom hva som skal betegnes som umenneskelig og nedverdiggende behandling. For at behandling skal betegnes som umenneskelig eller nedverdiggende har EMD uttalt at behandlingen «must attain a minimum level of severity», og at dette beror på en konkret vurdering.<sup>124</sup> EMD har oppstilt at «[...] it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim». Etter EMDs praksis har behandling blitt ansett som umenneskelig eller nedverdiggende blant annet dersom det har ført til kroppslige skader eller fremkalt en følelse av frykt, angst eller mindreverd.<sup>125</sup> Ved straffegjennomføring i anstalter kan selve straffen fremstå som umenneskelig eller nedverdiggende, og behandlingen under selve anstaltoppholdet kan også være å anse som brudd på torturforbudet i EMK art. 3.

#### **4.4.2 Forbudet mot livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse**

Barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a stadfester at ingen barn skal idømmes «life imprisonment without possibility of release». Ordlyden tilsier at all livsvarig fengsling av barn er forbudt, med mindre det er fremtidig mulighet for løslatelse.

Barnekomiteen har uttalt at forbudet mot livsvarig fengsel innebærer at det må foreligge en realistisk mulighet til å bli løslatt, og at denne muligheten må prøves med jevne mellomrom.<sup>126</sup> Det kan dermed spørres om løslatelsesmuligheten ved forvaring er tilstrekkelig til å oppfylle denne konvensjonsbestemmelsen.

### **4.5 Retten til frihet**

#### **4.5.1 Rettslig grunnlag for retten til frihet**

Retten til frihet er en sentral menneskerettighet, og utgangspunktet er at enhver person har rett til personlig frihet. I norsk rett kommer den personlige frihetsretten til uttrykk i GrL. § 94 første ledd første punktum hvor det fremgår at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver». Det følger av

---

<sup>123</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 108.

<sup>124</sup> *Case of V. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24888/94, avsnitt 70.

<sup>125</sup> *Case of V. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24888/94, avsnitt 71.

<sup>126</sup> FNs barnekomité, General comment No. 10 (2007) avsnitt 77.

bestemmelsens ordlyd at frihet kan berøves i de tilfeller hvor det er hjemmel for frihetsberøvelse i lov. Av EMK artikkel 5 nr. 1 følger det at «Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law». Bestemmelsen gir uttrykk for en positivt forankret rettighet. Til tross for at retten til frihet er grunnleggende, oppstilles det i Grunnloven eller EMK ikke et totalforbud mot inngrep i den personlige frihetsretten. Dette er helt fundamentalt for å ivareta det moderne samfunns behov for inngrep som fengselsstraff og varetekt.<sup>127</sup>

Ved inngrep i retten til frihet fastslår Grl. § 94 første ledd andre punktum at frihetsberøvelse må være «nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Ordlyden tilsier at frihetsberøvelse ikke skal være vilkårlig, og at staten alltid må gripe inn med det minst inngripende tiltaket. I forarbeidene til Grunnloven fremkommer det at det skal være forholdsmessighet mellom mål og middel, samtidig som det heller ikke kan foreligge noen form for myndighetsmisbruk.<sup>128</sup>

I EMK art. 5 nr. 1 bokstav a-f angis det en oppramsende uttømming av de situasjoner hvor frihetsberøvelse kan finne sted. Bestemmelsen oppstiller absolutte skranker for de tilfeller myndighetene kan gripe inn i retten til frihet. Dersom frihetsberøvelsen skal være lovlig, må den ha skjedd i samsvar med et av de uttømmende grunnlagene. At frihetsberøvelse må være «lovlig» innebærer at den må være i samsvar med nasjonal rett og de prinsipper konvensjonen bygger på.<sup>129</sup> Etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav a tillates «lawful detention of a person after conviction by a competent court». Domstolenes ileggelse av frihetsberøvende straffereaksjoner som forvaring og fengsling omfattes således av bestemmelsens ordlyd.

Ved frihetsberøvelse av barn oppstiller BK art. 37 bokstav b at:

«No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.»

---

<sup>127</sup> Aall (2018) s. 358.

<sup>128</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 116.

<sup>129</sup> Prop.108 L (2011-2012) s. 16.



Bestemmelsen angir at fengsling av barn bare skal skje som siste utvei, og ikke vare lengre enn absolutt nødvendig. Dette innebærer at det må gjøres en interesseavveining mellom statens behov for myndighetsutøvelse og barnets rettigheter.

Barnekonvensjonen art. 37 må tolkes i lys av Beijing-reglene<sup>130</sup> som oppstiller FNs minstestandard ved håndtering av ungdomskriminelle. Av Beijing-reglene art. 17 nr. 1 bokstav c følger det at:

«Deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response.»

Dette må forstås som at frihetsberøvelse av barn bare skal brukes ved særlig alvorlige forbrytelser. Sett i sammenheng med BK art. 40 som oppstiller barns rett til særskilt behandling ved lovbrudd, kreves det at myndighetene må sørge for at det ikke eksisterer noen passende alternativer til fengsling.<sup>131</sup> Bestemmelsene oppstiller et særskilt vern ved frihetsberøvelse, og for barn står derfor minste inngreps prinsipp særlig sterkt.

#### **4.5.2 Kravet til forholdsmessighet ved inngrep i retten til frihet**

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at det ved inngrep i konvensjonsrettigheter kreves tre betingelser. For det første må inngrep skje i samsvar med nasjonal lov, det oppstilles altså et lovskrav. For det andre må inngrepet ivareta et legitimt formål. Endelig må inngrepet være forholdsmessig.<sup>132</sup> Prinsippet har som funksjon å gi borgerne materiell beskyttelse mot uforholdsmessige inngrep fra myndighetene. Selv om loven gir hjemmel for inngrep i en rettighet, er det ikke gitt at det vil være forholdsmessig å benytte inngrepskompetansen i alle tilfeller. Essensen i prinsippet er en avveining mellom individets og samfunnets interesser i den konkrete situasjon, nettopp for å se om samfunnsinteressen er vesentlig nok til å overstyre individets interesse.<sup>133</sup> Kravet til forholdsmessighet er et utslag av subsidiaritetsprinsippet, også omtalt som minste inngreps prinsipp.

---

<sup>130</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, 29. November 1985. (Beijing-reglene).

<sup>131</sup> Grønning og Sætre (2019) s. 173.

<sup>132</sup> Aall (2018) s. 369. Dette følger også av EMDs praksis, se *Case of M.K. v. France* [J] 2013, no. 19522/09.

<sup>133</sup> Aall (2018) s. 151.

At et inngrep må være forholdsmessig innebærer en vurdering av forholdsmessigheten mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten. I en avgjørelse som gjaldt EMK artikkel 8 nr. 2 uttalte EMD at forholdsmessighetsvurderingen beror på «whether the interference in question can be considered ‘necessary in a democratic society’, which means that it must answer a ‘pressing social need’ and, in particular, be proportionate to the legitimate aim pursued, and the reasons adduced by the national authorities to justify it must be ‘relevant and sufficient’.»<sup>134</sup>

Uttalelsen forstås som at det oppstilles en forholdsmessighetsvurdering som deles inn i to kumulative undervilkår. For det første om inngrepet er nødvendig, og for det andre om det er proporsjonalt, altså om det står i et rimelig forhold til formålet.<sup>135</sup> EMD har altså innfortolket et krav om proporsjonalitet.

Når det gjelder ileggelse av en frihetsberøvende straffereaksjon oppstiller ikke EMK art. 5 uttrykkelig et krav til nødvendighet og forholdsmessighet. Disse kravene gjenfinnes likevel i bestemmelsen. For det første angir bestemmelsen de formål som kan legitimere frihetsberøvelse. Dersom forholdet faller inn under ett av de oppregnede formålene i art. 5 nr. 1 aksepteres det av EMD i utgangspunktet som nødvendig. For det andre er også kravet til proporsjonalitet innfortolket i de fleste kategoriene i art. 5 nr. 1.<sup>136</sup> Den samme forholdsmessighetsvurderingen som oppstilles etter EMK art. 8 nr. 2 kan dermed sies å være gjeldende også for EMK art. 5 nr. 1. Når det gjelder EMK art. 5 nr. 1 bokstav a er utgangspunktet imidlertid at EMD normalt ikke prøver forholdsmessigheten mellom forbrytelse og frihetsstraff.<sup>137</sup> Staten må kunne vise til at lovkravet er oppfylt, men EMD går ikke inn og overprøver den konkrete forholdsmessigheten.

I Grunnloven § 94 er kravet til nødvendighet og forholdsmessighet ved frihetsberøvelse oppstilt uttrykkelig. Høyesterett har i rettspraksis som berører tolkningen av Grl. § 102 om retten til privatliv presisert det nærmere innholdet i forholdsmessighetskravet. Høyesterett uttalte at inngrep bare kan foretas «i den grad dette er nødvendig i et demokratisk samfunn:

---

<sup>134</sup> *Case of M.K. v. France* [J] 2013, no. 19522/09, avsnitt 33.

<sup>135</sup> Aall (2018) s. 153. Noen forfattere bruker terminologien «konkret forholdsmessighet» i stedet for proporsjonalitet.

<sup>136</sup> Aall (2018) s. 370.

<sup>137</sup> Aall (2018) s. 371, *Case of V. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24888/94 og *Case of T. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24724/94.

Tiltaket må i det konkrete tilfellet være *egnet, nødvendig og forholdsmessig*». <sup>138</sup> Jon Petter Rui har i teorien uttalt at terminologien i Høyesteretts avgjørelser ikke synes helt festnet, men at det likevel avtegner seg et relativt klart bilde av innholdet i kravet om forholdsmessighet. Rui fastslår at:

«Nærmere bestemt inneholder det overordnede kravet om forholdsmessighet følgende komponenter: 1) Et inngrep må vareta et legitimt formål, 2) det må være egnet til å vareta det legitime formålet, 3) det må være nødvendig, og 4) det må være forholdsmessig/proporsjonalt i snever forstand.» <sup>139</sup>

Innholdet i forholdsmessighetskravet er imidlertid i relasjon til Grl. § 102, men det er sannsynlig at Høyesteretts tilnærming vil få betydning for tolkningen av flere av de øvrige grunnlovfestede menneskerettigheter. <sup>140</sup> Siden Grl. § 94 uttrykkelig krever at inngrepet er nødvendig og forholdsmessig vil proporsjonalitetsvurderingen også innfortolkes i Grl. § 94.

## **5 Er forvaring av barn i tråd med Norges menneskerettslige standarder?**

### **5.1 Innledende bemerkninger**

FNs barnekomité har ved flere anledninger oppfordret medlemsstatene til å avskaffe livsvarige dommer overfor barn. Senest i 2019 kom barnekomiteen med en generell kommentar hvor det ble uttalt at:

«The Committee strongly recommends that States parties abolish all forms of life imprisonment, including indeterminate sentences, for all offences committed by persons who were below the age of 18 at the time of commission of the offence.» <sup>141</sup>

Komiteen kom også i 2018 med en anbefaling til Norge hvor det uttales at:

«With reference to its general comment No. 10 (2007) on children's rights in juvenile justice, the Committee urges the State party to bring its juvenile justice system fully into

---

<sup>138</sup> HR-2018-104-A avsnitt 23.

<sup>139</sup> Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter» *Lov og rett* nr. 3 2018, s.129.

<sup>140</sup> Rui (2018) s. 130.

<sup>141</sup> FNs barnekomité, General comment No. 24 (2019) avsnitt 81.

line with the Convention and other relevant standards. In particular, the Committee recommends that the State party:

(a) Discontinue preventive detention for children». <sup>142</sup>

Komiteen oppfordrer altså Norge til å bringe rettssystemet for mindreårige helt i overensstemmelse med barnekonvensjonen og andre relevante standarder. For å oppnå dette anbefales det særlig at Norge blant annet avvikler adgangen til forvaring av barn.

Etter barnekomiteens syn er altså ikke forvaringsadgangen helt i tråd med barns rettigheter i barnekonvensjonen og de øvrige menneskerettslige standarder. Likevel kan det bemerkes at komiteen på noen punkter har fått kritikk for å ha gått for langt i sine vurderinger, noe som nok kan skyldes at de har som formål å ivareta nettopp barns interesser.

## **5.2 Ivaretar forvaring hensynet til barnets beste?**

Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle «handlinger og avgjørelser» som berører barn. <sup>143</sup> Domstolens avgjørelse om et barn skal ilegges forvaringsstraff vil være en avgjørelse som berører det konkrete barnet, og hensynet gjør seg således gjeldende.

I NOU 2008:15 uttale utvalget at:

«Strafferettspleien er et område som skiller seg ut ved at den type hensyn som er antatt å kunne gå foran hensynet til barnets beste, står særlig sterkt. Behovet for samfunnsvern og rettferdighetsbetraktninger ligger til grunn for strafferettssystemet. Dette er altså et område der motstriden mellom de konkurrerende hensyn i stor grad vil bli satt på spissen. Det stiller skjerpede krav til de myndigheter og private som er pålagt å ta hensyn til barnets beste i alle handlinger som berører barn.» <sup>144</sup>

Ved forvaring vil særlig hensynet til samfunnsvernet være et konkurrerende og motstridende hensyn som står sterkt. Hensynet til samfunnsvernet og hensynet til barnets beste vil være vanskelig å harmonisere, og det stilles altså skjerpende krav til domstolens vurderinger ved illeggelse av forvaring av barn.

---

<sup>142</sup> FNs barnekomité, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway, 4. juli 2018, avsnitt 35.

<sup>143</sup> Jf. punkt 4.2.

<sup>144</sup> NOU 2008:15 s. 103.

At det kreves «helt ekstraordinære omstendigheter» for å idømme et barn forvaring gir uttrykk for at lovgiver har gjort en vurdering av barns særlige behov for vern.

Høyesterett har i sin praksis uttalt at bestemmelsen om forvaring av barn «gjenspeiler de hensyn som er knesatt i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen». <sup>145</sup> For at vilkårene for forvaring skal være oppfylt har retten stadfestet at det må «ses hen til hva som er barnets beste». <sup>146</sup> Rettspraksis oppstiller altså en vurdering hvor det om forvaring skal idømmes må avveies mot hva som er best for det aktuelle barnet.

I Vulkan-saken uttalte Høyesterett at det kreves «meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved en alternativ fengselsstraff», og videre må det «ikke være noen realistisk mulighet for å ivareta samfunnsvernet gjennom andre virkemidler enn forvaring». <sup>147</sup>

Høyesterett gir uttrykk for at det skal svært mye til før samfunnsvernet er det utslagsgivende hensyn. Retten kom imidlertid etter en helhetsvurdering til at behovet for samfunnsvern var det avgjørende hensyn, til tross for at viktigheten av barnets beste ble understreket. Dette viser at det ikke er noen automatikk i at hensynet til barnets beste skal bli tillagt avgjørende vekt.

I lagmannsrettens avgjørelse i Vollen-saken gikk retten så langt at de uttalte at det «ikke uten videre framstår som klart at det vil være til tiltaltes beste å bli idømt en ordinær fengselsstraff i stedet for forvaringsstraff, uten at lagmannsretten finner det nødvendig å gå nærmere inn på dette». <sup>148</sup> Ved uttalelsen indikerte lagmannsretten altså at forvaring muligens var til det beste for barnet. Høyesterett avviste imidlertid denne uttalelsen. Forvaring står i så klar spenning til prinsippet om barnets beste, at det aldri i seg selv vil være til barnets beste. <sup>149</sup> Lagmannsretten begrunnet ikke sitt standpunkt, men det kan tenkes at retten anså forvaring som et bedre alternativ for barnet på grunn av den særlige tilretteleggingen straffegjennomføringen krever.

En vurdering av hva som er barnets beste vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle innenfor rammene av hva som er mulig ved frihetsberøvelse. Barnekomiteen har fremhevet at hensynet til barnets beste ved ileggelsen av en straffereaksjon innebærer at man må ta i betraktning barnets mulighet til rehabilitering og reintegrering i samfunnet. Komiteen hevder

---

<sup>145</sup> HR-2017-290-A avsnitt 72.

<sup>146</sup> HR-2017-290-A avsnitt 73.

<sup>147</sup> HR-2019-832-A avsnitt 79.

<sup>148</sup> LB-2018-98084.

<sup>149</sup> Gröning og Sætre (2019) s. 190.

at dette kan gjøres samtidig som en effektiv offentlig sikkerhet ivaretas.<sup>150</sup> Dette medfører at det stilles krav til at domstolene ved ileggelsen av forvaring må sørge for at barnets mulighet til forbedring og reintegrering i størst mulig grad ivaretas. Det er ikke nødvendigvis slik at et tiltak som er effektivt for ett barn, virker like effektivt på et annet barn. Ved valg av reaksjon bør det dermed ses hen til personundersøkelser som kan gi domstolen grunnlag for å ilegge den straffereaksjonen som er til det beste for det konkrete barnet.<sup>151</sup>

Som gjennomgangen viser er det ikke et absolutt krav om at hensynet til barnets beste skal veie tyngst, til tross for at forvaring vanskelig vil sies å være til det beste for et barn. Høyesterett kan imidlertid kritiseres ved at de klart stiller opp en vurdering hvor hensynet til barnets beste skal inngå, samtidig som vektleggingen av hensynet forsvinner i en skjønnsmessig helhetsvurdering av allerede vurderte omstendigheter. I Vulkan-saken ble i tillegg barnets beste-vurderingen overskygget av det faktum at tiltalte var over 18 år på domstidspunktet. Høyesterett kunne for eksempel konkretisert i de enkelte sakene hva som med forvaringsstraffen bidrar til å ivareta barnets beste. Det kan dermed hevdes at Høyesterett ikke har lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til barnets beste ved avgjørelsene av forvaring av barn.

### **5.3 Ivaretar forvaring barns rett til utvikling?**

Barnekomiteen uttalte i generell kommentar nr. 24 i 2019 at:

«The Committee reminds States parties that sentence to life imprisonment with the possibility of release or parole that in applying this sanction they should strive for the realization of the aims of article 40 (1) of the Convention. This means, inter alia, that a child sentenced to life imprisonment should receive education, treatment and care aiming at his or her release, reintegration and ability to assume a constructive role in a society. This also requires a regular view of the child's development and progress in order to decide on his or her possible release. Life imprisonment makes it very difficult, if not impossible, to achieve the aims of reintegration.»<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> FNs barnekomité, General comment No. 10 (2007) avsnitt 10.

<sup>151</sup> NOU 2008:15 s. 166.

<sup>152</sup> FNs barnekomité, General comment No. 24 (2019) avsnitt 81.

Uttalelsen anses som at komiteen har en oppfatning av at forvaring ikke er optimalt for et barns utvikling.

Forvaring innebærer plassering i fengsel, noe som gjør at barnet i stor grad vil bli skjermet fra samfunnet. Av forvaringsforskriften<sup>153</sup> § 3 følger det at innholdet i forvaringen skal utformes med sikte på å «påvirke og endre den forvaringsdømtes atferd og gi vedkommende mulighet for å utvikle sin sosiale tilpasningsevne og motvirke ny kriminalitet». Ved straffegjennomføringen skal altså kriminalomsorgen legge til rette for endringsarbeid og tilbakeføring til samfunnet. Omsorgen og den sosiale stimuli som kan gis i et fengsel er imidlertid begrenset. At barn ikke får delta i samfunnet og ha samspill med andre jevnaldrende vil kunne virke inn på muligheten for barnets mentale og sosiale utvikling.

I NOU 2008:15 mente utvalget at forvaring ikke vil være hensiktsmessig med tanke på å føre barnet tilbake i samfunnet. De begrunnet sitt syn i at stemping av barn som farlig vil være «svært uheldig i arbeidet med å motivere barnet for endring».<sup>154</sup> Ved forvaring kan altså barn bli stigmatisert som farlig. Dette kan medføre at barn får en lavere selvfølelse og tro på seg selv, noe som kan svekke motivasjonen til å endre seg. Det tidsubestemte aspektet med forvaring vil også kunne skape en usikkerhet for barn.<sup>155</sup> Barn har ofte et annet tidsperspektiv og forhold til tid enn voksne. Dersom barnet ikke vet når det får et liv i frihet vil det kunne frata barnets fremtidstro om et liv utenfor fengsel. Dette er ting som står i et spenningsforhold til BK art. 6 nr. 2 og art. 40.

Ved forvaring skal det imidlertid gjøres en nøye avveining av om barnet utgjør en fare for samfunnet. Den høye terskelen for å ilegge et barn forvaring, tilsier at det ikke er hvilket som helst barn som kan ilegges straffereaksjonen. At et barn er å stemple som «farlig» vil man sjeldent komme utenom i de tilfellene der lovbruddet og lovbrysterens funksjonsevne taler for forvaring. Rettspraksis viser at barn som er idømt forvaring forut for lovbruddet blant annet har hatt psykiske forstyrrelser, svake sosiale forståelser eller at de allerede har vært plassert på institusjon.<sup>156</sup> Dette tyder på at de forvaringsdømte barna allerede har vanskeligheter med å tilpasse seg samfunnet. Dersom barnet under dom på forvaring mottar en tilstrekkelig behandling som kan være med på å forme barnet i en positiv retning og føre det tilbake i

---

<sup>153</sup> Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

<sup>154</sup> NOU 2008:15 s. 147.

<sup>155</sup> NOU 2008:15 s. 147.

<sup>156</sup> Se HR-2017-290-A, HR-2019-832-A og LG-2019-105200.

samfunnet, vil forvaring kunne være et adekvat middel for å sørge for barnets reintegrering. Dette til tross for at barnet ikke får en «optimal» utvikling sammenlignet med barn flest.

Konklusjonen er at behandlingen barn mottar ved forvaring er tilstrekkelig til å ivareta retten til utvikling.

## **5.4 Ivaretar forvaring av barn de særskilte rettigheter ved frihetsberøvelse?**

### **5.4.1 Er bruk av forvaring tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling?**

Det kan reises spørsmål både om hvorvidt forvaringsstraffen i seg selv kan falle inn under forbudet i EMK art. 3 og BK art. 37 bokstav a, men også om soningsforholdene og behandlingen den forvaringsdømte får i fengslet kan anses å omfattes av forbudet.

EMD behandlet i *T. and V. v. United Kingdom*<sup>157</sup> et spørsmål om en tidsubestemt straff av to unge lovbrøyttere var i strid med torturforbudet i EMK artikkel 3. De to domfelte var 10 år da de begikk et mord som medførte at de i engelsk rett ble idømt «detention during her Majesty's pleasure», en tidsubestemt straff som tilsvarende den norske forvaringsstraffen. Domstolen konkluderte med at det tidsubestemte aspektet med straffen ikke i seg selv ga grunnlag for brudd på artikkel 3. Lengden på straffen, på 6 år, var heller ikke å anse som brudd på artikkel 3. EMD uttalte at:

«It does not consider that the punitive element inherent in the tariff approach itself gives rise to a breach of Article 3, or that the Convention prohibits States from subjecting a child or young person convicted of a serious crime to an indeterminate sentence allowing for the offender's continued detention or recall to detention following release where necessary for the protection of the public.»<sup>158</sup>

EMD begrunner altså sitt syn i at straffen var nødvendig for å ivareta samfunnsvernet. Avgjørelsen er imidlertid over 20 år, men rettstilstanden må anses tilstrekkelig klar i relasjon til at forvaring ikke i seg selv er i strid med torturforbudet i EMK art. 3 så lenge det er for å

---

<sup>157</sup> *Case of V. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24888/94 og *Case of T. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24724/94.

<sup>158</sup> *Case of V. v. The United Kingdom* [GC] 1999, no. 24888/94, avsnitt 97.



ivareta et legitim formål. Saken må også kunne sies å ha overføringsverdi til BK art. 37 bokstav a på grunn av bestemmelsenes likhet.

Når det gjelder forholdene under fengsling har EMD gjentatte ganger funnet at ulike former for behandling av innsatte i fengsel eller soningsforholdene i seg selv har medført brudd på EMK art. 3. EMDs praksis knytter seg imidlertid til konkrete tilfeller der både objektive og subjektive momenter har spilt inn ved vurderingen.<sup>159</sup> Det avgjørende ved vurderingen er om inngrepet går lengre enn det behandlingsmessig strengt nødvendige.<sup>160</sup>

Ved straffegjennomføring oppstiller BK art. 37 bokstav c og SP art. 10 nr. 3 krav om at unge lovbrytere skal holdes adskilt fra voksne. I BK art. 37 bokstav c oppstilles det derimot et unntak dersom fengsling med voksne anses å være det beste for barnet. Norge har imidlertid reservert seg mot SP art. 10 nr. 3 som oppstiller et absolutt krav om at barn ikke kan sone sammen med voksne. Bestemmelsene ivaretar hensynet til barnet, siden barn som fengsles med voksne kan bli offer for vold og seksuell misbruk, eller ufrivillig påvirket til å ta del i et større kriminelt nettverk.<sup>161</sup> Dette er behandling som nok kan sies å ville innebære brudd på torturforbudet etter EMK artikkel 3 og BK art. 37 bokstav a.

I Norge finnes det per dags dato to ungdomsenheter som har høyt sikkerhetsnivå. De to enhetene har totalt plass til åtte ungdommer. Ved forvaring stilles det særlige krav til høyt sikkerhetskrav ved straffegjennomføringen, samt behandlingen av de innsatte. Siden det er svært få barn som sitter i forvaring vil barn kunne oppleve et manglende fellesskap under soningen. Dette vil innebære at barn i forvaring vil risikere å måtte sone alene, uten mulighet til sosial omgang med andre enn de ansatte. Det kan dermed stilles spørsmål om forvaring av et barn vil medføre en form for faktisk isolasjon. I følge EMD er imidlertid ikke isolasjonsfengsling i seg selv i strid med EMK art. 3, men enkelte former for isolasjon kan være å anse som umenneskelig behandling.<sup>162</sup>

Verken forvaring i seg selv eller behandlingen barn får i norske forvaringsfengsel kan sies å falle inn under EMK artikkel 3 eller BK artikkel 37 bokstav a. Dersom et barn hadde påberopt seg en krenkelse av torturforbudet ville det berodde på en konkret vurdering av den aktuelle

---

<sup>159</sup> Aall (2018) s. 195-196.

<sup>160</sup> Aall (2018) s. 197.

<sup>161</sup> Gröning og Sætre (2019) s. 173.

<sup>162</sup> Aall (2018) s. 197.

behandlingen sett opp imot det som anses nødvendig i et behandlingsperspektiv for å ivareta forvaringsformålet.

Forvaring er ikke i strid med forbudet mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

#### **5.4.2 Er forvaring i tråd med forbudet mot livsvarig fengsel?**

Ved forvaring av barn følger det av strl. § 43 første ledd tredje punktum at tidsrammen ikke kan overstige 15 år, og den bør ikke overstige 10 år. Når den fastsatte tiden er ferdig sonet kan retten etter fjerde punktum imidlertid avsi dom på at forvaringen skal forlenges med inntil 5 år om gangen dersom vilkårene for forvaring fortsatt er oppfylt.

I BK art. 37 bokstav a er det oppstilt et forbud mot livsvarig fengsling «without possibility of release». Adgangen til forvaring er ikke formelt sett et brudd på konvensjonsbestemmelsen på grunn av tidsrammene som skal fastsettes for straffen. Ved forvaring er det altså en realistisk mulighet for å bli løslatt, til tross for at forvaringen kan forlenges ved utløpet av den fastsatte forvaringstiden.

Høyesterett har i rettspraksis uttalt at «barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a ikke rammer forvaring direkte, idet bestemmelsen forbyr livsvarig fengsel uten mulighet for løslatelse. Ved forvaring er forutsetningen derimot at domfelte ikke skal løslates hvis det ikke lenger er reell og kvalifisert fare for nye alvorlige lovbrudd».<sup>163</sup>

I barnekomiteens generelle kommentar fra 2019 fremkommer det at «all forms of life imprisonment, including indeterminate sentences» burde avskaffes.<sup>164</sup> Uttalelsen tyder på at komiteen legger til grunn en forståelse som tilsier at tidsubestemte straffer som forvaring faller inn under forbudet i BK art. 37 bokstav a.

Sett i lys av den naturlige språklige forståelsen av art. 37 bokstav a er forvaring av barn altså ikke formelt sett et brudd på konvensjonsbestemmelsen siden det faktisk er en reell mulighet for løslatelse. Forvaring kan likevel ikke sies å være helt uproblematisk. Det tidsubestemte aspektet med straffen gjør at straffen for det domfelte barnet kan oppfattes som livsvarig, noe som vil kunne være av betydning for hvordan barnet forholder seg til egen fremtid. Samlet

---

<sup>163</sup> HR-2017-290-A avsnitt 72.

<sup>164</sup> FNs barnekomité, General comment No. 24 (2019) avsnitt 81.

sett kan det imidlertid legges til grunn at forvaring er i tråd med forbudet mot livsvarig fengsling.

## **5.5 Tilfredsstillende lovgiver og domstolene forholdsmessighetskravet ved inngrep i retten til frihet?**

### **5.5.1 Er adgangen til forvaring i samsvar med lov og et legitimt formål?**

At forvaring må skje i samsvar med lov er uttrykkelig fastsatt i Grunnloven § 94 hvor det fremkommer at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver». EMK artikkel 5 nr. 1 utgir også uttømmende hvilke formål som er legitime for inngrep, hvor det følger at «No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law». Videre fremgår det av EMK art. 5 nr. 1 bokstav a at «lawful detention after conviction by a competent court» er tillatt. Det følger av etablert EMD-praksis at ordlyden «law» innebærer et krav om forankring i nasjonal rett.<sup>165</sup>

I EMDs dom i *V. v. United Kingdom* ble det lagt til grunn at forvaringen den domfelte var ilagt var i tråd med artikkel 5 nr. 1 bokstav a. Retten uttalte at «There can be no question but that the sentence of detention during Her Majesty's pleasure is lawful under English law and was imposed in accordance with a procedure prescribed by law».<sup>166</sup> Hjemmelen for forvaring ble altså ikke ytterligere overprøvd av EMD.

Forvaring av barn har hjemmel i straffeloven § 40, og er følgelig hjemlet i formell norsk lov. Når det i norsk rett avses dom på forvaring av et barn vil lovkravet etter Grl. § 94 og EMK art. 5 nr. 1 bokstav a anses å være oppfylt.

Inngrepet må videre være begrunnet i en legitim samfunnsmessig målsetning.<sup>167</sup> Etter strl. § 40 første ledd første punktum fremkommer det at formålet med forvaring er å «verne andres liv, helse eller frihet». Siktemålet med å ilegge forvaring av et barn er altså å skjerme samfunnet mot barn som gjennom kriminelle handlinger har utvist seg å utgjøre en fare for andre enn seg selv. Adgangen til å idømme barn forvaring har altså et legitimt formål.

---

<sup>165</sup> Dette følger blant annet av *Case of Robathin v. Austria* [J] 2012, no. 30457/06, avsnitt 40.

<sup>166</sup> *Case of V. v. The United Kingdom*, avsnitt 104.

<sup>167</sup> Merete Havre, *Den store balansen – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell*, Universitetet i Oslo 2014, s. 11.

### 5.5.2 Er kravet til nødvendighet ivaretatt?

For at et frihetsberøvende inngrep er forholdsmessig må det for det første være *nødvendig*. Nødvendighetskravet innebærer to elementer. Det må for det første vurderes om inngrepet er et egnet middel til å ivareta det legitime formål. For det andre må det vurderes om det er behov for å bruke akkurat dette middelet, eller om det finnes andre, mindre inngripende midler.<sup>168</sup> Dette betyr at dersom det finnes flere egnede inngrep skal det inngrepet som i minst grad griper inn i retten til personlig frihet, men som likevel oppfyller formålet inngrepet ivaretar velges. Dette gir uttrykk for minste inngreps prinsipp. For strafferettspleien innebærer dette at dersom andre inngrep utenfor strafferetten gir samme måloppnåelse, skal ikke straff anvendes.

Ved forvaring er det hensynet til samfunnsvernet som ønskes å ivaretas, noe som fremkommer av strl. § 40 hvor det fremgår at forvaring skal verne «andres liv, helse eller frihet». Samfunnets behov for sikkerhet mot ny kriminalitet ivaretas ved at personer som har vist seg å være farlig fjernes fra samfunnet så lenge de anses å utgjøre en fare. Det legges dermed til grunn at forvaring er et egnet middel for å ivareta samfunnsvernet.

Etter straffeloven § 40 er det et ordinært vilkår at forvaring bare kan idømmes dersom fengselsstraff ikke er tilstrekkelig. Forvaring skal være absolutt siste utvei, og skal i prinsippet være utelukket dersom ubetinget fengselsstraff anses tilstrekkelig for å oppnå samfunnsvern. Strl. § 40 gir altså uttrykk for minste inngreps prinsipp. For barn står dette prinsippet særlig sterkt, da straffeloven oppstiller regler som begrenser bruk av frihetsberøvende reaksjoner. I forarbeidene til straffeloven har departementet uttalt at dersom andre reaksjonsformer er tilstrekkelige og hensiktsmessige bør disse benyttes.<sup>169</sup>

Om forvaring av barn er nødvendig beror dermed på om samfunnsvernet kunne vært oppnådd på en måte som er mindre inngripende for barn. For å undersøke dette må det ses på hvilke alternativer til forvaring som eksisterer, samt om samfunnsvernet oppnås ved disse alternativene.

I stedet for forvaring kan mindreårige lovbrøtere som har begått alvorlige lovbrudd etter straffeloven idømmes fengsel jf. § 31 og ungdomsstraff jf. § 52 a.

---

<sup>168</sup> Havre (2014) s. 275.

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435.

Med fengsel menes ubetinget fengsel som innebærer at den domfelte må sone i fengsel. I NOU 2008:15 fastslo utvalget at «der det er særlig behov for å beskytte samfunnet mot barn vil dette kunne ivaretas tilstrekkelig ved bruk av ubetinget fengsel».<sup>170</sup> De anså det ikke som nødvendig med forvaring siden fengsel vil gi et tilstrekkelig samfunnsvern. Departementet var imidlertid ikke enig med utvalget. De hevdet at det «helt unntaksvis vil kunne oppstå helt ekstraordinære tilfeller hvor forvaring vil være riktig reaksjon».<sup>171</sup> Uttalelsen indikerer at samfunnsvernet ikke i alle tilfeller vil kunne ivaretas tilstrekkelig ved ubetinget fengsel. Samfunnsvernet vil være særlig påtrengende ved de aller mest alvorlige lovbrudd. Ved ubetinget fengsel vil samfunnet faktisk bli vernet fra barnet, siden barnet sperres inne. Fengsel har likevel bare varighet over en viss tid, siden det blir fastsatt en absolutt ramme for når den domfelte skal løslates. Det gis altså ingen mulighet for et utvidet vern når straffen er avsonet. Ubetinget fengsel er altså aktuelt i de tilfeller hvor man er reaktiv, når fengselsstraffen bare er en reaksjon på noe som har skjedd bakover i tid. Samfunnets behov for vern mot noe som kan skje fremover i tid vil dermed ikke ivaretas ved ubetinget fengsel. Det kan dermed legges til grunn at den samme graden av samfunnsvern ikke vil oppnås ved ubetinget fengsel, og det er derfor ikke et adekvat alternativ.

Ungdomsstraff kan idømmes lovbrøyttere under 18 år dersom «hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet» jf. strl. § 52 a bokstav d. Ungdomsstraff innebærer at ungdommen må gjennomføre en ungdomsplan med gjennomføringstid på maksimalt tre år.<sup>172</sup> Gjennomføringsplanen kan bestå av forskjellige ting. Det kan for eksempel innebære at domfelte må overholde bestemmelser om innetid og hvem den skal omgås med eller at domfelte skal oppholde seg i institusjon eller gjennomgå annen behandling.<sup>173</sup> Siden ungdomsstraff gir hjemmel for plassering i institusjon og behandling vil formålet med forvaring til en viss grad kunne ivaretas. Ungdomsstraff gir imidlertid rom for at den farlige ungdommen får et liv i frihet, noe som vil stå i klar spenning til samfunnsvernet som er nødvendig mot farlige personer. Det korte tidsrommet ungdomsstraffen skal gjennomføres på gir i tillegg samfunnet et betraktelig kortere vern enn ved forvaring. I likhet

---

<sup>170</sup> NOU 2008:15 s. 147.

<sup>171</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 105.

<sup>172</sup> Jf. Lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven) § 23.

Gjennomføringstiden skal som hovedregel vare fra seks måneder til to år, men kan unntaksvis settes til tre år.

<sup>173</sup> Jf. konfliktrådsloven § 25 første og andre ledd.

med ubetinget fengsel vil ikke det samme samfunnsvernet oppnås, og ungdomsstraff anses heller ikke som et tilstrekkelig godt alternativ.

Barnevernloven oppstiller også hjemmel for å vareta kriminelle barn. Etter bvl. § 4-24 første ledd første alternativ følger det at et barn som har vist alvorlige atferdsvansker ved «alvorlig eller gjentatt kriminalitet» kan uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet, plasseres i en institusjon for observasjon, undersøkelse og korttidsbehandling i opptil fire uker. Etter annet ledd kan det treffes vedtak om en mer langvarig behandling dersom det er trolig at barnet har behov for det.

Barnevern er primært begrunnet i barns behov for omsorg, utvikling og behandling.<sup>174</sup> Etter forarbeidene til barnevernloven skal ikke samfunnsbeskyttelse være formålet med tiltak etter barnevernloven.<sup>175</sup> Barnevern er per definisjon dermed mindre inngripende enn straff siden barnevern primært bygger på det som er best for barnet. Behovet for samfunnsbeskyttelse kan altså aldri utgjøre begrunnelsen for å iverksette barnevernstiltak. Likevel kan det være legitimt å la hensynet til omgivelsene spille inn på vedtaket, da tiltak etter barnevernloven kan ha en forsånende virkning på omgivelsene. Plassering etter bvl. § 4-24 vil altså kunne medføre en form for samfunnsvern i faktisk forstand siden barnet plasseres i institusjon. Formålet med plasseringen vil imidlertid stå i spenning til samfunnsvernet siden plasseringen ikke kan forlenges med begrunnelse i behovet for samfunnsvern, noe som gjør at plassering etter kriminalitetsvilkåret heller ikke er et adekvat alternativ til forvaring.

Forvaring av barn oppfyller kravet til nødvendighet, da det ikke eksisterer noen adekvate alternativer i norsk rett.

### **5.5.3 Er kravet til proporsjonalitet ivaretatt?**

Et underliggende krav i forholdsmessighetsvurderingen er at inngrepet må være proporsjonalt. Dette er også omtalt som et krav til konkret forholdsmessighet eller forholdsmessighet/proporsjonalitet i snever forstand.<sup>176</sup> Ordet proporsjonalitet kommer fra det latinske ordet *pro-portio*, som betyr per del. Proporsjonalitetskravet innebærer en vurdering

---

<sup>174</sup> Se bvl. § 1-1.

<sup>175</sup> Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 59 og NOU 1985:18 s. 189.

<sup>176</sup> Rui (2018) s. 129.

av forholdet mellom de samfunnsmessige fordeler ved inngrepet og de negative virkninger inngrepet har for den som berøres.<sup>177</sup>

Ved forvaring av barn finner vi på den ene siden den konstitusjonelt vernede frihetsinteressen og hensynet til barnets beste. Retten til personlig frihet er av så grunnleggende karakter at retten til frihet er hovedregelen og frihetsberøvelse er unntaket. På den annen side finner vi fordelene som oppnås ved å iverksette forvaring, nettopp statens behov for å ivareta samfunnets sikkerhet mot ny kriminalitet.

Prinsippet om barnets beste er så grunnleggende at det er et pliktig hensyn i vurderingen.<sup>178</sup> Norge ble i 2011 i *Nunez v. Norway* dømt av EMD for å ha gitt hensynet til barnets beste for liten plass i vurderingen av om det forelå en krenkelse av EMK art. 8.<sup>179</sup> Saken omhandlet en utvisningssak hvor barna indirekte ble berørt av et utvisningsvedtak. I dommen viser EMD at barnets beste skal utgjøre en stor del av den snevre proporsjonalitetsvurderingen der det er tale om inngrep som berører barn.<sup>180</sup> Om proporsjonalitetsvurderingen uttaler Havre at det må skje en «reell balansering» hvor barnets beste sammen med uskyldsprinsippet avveies mot behovet for inngrep, i dette tilfellet samfunnsvernet. Hun hevder at man først da vil kunne oppfylle konvensjonens krav om at barnets beste er «a primary consideration». Når et barn har begått en alvorlig straffbar handling og utvist seg som farlig er det imidlertid ikke å komme utenom frihetsberøvelse. Det må dermed søkes å kartlegge hva som skal vektlegges i hensynet til barnets beste i relasjon til forvaring.

I lovgivningen er barneperspektivet tillagt vekt ved at det er inntatt et særvilkår for forvaring av barn i strl. § 40. I forarbeidene ble det gjort en avveining av hensynet til barn opp mot behovet for forvaring, og vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ble innført med det formål å gjøre forvaringsadgangen «meget snever».<sup>181</sup> Lovgiver har med dette foretatt en generell forholdsmessighetsvurdering. Ordlyden «ekstraordinære omstendigheter» er imidlertid svært vidt angitt, og det gis ingen rettslige rammer for hva som kan anses som så ekstraordinært at hensynet til samfunnet veier tyngre enn hensynet til barnets beste. Lovgiver

---

<sup>177</sup> Anett Beatrix Osnes Fause, «Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1» *Tidsskrift for strafferett* nr. 1 2014, s. 56.

<sup>178</sup> Havre (2014) s. 190. Se også punkt 4.2 om Hensynet til barnets beste.

<sup>179</sup> *Case of Nunez v. Norway* [J] 2011, no. 55597/09.

<sup>180</sup> Havre (2014) s. 190 med henvisning til bl.a. *Case of Gnahoré v. France* [J] 2000, no.40031/98 og *Case of Üner v. The Netherlands* [GC] 2006, no.46410/99.

<sup>181</sup> Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

kan dermed kritiseres for å ha vært for lite spesifikk angående hva som skal inngå i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen.

I Høyesteretts avgjørelse i HR-2017-290-A (Vollen) uttalte førstvoterende at strl. § 40 første ledd andre punktum gjenspeiler de hensyn som er knesatt i Grl. § 104 og barnekonvensjonen. Førstvoterende oppstilte spørsmålet om «vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».<sup>182</sup> Høyesterett legger altså opp til at det må gjøres en vurdering av hva som er til det konkrete barnets beste opp mot hensynet til samfunnet. Høyesterett trekker inn momenter som begrunner hvorfor forvaring ikke bør benyttes. Det trekkes frem at det vil anses som mer belastende for barnet å bli idømt forvaring enn ordinær fengselsstraff, at 15-åringer har mindre forståelse og impuls kontroll, samt at tilbakefallsfaren er mer usikker jo yngre barnet er. Jeg kan imidlertid ikke forstå dette som en drøftelse av hva som faktisk er til det konkrete barnets beste. Høyesterett bruker heller ikke en proporsjonalitetsnorm når selve vurderingen gjennomføres, da det ikke fremkommer tydelig hva som skal til for at barnets beste må vike til fordel for samfunnsvernet. Når Høyesterett oppstiller som vurderingstema om vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste må det kunne kreves en drøftelse om hva som er å anse som et barns beste i relasjon til forvaring. At Høyesterett løfter opp barnets beste som et moment uten å konkretisere hva innholdet i vurderingen er, gjør at rettens vurdering fremstår som for overordnet i en proporsjonalitetsvurdering av barnets beste kontra samfunnsvernet. Høyesterett konkluderer med bakgrunn i rettens tidligere drøftelser at vilkåret om «ekstraordinære omstendigheter» er oppfylt. Det synes altså som at Høyesterett omgår å gjøre en avveining så lenge omstendigheter ved gjerningspersonen er ekstraordinære nok, dette til tross for at det er tale om et ungt barn.

Det kan derfor hevdes at barnets beste ikke er gitt en reell vurdering ved spørsmålet om forvaring. Til tross for at det ikke vil være til et barns beste å idømmes forvaring kan jeg vanskelig se at hensynet ikke skal gis en reell betydning. Behovet for samfunnsvern gjør at frihetsberøvelse er et premiss. Rettsanvenderen må da søke å vurdere hvilken plikt man har til å ivareta det konkrete barnets beste innenfor rammene for det som er mulig i et liv uten frihet, for så å veie dette opp mot samfunnets behov for vern.

---

<sup>182</sup> HR-2017-290-A avsnitt 72-73.



Når det gjelder den seneste avgjørelsen fra Høyesterett i HR-2019-832-A (Vulkan) er barnets beste ikke tatt inn i vurderingen av om særvilkåret er oppfylt i det hele tatt. Den tiltalte var over 18 år på domstidspunktet, og retten uttaler derfor at de hensyn vilkåret hviler på får «noe mindre vekt når lovbrøyteren på domstidspunktet godt og vel har passert 18-årsdagen». Det gjøres med andre ord ikke en vurdering hvor hensynet til barnet avveies mot behovet for samfunnsvern. Høyesterett kan kritiseres for dette, da dette kan medføre at den reelle aldersgrensen for at særvilkåret kommer til anvendelse vil være betydelig lavere enn 18 år.<sup>183</sup>

I norske domstoler tillegges altså hensynet til barnets beste lite eller ingen vekt ved ileggelsen av forvaringsstraff, noe som er kritikkverdig. Det kan dermed hevdes at barnets beste ikke tillegges en stor nok del av den konkrete proporsjonalitetsvurderingen i norsk rett, og at kravet til proporsjonalitet ikke er tilstrekkelig varetatt. Dette er problematisk i relasjon til EMDs standpunkt i Nunez v. Norway, hvor Norge ble dømt for å gi hensynet til barnets beste for liten plass i proporsjonalitetsvurderingen i EMK artikkel 8.

#### **5.5.4 Oppsummering**

Gjennomgangen har vist at det eksisterer alternativer til forvaring, men at samfunnet ikke tilstrekkelig ivaretas ved de eksisterende alternativene. Lovgiver har kanskje ikke gjort nok for å innføre alternative løsninger i norsk rett, og en kommer dermed unna med å anse forvaring som et nødvendig middel fordi det ikke eksisterer adekvate alternativer.

Videre har gjennomgangen vist at inngrepsintensiteten er sterkere når det er tale om å ilegge forvaring overfor et barn, noe som krever et høyere behov for inngrep på samfunnets side. Lovgiver legger imidlertid opp til at forvaring tilnærmet aldri skal benyttes overfor barn. Jeg mener lovgivers vurderinger av forholdsmessighet i utgangspunktet kan anses som tilstrekkelig, da formålet med lovbestemmelsen var å gi en snever adgang til å anvende forvaring. Jeg mener Høyesterett har omgått proporsjonalitetsvurderingen, og retten burde i større grad gitt plass til barnets beste i vurderingene sine. Det kan dermed tenkes at EMD ville avsagt dom mot Norge for brudd på konvensjonen.

---

<sup>183</sup> Holmboe (2020) s. 244.

## 6 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har vist at adgangen til å idømme forvaring av barn i stor grad er i tråd med Norges menneskerettslige forpliktelser. Min vurdering er at dagens rettstilstand formelt sett er i overensstemmelse med menneskerettighetene, men at det er rom for utvikling og forbedring. For å sikre en fullgod gjennomføring av menneskerettighetene ville det optimale vært å sperre adgangen til å idømme mindreårige lovbrøtere forvaring. Det vil i alle fall være nødvendig å tillegge domstolene en plikt til å vurdere og vektlegge hensynet til barnets beste i større grad enn i dag for å ivareta kravet til forholdsmessighet ved inngrep i retten til frihet.

Det er utvilsomt at frihetsberøvelse er nødvendig når barn begår alvorlige kriminelle handlinger, nettopp for å ivareta den beskyttelsen samfunnet krever. Det kan derfor spørres om det er behov for en videreutvikling av alternativer til tradisjonell strafferettslig forvaring for å sikre at norsk rett i større grad blir i tråd med menneskerettighetene.

Linda Gröning har i en artikkel oppstilt spørsmålet om barnets beste burde utdefineres fra strafferetten. Hun gir uttrykk for at hensynet til barnets beste ikke passer helt med strafferettens karakter. Perspektivet i strafferetten er ikke sentrert omkring omsorg og ivaretagelse av barns behov, slik som barneretten er. Siden forvaring er begrunnet i hensynet til samfunnsvernet er denne spenningen tydelig. Hun mener dermed at forvaring står i en «åpenbar konflikt» til barneperspektivet.<sup>184</sup>

Balansegangen mellom barn og straff er imidlertid vanskelig. Det kan diskuteres om lovgiver burde ha innført en mellomting mellom omsorgsperspektivet i barnevernloven og straffeperspektivet. Jeg mener at institusjonsplassering gjennom barnevernet ved de mest alvorlige tilfellene etter dagens rettstilstand ikke vil være tilstrekkelig for å verne samfunnet mot ny kriminalitet. Barnevernet jobber med omsorg og behandling i fokus, og skal som utgangspunkt basere endring av barns atferd på frivillighet og samtykke. Barnevernet har imidlertid hjemler for bruk av tvang. Bruken av tvangen må likevel være behandlingsfaglig forsvarlig, noe som kan medføre uklare grenser ved den konkrete vurderingen.<sup>185</sup> Det er på det rene at det i enkelte tilfeller vil være høyst nødvendig med bruk av tvang. Dette kan særlig

---

<sup>184</sup> Linda Gröning, «Barnerett, strafferett eller barnestrafret?» i *Likestilling, barn og velferd: Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), 1. utg., Gyldendal 2020, s. 277-279.

<sup>185</sup> NOU 2008:15 s. 170.

illustreres ved Vollen-saken hvor en 15 år gammel jente gikk til angrep og drepte en ansatt ved en barneverninstitusjon, etter å ha utvist krevende atferd over lang tid. Den aktuelle institusjonen ble ilagt sanksjon av riksadvokaten for manglende risikovurdering i forkant av lovbruddet. Jeg mener den alvorlige hendelsen også burde sende et tydelig signal til lovgiver. Tilfeller som det foreliggende beror nødvendigvis ikke bare på manglende risikovurderinger på institusjoner, men også på det faktum at barnevernet ikke nødvendigvis innehar den riktige kompetanse og de nødvendige ressurser for å håndtere de aller farligste barna. Dette skyldes vel nettopp formelle hindringer i regelverket som gjør at det er krevende å ta vare på de aller farligste barna innenfor rammene av hva som er tillatt i et behandlingsøyemed.

Den økende bruken av forvaring av barn i norsk rett taler også for at det er en mangel av tilstrekkelig gode alternativer utenfor strafferetten for å ivareta farlige barn.<sup>186</sup> Dersom Norge skal få retten i tråd med anbefalinger etter barnekonvensjonen må det innenfor strafferettens område kanskje vurderes å innføre institusjoner som er særlig tilpasset farlige barn. Kanskje snakker vi her om et eget ungdomsstraffesystem som tar hensyn til barneperspektivet i større grad. Holmboe trekker frem at det i så fall vil være viktig å unngå at et velment tiltak ville bli like repressivt, men synes mindre inngripende, og dermed kanskje mer brukt.<sup>187</sup> Det viktige er i alle fall slik som jeg ser det at både domstolene og lovgiver blir enda mer bevisst over de forpliktelser som følger av barnekonvensjonen, og streber etter å etterkomme anbefalingene fra barnekomiteen for å ivareta kriminelle barn i enda større grad enn i dag.

Det er imidlertid viktig å påpeke at norsk rett det siste tiåret har beveget seg i riktig retning når det gjelder barn og straff. Det har blitt etablert egne straffereaksjoner for barn, samt regler som gjør frihetsberøvelse av barn enda strengere. Dette viser seg også gjennom innføringen av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» ved forvaring av barn. Om vilkåret har virket etter sin hensikt er imidlertid gjenstand for en annen diskusjon.

---

<sup>186</sup> Gröning (2020) s. 281.

<sup>187</sup> Holmboe (2020) s. 239.

## **Referanseliste**

### **Norske lover og forskrifter**

Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902, opphevet)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

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

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

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven)

Forskrift 5. mars 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (forvaringsforskriften)

### **Internasjonale konvensjoner**

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953). (Den europeiske menneskerettskonvensjon, EMK)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976). (Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP)

Convention on the Rights of the Children, 20 November 1989 (entered into force 2 september 1990). (FNs konvensjon om barnets rettigheter, BK)

### **Internasjonale anbefalinger**

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“The Beijing Rules”), General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. (Beijing-reglene)

## **Forarbeider**

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffekommisjonens delutredning VII

NOU 2008:15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll

Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

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

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

Prop. 108 L (2011-2012) Endringer i psykisk helsevernloven (regionale sikkerhetsavdelinger og enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå m.m.)

Innst. 83 L (2011-2012) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

## **Norske rettsavgjørelser**

Rt. 2002 s. 1677

Rt. 2002 s. 1673

Rt. 2003 s. 1787

Rt. 2004 s. 209

Rt. 2005 s. 284

Rt. 2005 s. 289

Rt. 2005 s. 941

Rt. 2006 s. 309

Rt. 2007 s. 187

Rt. 2007 s. 791

Rt. 2007 s. 1056 (NOKAS)

Rt. 2008 s. 1403

Rt. 2010 s. 1121

Rt. 2010 s. 1424

Rt. 2011 s. 1717

Rt. 2014 s. 495

Rt. 2014 s. 951

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2015 s. 155 (Rwanda)

HR-2017-290-A (Vollen)

HR-2018-104-A

HR-2018-675-A

HR-2018-2339-A

HR-2019-832-A (Vulkan)

HR-2020-661-S

HR-2020-1218-A

LG-2019-105200 (Varhaug)

LE-2019-122942 (Vinstra)

LB-2020-34882

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)**

*Case of Engel and others v. The Netherlands* [P], Application no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 08 June 1976, ECHR:1976:0608JUD000510071

*Case of Aksoy v. Turkey* [J], Application no. 21987/93, 18 December 1996, ECHR:1996:1218JUD002198793

*Case of V. v. The United Kingdom* [GC], Application no. 24888/94, 16 December 1999, ECHR:1999:1216JUD002488894

*Case of T. v. The United Kingdom* [GC], Application no. 24724/94, 16 December 1999, ECHR:1999:1216JUD002472494

*Case of Gnahoré v. France* [J], Application no. 40031/98, 19 September 2000,  
ECHR:2000:0919JUD004003198

*Case of Ünner v. The Netherlands* [GC] 2006, Application no. 46410/99, 18 October 2006,  
ECHR:2006:1018JUD004641099

*Case of Nunez v. Norway* [J], Application no. 55597/09, 28 June 2011,  
ECHR:2011:0628JUD005559709

*Case of Robathin v. Austria* [J], Application no. 30457/06, 03 July 2012,  
ECHR:2012:0703JUD003045706

*Case of M.K. v. France* [J], Application no. 19522/09, 18 April 2013,  
ECHR:2013:0418JUD001952209

### **Uttalelser fra FNs barnekomité**

Committee on the rights of the child, General comment No. 4 (2003), *Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/4, 1 July 2003

Committee on the rights of the child, General comment No. 5 (2003), *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003

Committee on the rights of the child, General comment No. 10 (2007), *Children's rights in juvenile justice*, CRC/C/GC/10, 25 April 2007

Committee on the rights of the child, General comment No. 14 (2013), *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14, 29 May 2013

Committee on the rights of the child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway*, Concluding observations: Norway, CRC/C/NOR/CO/5-6, 4 July 2018

Committee on the rights of the child, General comment No. 24 (2019), *on children's rights in the child justice system*, CRC/C/GC/24, 18 September 2019

## Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Andenæs (1976) Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 4. utg., Tanum-Norli 1976.
- Drake (2019) Drake, Kristine Breistein, «Forvaring av barn», *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 2019, s. 288-312.
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm 2017.
- Fause (2014) Fause, Anett Beatrix Osnes, «Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves politisær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1», *Tidsskrift for strafferett* nr. 1 2014, s. 45-59.
- Fornes (2018) Fornes, Ingun, *Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene*, Universitetet i Bergen 2018.
- Gröning (2020) Gröning, Linda, «Barnerett, strafferett eller barnestraf ferrett?», i *Likestilling, barn og velferd: Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), 1. utg., Gyldendal 2020.
- Gröning m.fl. (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.



- Gröning og Sætre (2019) Gröning, Linda og Hilde Svrljuga Sætre «Criminal Justice and Detention» i *Children's rights in Norway: An implementation paradox?*, Malcom Langford, Marit Skivenes og Karl Harald Søvig (red.), 1. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Haugen og Efstestad (2019) Haugen, Finn og Jon Sverdrup Efstestad, *Strafferett – håndbok*, 5. utg., Cappelen Damm Akademisk 2019.
- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Havre (2014) Havre, Merete, *Den store balansetesten – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell*, Universitetet i Oslo 2014.
- Holmboe (2020) Holmboe, Morten, «Forvaring av unge lovbrytere – et ubehagelig aktuelt tema», *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 2020, s. 227-252.
- Kjørholt (2020) Kjørholt, Elin Saga, «Prinsippet om barnets rett til liv, overlevelse og optimal utvikling» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) 4. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Matningsdal (2015) Matningsdal, Magnus, *Straffeloven: Kommentarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2015.
- Matningsdal (2020) Matningsdal, Magnus, «Strafferettslige reaksjoner mot barn – historisk utvikling og dagens rettstilstand», i *Likestilling, barn og velferd: Rettsfelt i utvikling. Til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Sigrid Eskeland Schütz, Ragna Aarli og Henriette Sinding Aasen (red.), 1. utg., Gyldendal 2020.

- Mæhle og Aarli (2017) Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal 2017.
- Rui (2018) Rui, Jon Petter, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og rett* nr. 3 2018, s. 129-130.
- Smith (2020) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter» i *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2020.

## Nettdokumenter

Politidirektoratet, *STRASAK-rapporten 2019: Anmeldt kriminalitet og politiets saksbehandling*, 2020, <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/strasak/2019/strasak-2019.pdf>

Magnus Matningsdal, *Norsk Lovkommentar: Straffeloven § 40*, Rettsdata.no (sist lest 10. november 2020)

