



Betydningen av ulike hensyn ved straff av barn som begår alvorlig kriminalitet

Av Mona Martnes

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
JUR-3901
Våren 2013*

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	5
1.1 Temaet i avhandlingen	5
1.2 Straff av barn	6
1.3 Ulike synspunkter på kriminalitet og barn som begår lovbrudd	9
1.4 Straff av barn fra 1900-tallet og frem til 2012	11
1.5 Oversikt over relevante straffereaksjoner	15
1.6 Hensyn og prinsipper under straffutmålingen	17
1.7 Problemstillingene i avhandlingen	20
1.8 Veien videre, metodikk og avgrensninger	21
2 STRAFFERETTSLIGE HENSYN	22
2.1 Innledning.....	22
2.2 Hensynet til utvist skyld	24
2.3 Allmennprevensjon	25
2.3.1 Utgangspunktet for en allmennpreventiv effekt av strengere straffer.....	25
2.3.2 Kritikkk av hensynet	27
2.4 Individualprevensjon	31
2.4.1 Ulike sider av hensynet til individualprevensjon.....	31
2.4.2 Rehabilitering og reintegrering	32
2.4.3 Samfunnsvern.....	34
2.4.4 Avskrekking.....	36
2.5 Rettferdighet, forholdsmessighet og den alminnelige rettsoppfatning.....	37
2.5.1 Hensyn med nær sammenheng med hverandre.....	37
2.5.2 Den alminnelige rettsoppfatningen	38
2.5.3 Forholdsmessighet og straffverdighet	39
2.5.4 Likebehandling	40
2.5.5 Rettferdighet	41
2.6 Oppsummering av vurderingene i kapittel 2.....	41
3 SÆSRKILTE HENSYN VED STRAFF AV BARN	41
3.1 Innledning.....	41
3.2 Prinsippet om barnet beste.....	44
3.2.1 Prinsippetets betydning i strafferetten	44
3.2.2 Det enkelte barnets beste eller barns beste generelt.....	45

3.2.3 Innholdet i prinsippet	46
3.2.4 Et grunnleggende hensyn	50
3.3 Andre grunnprinsipper ved straff av barn	51
3.4 Barnets beste, rehabilitering og reintegrering	54
4 VALGET MELLOM FENGSELSSTRAFF OG SAMFUNNSSTRAFF	55
4.1 Innledning	55
4.2 Hovedregelen for å idømme samfunnsstraff overfor barn	56
4.2.1 Straffeloven § 28a og vilkåret om at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet	56
4.2.2 Rt. 2010 s. 1313, Avveiningen mellom allmennprevensjon og individualprevensjon	58
4.3 Hensynet til individualprevensjon	62
4.4 Allmennprevensjon, kulturelle verdier og straffeverdighet	67
4.4.1 Bruk av fengsel overfor barn	67
4.4.2 Rt. 2010 s. 1317, uaktsomt bildrap	70
4.4.3 Rt. 2012 s. 34, medvirkning til selvmord	75
4.4.4 Rt. 2013 s. 67, vilkåret om at ubetinget fengsel må være særlig påkrevd	80
4.5 Barnets beste, individualprevensjon og allmennprevensjon	83
5 LENGDEN PÅ FENGSELSSTRAFFEN	85
5.1 Innledning	85
5.2 Lengstestraff og muligheten til å gå under det fastsatte lavmål	86
5.3 Rt. 2011 s. 774, hensynet til utvist skyld ved drap utført under rusutløst psykose	88
5.4 Hensyn som vektlegges i lovgivning og av Høyesterett	92
6 FORVARING OG HENSYNET TIL SAMFUNNSVERN	92
6.1 Innledning	92
6.2 Vilkåret om at det må foreligge helt ekstraordinære omstendigheter	93
6.3 Høyesterettspraksis og forvaring ved ung gjerningsperson	95
6.4 Betydningen av hensynet til samfunnsvern i form av forvaring	97
7 UNGDOMSSTRAFF OG GJENOPPRETTENDE PROSESS	97
7.1 Egen straffeaksjon for unge lovbytere	97
7.2 Gjenopprettende prosess i strafferetten	98
7.2.1 Ide og anvendelsesområdet	98
7.2.2 Hovedhensyn og formål med gjenopprettende prosess	99
7.3 Anvendelsesområdet for ungdomsstraff	101
7.3.1 Oversikt over vilkårene for å idømme ungdomsstraff	101
7.3.2 Ulike hensyns betydning for ved hvor alvorlige lovbrudd ungdomsstraff kan idømmes ..	103

7.4 Utformingen av ungdomsstraff	104
7.4.1 Oversikt over straffens innhold	104
7.4.2 Den gjenopprettende delen av straffereaksjonen	105
7.5 De ulike hensynene ungdomsstraff kan ivareta	107
7.6 De ulike hensynene som har hatt betydning ved utformingen av ungdomsstraff	110
8 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	111
9 KILDER	115
Lover	115
Forarbeid og publikasjoner fra offentlige organer	116
Rettspraksis	117
Internasjonale kilder.....	119
Litteraturliste.....	120
Kilder fra internett.....	124

1 INNLEDNING

1.1 Temaet i avhandlingen

Temaet i denne avhandlingen er hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved straff av barn som begår alvorlig kriminalitet, og hvordan disse hensynene innvirker i utforming av lovregler som regulerer straffespørsmålet og under straffutmålingen i konkrete saker.

Etter straffeloven § 46 kan barn som er fylt 15 år straffeforfølges.¹ En person er mindreårig og regnes som barn frem til de fyller 18 år, jf. vergemålsloven § 1.² Også i barnekonvensjonen menes med barn som utgangspunkt ethvert menneske under 18 år, jf. artikkel 1.³

Barnekonvensjonen gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.⁴ For temaet i denne avhandlingen er det barn som kan straffes, og dermed er mellom 15 og 18 år, som er relevant. Når jeg benytter uttrykket barn eller unge sikter jeg derfor til denne aldersgruppen.

Straff har av Andenæs blitt definert som et onde som påføres andre i den hensikt at det skal føles som et onde.⁵ I Rt. 1977 s. 1207 benyttet Høyesterett seg av den samme definisjonen, og den har blitt den vanlige norske definisjonen på straff.⁶ Nils Christie trekker frem pine-elementet i straffen, uten at han vil definere hva pine er, og mener at bruk av pine bør begrenses til et minimum.⁷ Dette pine-elementet eller tilsiktede ondet, gjør at straff har et klart negativt preg.⁸

¹ Almindelig borgelig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven).

² Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige (vergemålsloven).

³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheter i norsk rett (menneskerettsloven) § 3.

⁵ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5 utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2010 s. 10.

⁶ Rt. 1977 s. 1207 (s.1210)

⁷ Nils Christie, *pinens begrensninger*, 3. utgave, Oslo 1996 s. 11–13.

⁸ Jørn RT Jacobsen, "Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad", *Tidsskrift for strafferett*, 2004 s. 394–438 (s.395).

Strafferetten er hele tiden under utvikling, og ulike strafferettsteorier legger ulik mening i hva som er straff. I nyere tid har det kommet retninger innenfor strafferetten hvor det mest fremtredende fokuset ikke er at straff skal føles som et onde, men at straffen skal ha andre funksjoner. Felles for straff er i alle tilfeller at det er en reaksjon som påføres den som har begått et lovbrudd, som en følge av lovbruddet.

1.2 Straff av barn

Mellom barn som begår lovbrudd og voksne lovbrøyttere, er det en rekke faktiske forskjeller. Barns sårbarhet gjør at det er av stor betydning hvilke straffereaksjoner som benyttes, og hvordan de utformes. Straff, og da særlig fengsel, vil kunne virke mer belastende for barn enn for voksne lovbrøyttere.⁹ Fengsel kan også være skadelig for barns utvikling og gjøre det vanskeligere for barnet å komme tilbake til samfunnet uten å begå nye lovbrudd.¹⁰ Barn har ikke nødvendigvis like utviklet oppfatning av om hva som er rett og galt som voksne, og de kan mangle nødvendige forutsetninger for risikovurderinger og å styre impulser. Dette gjør at skyldenvnen kan være mindre.¹¹ Det er også ofte barn som har hatt mange problemer i oppveksten eller hjemmeforholdene som begår alvorlige lovbrudd, og som dermed straffes hardest. Straff rammer altså ofte en gruppe barn som i utgangspunktet er svakt stilt.¹² I tillegg har staten et særskilt ansvar for barns velferd og utvikling, og det ansvaret må også ivaretas når det reageres strafferettslig overfor barn som har begått alvorlige lovbrudd.

Som følge av de faktiske forskjellene mellom barn og voksne som begår lovbrudd gjelder det enkelte særregler for straff av barn. Disse reglene følger av internasjonale menneskerettigheter, nasjonal lovgivning og rettspraksis. Reglene for straff av barn som følger av straffelovgivningen gjelder når gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet.¹³

⁹ NOU 2008:15 Barn og straff s. 22 og s. 135.

¹⁰ NOU 2008: 15 s. 23 og s. 137.

¹¹ NOU 2008:15 s. 135.

¹² Se NOU 2008: 15 kapittel 4 og s. 46 og Davis J. Smith "The need for a fresh start" i *A New Response to Youth Crime*, Devon 2010 s. 1–16 (s. 3).

¹³ Se for eksempel straffeloven §§ 18, 28 annet ledd, 28a annet ledd, 28 c første ledd bokstav a og lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 96 tredje ledd og 99 første ledd.

Av de internasjonale menneskerettighetene, er barnekonvensjonen viktigst for temaet i denne avhandlingen. Barnekonvensjonens artikkel 3 gir uttrykk for et generelt prinsipp om at hensynet til barnet beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Prinsippet gjelder også når det reageres strafferettslig overfor barn som begår alvorlige lovbrudd.¹⁴ Barnekonvensjonens artikkel 37 og 40 gjelder barn som er i konflikt med loven eller er berøvet friheten, og er derfor også av betydning. Disse bestemmelsene gir i tillegg til enkelte konkrete regler, også uttrykk for noen overordnede hensyn ved straff av barn.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er også relevant når barn begår lovbrudd.¹⁵ Menneskerettskonvensjonen er på samme måte som barnekonvensjonen, gjort til norsk rett og skal ved motstrid ha forrang, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Menneskerettskonvensjonens bestemmelser er dynamiske og autonome, og praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er en sentral rettskilde også når norske domstoler skal tolke innholdet i konvensjonens bestemmelser.¹⁶ På grunn av at menneskerettskonvensjonen hovedsakelig inneholder prosessuelle rettsikkerhetsgarantier, og oppstiller få materielle krav ved straff av barn, er den mindre relevant for temaet i denne avhandlingen enn barnekonvensjonen.

Innenfor rammene av grunnloven og de inkorporerte menneskerettighetene står lovgiver i stor grad fritt til å utforme ulike regler om straff av barn. Ulike hensyn vil derfor kunne ha betydelig innvirkning når lovgiver fastsetter regler for straff av barn. I norsk strafferett er strafferammene vide, det er få bestemmelser om hvordan straffutmålingen skal finne sted. Når barn begår lovbrudd har domstolen anledning til å gå utenfor de ordinære strafferammene og velge andre straffereaksjoner enn straffebudet oppstiller.¹⁷ Derfor blir ulike hensyn under straffutmålingen viktige også for domstolene.

¹⁴ Se Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13.

¹⁵ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (menneskerettskonvensjonen).

¹⁶ Se Rt. 2002 s. 557, Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹⁷ Se blant annet straffeloven § 55 og Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven 2005) §§ 33, 78a og 80.

Ved straff av barn er det i både samfunnets og barnets interesse at måten det reageres, gjør barnet i stand til å leve et liv uten kriminalitet. Et svært viktig hensyn er derfor hensynet til rehabilitering. Ved alvorlige lovbrudd vil imidlertid også hensynet til andre borgeres sikkerhet, allmennprevensjon, straffverdighet, rettferdighet, forholdsmessighet og enkelte andre hensyn, kunne få betydning. Både rehabilitering og de øvrige hensynene som her er nevnt, er hensyn som også er relevante når voksne begår lovbrudd. På grunn av at barn på mange måter skiller seg fra voksne, er det likevel ikke gitt at disse hensynene har eller bør ha samme betydning ved straff av barn.

Hensynene som gjør seg gjeldende, kan tale for at det idømmes ulike typer straffereaksjoner, med varierende lengde. Det kan derfor oppstå en spenning mellom de forskjellige hensynene.¹⁸ En slik spenning kan være tilstede ved mindre alvorlige lovbrudd. Men når barn begår alvorlig kriminalitet, vil denne spenningen være størst. Lesley McAra redegjør for to ulike sett med kriterier som straff av barn bør oppfylle, og som illustrerer denne problematikken. Straffen skal hjelpe domfelte til å endre adferd, utvikle seg og å komme over sine problemer og den bør innebære et vendepunkt i domfeltes liv. I tillegg skal straffen være en fast, hurtig og passende reaksjon som, om nødvendig, ivaretar samfunnets og borgernes behov for beskyttelse.¹⁹

Avveiningen av ulike hensyn må foretas både når lovgiver utformer regler som gjelder straff av barn, i konkrete saker hvor domstolen tar stilling til hvilke straff som skal idømmes og under straffegjennomføringen.

¹⁸ David J. Smith "Changing patterns of youth" i *A New Response to Youth Crime*, Devon 2010 s. 17–54 (s. 17).

¹⁹ Lesley McAra, "Models of youth justice" i *A New Response to Youth Crime*, Devon 2010 s. 287–318 (s. 288).

1.3 Ulike synspunkter på kriminalitet og barn som begår lovbrudd

Hvilke reaksjon lovbrudd eller sosiale avvik møtes med, avhenger av hvordan de tolkes.²⁰ Lovbrudd kan for eksempel tolkes som moralsk klandreverdige opptreden som må hindres, eller som handlinger utløst av bakenforliggende forhold som kan behandles om årsakene avdekkes.²¹ Nils Christie gir uttrykk for at en måte å se på lovbrudd eller sosiale avvik på, hvor kriminalitet blir sett på som et produkt av historiske, kulturelle, sosiale og mentale prosesser.²² Han skriver at menneskers handlinger kan bli sett på som: "dårlige, gale, onde, forfeilet ære, ungdomsbravader, politisk heroisme – eller kriminalitet."²³ Enkelte ganger kan det være både riktig og nødvendig å se på handlinger som kriminalitet.²⁴ Dette gjelder kanskje særlig når det er snakk om alvorlige lovbrudd, slik som temaet er i denne avhandlingen. Men selv om en handling defineres som kriminalitet, kan det være viktig å ha øynene opp for hva disse handlingene kan være et produkt av. Dette vil kunne hjelpe i vurderingen av hvilke reaksjoner handlingene bør møtes med.

Lesley McAra trekker frem fire paradigmer innenfor straff av barn, som viser ulike syn på lovbrudd begått av barn og hvordan de bør møtes.²⁵ Disse kommer med ulike løsninger som balanserer hensynene som gjør seg gjeldende.²⁶ Det første paradigmet kaller hun *rettferdigstraff-paradigmet*, det andre *velferds-modellen*, det tredje *gjenopprettende-paradigmet* og det siste *actuarial-modellen*.²⁷

De ulike paradigmene innebærer forskjellige syn på barn i konflikt med loven. McAra mener at *rettferdigstraff-paradigmet* ser på barnet som et individ med rettigheter og ansvar.²⁸ Dette innebærer at for barn over den kriminelle lavalderen, er lovbrudd forstått som produkt av relasjonelle valg, slik at det er forventet at barnet tar ansvar for sine handlinger.²⁹ Formålet

²⁰ Kjersti Ericsson, *Forsømte eller forbryterske*, Oslo 1996 s. 16.

²¹ *ibid.*

²² Nils Christie, *En passende mengde kriminalitet*, Oslo 2004 s. 22.

²³ *ibid.*

²⁴ *ibid.*

²⁵ McAra (2010) s.288–291.

²⁶ *ibid.*

²⁷ McAra (2010) s.290 og 291.

²⁸ McAra (2010) s.289.

²⁹ *ibid.*

med straff av barn er både straff og prevensjon.³⁰ Rettferdig straff er basert på klassisistiske prinsipper hvor det skal være proporsjonalitet mellom lovbrudd og straff.³¹

I *velferds-modellen* er barnets velferd, staten og samfunnets ansvar.³² Kriminalitet er uttrykk for at barnet har det vanskelig, og barnet blir ikke sett på som fullt ansvarlig for sine handlinger.³³ Formålet med straff blir behandling og rehabilitering.³⁴

Ved paradigmet om *gjenopprettende straff* blir barnet sett på som et produkt formet av samfunnet og den kulturelle konteksten.³⁵ Barn har både positive forpliktelser og rettigheter, og blir betraktet som rasjonelle individer med ansvar for sine handlinger og følgene av dem.³⁶ Reaksjonen skal støtte ofrene for lovbruddet, gjenopprette skadene fra det og barnet skal reintegreres i samfunnet.³⁷

I *actuarial-modellen* er straff et virkemiddel for å beskytte borgene i samfunnet mot risikoen for lovbrudd.³⁸ Barn som begår lovbrudd blir sett på som potensielt farlige for andre i samfunnet, og straffen skal derfor være utformet og tilpasset den risikoen barnet utgjør.³⁹ Hovedhensynet med straff er hensynet til samfunnsvern.

Norsk strafferett har, på samme måte som de fleste andre land i Europa, forsøkt å balansere de ulike hensynene fra de fire paradigmene. Hvilke hensyn som råder, er likevel avhengig av flere forhold. Lovgivningen vil særlig påvirkes av de rådende politiske oppfatninger. I enkeltsaker vil domstolens oppfatning kunne påvirkes av de konkret omstendighetene i saken.

³⁰ *ibid.*

³¹ *ibid.*

³² *ibid.*

³³ *ibid.*

³⁴ *ibid.*

³⁵ McAra (2010) s.289–291.

³⁶ *ibid.*

³⁷ *ibid.*

³⁸ *ibid.*

³⁹ *ibid.*

1.4 Straff av barn fra 1900-tallet og frem til 2012

At særskilte hensyn gjør seg gjeldende ved valg av straffereaksjon overfor barn som begår straffbare handlinger, er noe rettsvesenet har forsøkt å tilpasse seg i over hundre år. I løpet av denne tidsperioden har det vært forskjell på hvilke av paradigmene nevnt i forrige punkt, som har hatt størst tilslutning.

De første store endringene i hvordan barn som begår lovbrudd ble behandlet, kom med strafferettsreformen i 1896.⁴⁰ Med denne reformen ble det vedtatt en kriminell lavalder på 14 år istedenfor 10, og lovbrutere under 14 år ble overlatt til hjem og skole.⁴¹ På samme tid ble det for første gang etablert et kommunalt barnevernssystem.⁴² Vergerådsloven skulle ivareta barn som begikk lovbrudd gjennom behandling istedenfor straff.⁴³ Virkemiddelet som ble benyttet for å få bukt med kriminalitet, var opplæring og oppdragelse, blant annet gjennom tvangsskole og skolehjem.⁴⁴ Synet på barn som begikk lovbrudd på denne tiden, samsvarte med synet på barn i velferds-modellen. Straffereaksjonene var imidlertid ofte inngripende og lange og etter hvert ble det reist kritikk mot disse, fordi de ble oppfattet som urettferdige, og ineffektive.⁴⁵ Som svar på denne kritikken ble barnevernsloven av 1953 vedtatt.⁴⁶ Og på 1960-tallet kom det gjennom vedtakelse av ungdomsarrest og ungdomsfengsel som begge hadde pønalt formål, et skifte hvor straffen skulle innebære straff fremfor skole og opplæring.⁴⁷ Lov om ungdomsfengsel skulle gi de unge lovbruterne en rask og konsekvent reaksjon, og dermed gjøre at de avholdt seg fra nye lovbrudd.⁴⁸ Synet på barnet som uten ansvar og i behov for opplæring, skiftet dermed til et syn på barnet som rasjonelt og ansvarlig for sine handlinger.

Loven om ungdomsfengsel ble, etter mye kritikk, opphevet allerede i 1975. Oppfatningen av barn som begår lovbrudd så likevel ut til å holde seg relativt likt, straff med pønale formål var hovedredaksjonen. Under hele denne perioden var det likevel debatter hvor det ble gitt uttrykk

⁴⁰ Ericsson (1996) s. 13.

⁴¹ Ericsson (1996) s. 20.

⁴² Ericsson (1996) s. 20.

⁴³ Lov 6. juni 1896 om behandling av forsømte børn (vergerådsloven).

⁴⁴ Prop. 135 L (2010–2011) s. 15 og Ericsson s. 20.

⁴⁵ Ericsson (1996) s. 28.

⁴⁶ Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern.

⁴⁷ Ericsson (1996) s. 28 og 32.

⁴⁸ Lov 9. april 1965 nr. 3 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrutarar.

for andre syn på hvordan disse barna burde håndteres. Det var derfor ikke noen ensartet oppfatning av hva som var best måte å reagere på. Et eksempel på at hensynet til individualprevensjon også kunne få avgjørende betydning, er Rt. 1983 s. 1313.⁴⁹

I 1990 ble den kriminelle lavalderen hevet til 15 år.⁵⁰ Og i 1991 ble samfunnstjeneste og overføring til konfliktråd vedtatt.⁵¹ Dette var reaksjoner som i større grad tok hensyn til individualprevensjon ved at de ikke innebar frihetsberøvelse, men de var hovedsaklig beregnet for mindre alvorlige lovbrudd som vinningsforbrytelser og skadeverk.⁵² For unge som begikk alvorlige lovbrudd som grov vold og sedelighetsforbrytelser, var det ubetinget fengsel som var alternativet, likevel slik at domstolen i mange tilfeller la vekt på ung alder og individualpreventive hensyn ved fastsettelse av lengden på straffen.⁵³

Samfunnstjeneste ble i 2001 erstattet med samfunnsstraff, og i forarbeidene ble det fremhevet at denne reaksjonen var særlig egnet for unge lovbytere.⁵⁴ Etter denne endringen har utviklingen gått i retning av at flere unge idømmes samfunnsstraff istedenfor ubetinget fengsel.⁵⁵ Dette gjelder også for alvorlige lovbrudd, slik at samfunnsstraff nå, i mange tilfeller er et reelt alternativ til ubetinget fengsel. Noe av økningen i bruk av samfunnsstraff skyldes artikkel 3, 37 og 40 i barnekonvensjonen, som ble inkorporert i norsk lov i 2003. De første årene etter at konvensjonen ble gjort til norsk rett, var det imidlertid lite spor etter disse bestemmelsene i konkrete saker og i straffelovgivningen, noe som alle fall delvis var begrunnet i en oppfatning av at norsk rett var i overenstemmelse med bestemmelsene i konvensjonen.⁵⁶

⁴⁹ Rt. 1983 s. 1313 s. 1317.

⁵⁰ Lov 12. juni 1987 nr. 51.

⁵¹ Lov 15. mars 1991 nr. 4 og lov 15. mars 1991 nr. 3 om megling i konfliktråd (konfliktrådsloven).

⁵² Ot.prp.nr.72 (1989–1990) s. 10–11 og s. 40 og Ot.prp.nr.56 (1989–1990) s. 10.

⁵³ Se for eksempel Rt. 1994 s. 621 hvor det var dissens vedrørende spørsmålet om det skulle idømmes samfunnstjeneste eller ubetinget fengsel.

⁵⁴ Lov 18. mai 2001 nr. 21 og Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) s. 176.

⁵⁵ Se Rt. 2010 s. 1313.

⁵⁶ Se Rt. 2004 s. 804 avsnitt 18 og 19 og Ot.prp.nr.45 (2002–2003) s. 26.

Ved vedtakelsen av straffeloven 2005, ble det vedtatt enkelte regler tilpasset unge lovbryttere.⁵⁷ En av disse reglene var 2005-lovens § 33, om at fengsel bare kan idømmes når det er særlig påkrevd, som var ansett hovedsakelig å gi uttrykk for gjeldende rett.⁵⁸

Straffeloven 2005 er imidlertid bare delvis trådt i kraft, og ved lov 20. januar 2012 ble straffeloven av 1902 endret slik at innholdet i de to straffelovene i all hovedsak er lik på dette rettsområdet. Med denne endringsloven ble også flere andre særregler som gjelder straff av barn vedtatt, deriblant straffeloven § 18, som slår fast at barn bare kan idømmes ubetinget fengsel når det er særlig påkrevd.

Lovendringene ble til etter grundig utredning, hvor det særlig ble utredet alternativer til bruk av fengselsstraff og varetekt overfor personer mellom 15 og 18 år.⁵⁹ Utvalget som stor for utredningene (heretter Barn og straff-utvalget), skulle også vurdere hvilke andre tiltak samfunnet burde ha til rådighet når denne gruppen begår alvorlig eller gjentatt kriminalitet.⁶⁰ Lovendringene viser et økt fokus på hensynet til individualprevensjon og hensynet til barnets beste. Et økt fokus på disse hensynene, har også funnet sted i rettspraksis.⁶¹

Ved lov 20. januar 2012 ble det også vedtatt en ny straffeaksjon, kalt ungdomsstraff. Ungdomsstraff er enda ikke trådt i kraft, men skal ved ikrafttredelse benyttes når barn begår alvorlige lovbrudd.⁶² Straffereaksjonen er basert på prinsipper fra restorative justice, som på norsk har blitt oversatt til gjenopprettende prosess.⁶³ Under arbeidet med en rapport om økt bruk av konfliktråd, benyttet arbeidsgruppen seg av denne oversettelsen av Tony Marshalls definisjon av gjenopprettende prosess:

"Restorative justice er en prosess hvor alle som er berørt av et lovbrudd eller en konflikt i felleskap samarbeider for å bestemme hvordan man skal håndtere virkningene av lovbruddet eller konflikten og dets følger for fremtiden."⁶⁴

⁵⁷ Straffeloven 2005 §§ 33 og 43.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 436.

⁵⁹ NOU 2008: 15.

⁶⁰ NOU 2008: 15 s. 3 og s. 9–10.

⁶¹ Se kapittel 4 og 5.

⁶² Lov. 20. januar del I § 28c.

⁶³ Uttrykket gjenopprettende prosess er innarbeidet i Rapport om økt bruk av konfliktråd, 30. september 2011, utgitt av Justis- og beredskapsdepartementet, se særlig rapportens avsnitt 3.2.

⁶⁴ Rapport om økt bruk av konfliktråd, avsnitt 3.1 (s. 14).

Denne definisjonen gir uttrykk for enkelte hovedpunkter ved gjenopprettende prosess, men som John Braithwaite gir uttrykk for, sier den ikke noe om hvem eller hva som skal gjenopprettes og den definerer ikke hovedformålene og verdiene som ligger til grunn for gjenopprettende prosess.⁶⁵ Disse grunnverdiene er: "healing rather than hurting, moral learning, community participation and community caring, respectful dialogue, forgiveness, responsibility, apology and making amends".⁶⁶ Det ligger i Tony Marshalls definisjon at gjenopprettende prosess er en prosess, og ikke nødvendigvis bare en straffereaksjon.

Når barn begår alvorlige lovbrudd kan også barnevernet iverksette tiltak. Reaksjoner ilagt av barnevernet vil fokusere på barnets velferd, og ikke på straff. Barnevernet kan iverksette reaksjon etter kriminalitetsalternativet i barnevernsloven § 4-24 ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet begått av noen under 18 år.⁶⁷ Slike barnevernstiltak har ingen nedre aldersgrense. I enkelte saker hvor det har vært fastsatt slike tvangstiltak, har domstolen valgt å idømme betinget fengsel, slik at barnevernstiltak med fokus på omsorg og utvikling blir den mest følbare reaksjonen.⁶⁸ Tvangstiltak etter kriminalitetsalternativet i barnevernsloven § 4-24 er ikke straff etter norsk rett, men må anses som straff etter EMK artikkel 6 og tilleggsprotokoll 7 artikkel 4. Straffebegrepet i EMK er autonomt og avgjøres etter de såkalte "Engel-kriteriene".⁶⁹ Det kan derfor som hovedregel ikke reises straffesak for samme straffbare forhold etter at barnevernvedtaket er endelig, på grunn av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK TP.7 artikkel 4.⁷⁰ Denne problematikken vil jeg ikke gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

Utviklingen i Norsk rett når det gjelder straff av barn, synes etter det som er gjennomgått ovenfor, å gå i retning av at barn som begår lovbrudd blir oppfattet på ulike måter, med den følge at det er tilgjengelig flere forskjellige reaksjoner.

⁶⁵ John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York 2002 s. 11.

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernsloven).

⁶⁸ Se Rt. 2009 s. 324 og mindretallet i Rt. 2000 s. 822.

⁶⁹ EMDs dom 8. Juni 1976 *Engel mfl. mot Nederland* avsnitt 82, Rt. 2003 s. 1827 og Rt. 2012 s. 1051 avsnitt 37 og 45

⁷⁰ Rt. 2012 s. 1051 avsnitt 29.

1.5 Oversikt over relevante straffereaksjoner

De alminnelige straffer i norsk rett er etter straffeloven § 15 fengsel, forvaring, hefte, samfunnsstraff, bøter og rettighetstap. Av disse er det ubetinget fengsel hvor deler av denne gjøres betinget, forvaring og samfunnsstraff som særlig er aktuelle når barn begår alvorlige lovbrudd. Når ungdomsstraff trår i kraft, vil denne inngå som en av de alminnelige straffereaksjonene, og vil være aktuell når barn begår alvorlige lovbrudd.⁷¹

Fengselsstraff kan deles opp i ubetinget og betinget fengsel. Ubetinget fengsel innebærer frihetsberøvelse ved at straffen må sones i fengsel. Ved betinget fengsel utsettes hele eller deler av fengselsstraffen slik at domfelte slipper frihetsberøvelse så fremt fastsatte vilkår overholdes under prøvetiden. Fordi betinget fengsel ikke innebærer frihetsberøvelse, er reaksjonen mindre belastende enn ubetinget fengsel.⁷² Domstolens hjemmel til å idømme betinget fengsel er i straffeloven § 52, som fastsetter at retten i dommen kan bestemme at fastsetting eller fullbyrding kan utsettes i en prøvetid. Prøvetiden er normalt på to år, og den kan ikke overstige fem år, jf. 53 nr. 1.

Forvaring er en tidsbestemt straff, hvor det skal fastsettes en lengstetid som kan forlenges med inntil 5 år av gangen, jf. straffeloven § 39e første ledd. Etter bestemmelsens annet ledd skal det også fastsettes en minstetid for forvaring som ikke må overstige ti år. Straffeloven 2005 § 40 viderefører hovedsakelig gjeldende rett. Det sentrale med forvaring er at fengselsstraffen kan forlenges etter bestemte regler for å verne samfunnet mot alvorlige forbrytere, når ubetinget fengsel for en bestemt tid ikke strekker til, jf. straffeloven § 39c. Forvaringen vil i utforming være lik ubetinget fengsel. Forskjellen for domfelte er at det er usikkert hvor lenge han eller hun vil være fengslet.

Samfunnsstraff er en reaksjon som gjennomføres i frihet, og skal inneholde element av både straff, behandling og opplæring.⁷³ Etter straffeloven § 28a tredje ledd bokstav a, b og c, skal retten når den idømmer samfunnsstraff, fastsette et timeantall for straffen, en subsidiær

⁷¹ Lov 20. januar 2012 del I § 15.

⁷² Prop. 135 L (2010–2011) s. 93.

⁷³ NOU 2008: 15 s. 145.

fengselsstraff og en gjennomføringstid som normalt skal svare til den subsidiære fengselsstraffen. Retten kan også bestemme at domfelte skal overholde enkelte bestemmelser gitt av kriminalomsorgen, jf. § 28a femte ledd. Det er kriminalomsorgen som fastsetter det nærmere innholdet i samfunnsstraff innenfor de rammene domstolen setter, jf. straffgjennomføringsloven § 53 annet ledd.⁷⁴ I utredningen *Barn og straff* legges det til grunn at samfunnsstraff vanligvis vil være mindre belastende enn ubetinget fengsel, og mer belastende enn betinget fengsel.⁷⁵

Når ungdomsstraff trår i kraft, vil vilkårene for når domstolen kan idømme ungdomsstraff fremgå av straffeloven § 28c.⁷⁶ Etter denne bestemmelsen følger det at ungdomsstraff skal være et alternativ til ubetinget fengsel og samfunnsstraff når barn begår alvorlig eller gjentatt kriminalitet, jf. straffeloven § 28c første ledd bokstav b.⁷⁷ Denne straffen er ikke ment å være en mild straffereaksjon og den er utformet slik at det skal føles som straff, for at barnet skal forstå at de straffbare handlingene har konsekvenser.⁷⁸ Reglene for gjennomføringen av ungdomsstraffen skal fremgå av konfliktrådsloven kapittel III.⁷⁹ Gjennomføringen er todelt, og starter med at alle med tilknytning til saken møter i ungdomsstormøte, jf. konfliktrådsloven § 18 annet ledd. Under ungdomsstormøtet skal det utformes en plan med en gjennomføringstid fra 6 måneder til 3 år, jf. konfliktrådsloven § 19. Etter ny bestemmelse i konfliktrådsloven § 2a skal det i hvert konfliktråd være en eller flere ungdomskoordinatorer som har ansvaret for gjennomføring av ungdomsstraff i samarbeid med oppfølgingsteamet, jf. konfliktrådsloven § 20.⁸⁰

⁷⁴ Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffgjennomføringsloven).

⁷⁵ NOU 2008: 15 s. 145.

⁷⁶ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

⁷⁷ NOU 2008: 15 s. 148.

⁷⁸ NOU 2008: 15 s. 148.

⁷⁹ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

⁸⁰ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

1.6 Hensyn og prinsipper under straffutmålingen

De hensynene som benyttes under straffespørsmålet, vil være rettkildefaktorer, og hører i norsk rett under kategorien reelle hensyn. Reelle hensyn defineres på forskjellige måter av ulike forfattere. Asbjørn Kjørstad kaller reelle hensyn en heterogen samlekategori av forskjellige rettslig relevante argumenter.⁸¹ Jan Fridthjof Bernt skisserer reelle hensyn i tre grupper av verdier.⁸² Den første er positiverte verdier som er en del av formålet med en lov eller rettsregel.⁸³ Den andre er generelle rettslige verdier som i tillegg til å ha en klar forankring i positiv rett som begrunnelse for rettsregler, også gjelder på flere områder.⁸⁴ Og den siste er bredere samfunnsmessige verdier, som er verdier med en allmenn eller bred oppslutning.⁸⁵ I denne avhandlingen vil hensyn som hører hjemme i alle disse tre gruppene bli berørt, og noen faller inn under flere enn en gruppe.

Nils Nygaard skriver at reelle hensyn vil kunne få sin legitimitet som rettskilde, gjennom ulike autoriserings- eller legitimeringssystemer.⁸⁶ Enkelte hensyn vil være legitimert som rettskilde gjennom lovgivers tilslutning til hensynet direkte i loven eller i forarbeidene, eller gjennom Høyesteretts bruk av hensynet.⁸⁷ Andre vil være legitimert gjennom vår juridiske kulturarv, den allmenne rettsoppfatningen i samfunnet eller samfunnsmessige verdier.⁸⁸ Også de hensynene lovgiver vektlegger må ha legitimitet. Slik at det ofte vil være snakk om hensyn som først springer ut av generelle rettslige- eller bredere samfunnsmessige verdier, og som så blir positivert gjennom lovgivers tilslutning til disse. Eskeland er inne på dette når han skriver at reelle hensyn i strafferetten er kulturelle verdier, som styrer både hvordan lovgiver utformer regler og hvordan domstolene utmåler straffer.⁸⁹

⁸¹ Asbjørn Kjørstad, "Reelle hensyn som rettskilde", i *Dog Fred er ej det Bedste. Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Oslo 2006 s. 357 (s. 360).

⁸² Jan Fridthjof Bernt, "Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter", *Kritisk juss*, 1995 s. 10–36 (29–30).

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ *ibid.*

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ Nils Nygaard, *rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004 s. 50.

⁸⁷ Nygaard (2004) s. 44–48.

⁸⁸ Nygaard (2004) s. 50.

⁸⁹ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utgåve, Oslo 2006 s. 53.

Som Nygaard skriver, kan det reise kritikk mot ulike hensyns rettslige legitimitet, selv om de er legitimert som rettskilde.⁹⁰ Å rette et kritisk søkelys mot ulike reelle hensyns rettslige legitimitet, kan kanskje særlig være viktig i tilknytning til særskilte problemstillinger, slik som i denne avhandlingen hvor jeg undersøker hvordan de ulike hensynene benyttes overfor barn. At man kan si at rettsregler har legitimitet innebærer at man kan rettferdiggjøre reglene på grunnlag av verdier.⁹¹ Med legitimitet, menes det her den materielle legitimitet, ikke den formelle legaliteten som lovkravet er et eksempel på.⁹² Når de fleste hensynene har sitt utgangspunkt i kulturelle verdier, innebærer dette at deres innhold og legitimitet vil kunne endre seg i takt med samfunnsoppfatninger eller den kontekst de benyttes i.

I straffutmålingen har ulike reelle hensyn fått karakter av det som kalles straffutmålingsprinsipper eller straffutmålingstradisjon. Som ved rettsprinsipper generelt, vil også straffutmålingsprinsipper ha en karakter av retningslinjer eller rettsregel som kan bidra til å gi rettsregelen et innhold den ellers ikke ville fått.⁹³ Straffutmålingsprinsippene kan være av en slik karakter at de gir uttrykk for bindende retningslinjer ved utmåling av straff. Oppfatningen av rettsprinsipper som regler med substansielle størrelser, er ikke den eneste oppfatningen. Steinar Fredriksen skriver at prinsippbegrepet også kan benyttes som en betegnelse på en samling av regler eller for å skjule rettsanvenderens vurdering med hensyn til rettens innhold.⁹⁴ Når det kan sies å være straffutmålingstradisjon for å vektlegge et hensyn, vil hensynet kunne være av mindre bindende karakter enn hensyn som inngår i betegnelsen straffutmålingsprinsipp. Likevel kan det være at hensyn som hører under straffutmålingstradisjonen må vektlegges ut fra likhetsprinsippet og etter alminnelig prejudikatslære.

For mitt formål er det ikke nødvendig å trekke noe skarpt skille mellom hensyn og prinsipper. Det er innholdet i de ulike hensynene og hvordan de benyttes i den rettslige argumentasjonen som er temaet i denne avhandlingen. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på en drøftelse av hvilke av de hensynene som jeg benytter, som er prinsipper og hvilke som må regnes som

⁹⁰ Nygaard (2004) s. 50.

⁹¹ Jan Fridthjof Bernt og David Doublet, *Vitenskapsfilosofi*, Bergen 2008 s. 273.

⁹² Bernt og Doublet (2008) s. 273.

⁹³ Nygaard (2004), s. 260 og Steinar Fredriksen "Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett", *Jussens Venner*, 2011 s.37–64 (s. 40).

⁹⁴ Fredriksen (2011) s. 39.

hensyn. I all hovedsak vil jeg bare benytte uttrykket hensyn, selv om det er klart at enkelte har karakter av rettsprinsipp.

Eskeland mener de hensyn som er relevante fordi de er en del av begrunnelsen for å straffe eller fordi de tilhører kulturelle verdier som domstolene må eller bør holde seg innenfor, er overordnede hensyn under straffutmålingen.⁹⁵ Som slike overordnede hensyn nevner han allmennprevensjon, individualprevensjon, likhetsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet.⁹⁶ Hensynet til rettferdighet og å unngå privat gjengjeldelse regnes også som en del av begrunnelsen for å straffe. Mellom de hensynene og prinsippene tilhører våre kulturelle verdier og de som er en del av begrunnelsen for å straffe, er det ikke noe klart skille, slik at ikke er hensiktsmessig å skille mellom disse gruppene av overordnede hensyn.

I tillegg til disse overordnede hensynene vil en rekke andre hensyn kunne innvirke på straffutmålingen. Som eksempel kan nevnes at gjerningspersonen tidligere har utvist straffbar atferd, langt tidsforløp, forhold rundt gjerningspersonen som psykisk lidelse eller andre forhold som innvirker på hvordan straffen vil oppleves og virke inn på hans eller hennes liv etter soning, ung alder og trekk ved handlingssituasjonen.⁹⁷ I straffeloven 2005 § 77 og 78 er det angitt en rekke slike formildende- og skjerpende omstendigheter som har betydning ved straffutmålingen. Disse omstendigheter kan sies å være samlebetegnelse på ulike faktiske forhold ved lovbruddet, omstendighetene rundt det, straffeforfølgningen eller lovbrøyteren selv, som har betydning for fastsettelsen av straffen. Jeg vil i denne avhandlingen holde meg til de hensyn og prinsipper som uavhengig av den konkrete saken har et innhold og en substans. Formildende- og skjerpende omstendigheter av mer faktisk karakter, vil hovedsakelig ikke bli behandlet, med unntak av enkelte kommentarer under analysen av rettspraksis.⁹⁸

⁹⁵ Eskeland (2006) s. 53 og 425.

⁹⁶ Eskeland (2006) s. 425.

⁹⁷ Eskeland (2006) s. 427–447.

⁹⁸ Kapittel 4, 5 og 6.

1.7 Problemstillingene i avhandlingen

I denne avhandlingen er hovedproblemstillingen: Hvilke hensyn gjør seg gjeldende ved straff av barn som begår alvorlig kriminalitet, og hvordan innvirker disse hensynene i utforming av lovregler og under straffutmålingen i konkrete saker? Jeg behandler fem underproblemstillinger. Den første er om det er forhold som gjør at ulike strafferettslige hensyn bør benyttes på en annen måte når barn begår lovbrudd.⁹⁹ Den andre er hvilke særskilte hensyn som gjør seg gjeldende ved straff av barn.¹⁰⁰ Den tredje problemstillingen er hvilke hensyn som faktisk innvirker ved straff av barn.¹⁰¹ Den fjerde problemstillingen er hvordan de ulike hensynene innvirker i lovgivningen og i konkrete rettsavgjørelser.¹⁰² Den siste problemstillingen er hvilke hensyn ungdomsstraff er ment å skulle ivareta.¹⁰³

Jeg avgrenser til alvorlige lovbrudd fordi utfordringene i å finne en passende balanse mellom de til dels motstridende hensyn, her er størst. I norsk rett er det ingen entydig definisjon av alvorlig kriminalitet. I forarbeidene til barnevernloven § 4-24 som inneholder et vilkår om alvorlig eller gjentatt kriminalitet, står det at med alvorlig kriminalitet siktes det hovedsakelig til volds- eller sedelighetsforbrytelse av alvorlig karakter.¹⁰⁴ I forarbeidene til straffeaksjonen ungdomsstraff, mente departementet at lovbrudd med strafferamme på tre år eller mer regnes som alvorlige.¹⁰⁵ For temaet i denne avhandlingen er det ikke viktig med noe skarpt skille for når lovbrudd er alvorlige. Det er de ulike hensynene og argumentene som er viktige, slik at med alvorlige lovbrudd i denne avhandlingen, mener jeg lovbrudd som hvis de blir begått av voksne fører til ubetinget fengsel. Dette innebærer at tilfeller hvor barn blir idømt ubetinget fengsel er omfattet, men at også tilfeller hvor det blir idømt lengre samfunnsstraff inkluderes.

⁹⁹ Kapittel 2.

¹⁰⁰ Kapittel 3.

¹⁰¹ Kapittel 4–6.

¹⁰² Kapittel 4–6.

¹⁰³ Kapittel 7.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.44 (1991–1992) s. 114.

¹⁰⁵ Prop 135 L (2010–2011) s. 164.

1.8 Veien videre, metodikk og avgrensninger

I avhandlingens kapittel 2 redegjør jeg for ulike strafferettslige hensynene som er relevante både i saker med voksne og med barn, og hvilke innhold disse hensynene har. I tillegg vil jeg vurdere om det er forhold som gjør at disse hensynene bør få en annen betydning i saker med barn, enn ved voksne. I kapittel 3 vil jeg se på hensyn som særskilt gjør seg gjeldende ved straff av barn. Kapittel 2 og 3 vil dermed være teoretisk.

Kapittel 4, 5 og 6 vil være av rettsanalytisk karakter. Her vil jeg se på hvilke hensyn lovgiver fastslår skal vektlegges ved straff av barn og jeg vil analysere rettspraksis. Hovedvekten i analysen vil være på domstolens bruk av hensynene under straffespørsmålet. Men også ulike hensyns betydning ved utforming av lovbestemmelser som reguler valget av straffereaksjon, vil bli berørt. Selv om hovedvekten vil være på ulike de hensynenes betydning, vil jeg også i noen grad kartlegge gjeldende rett under disse tre kapitlene. I kapittel 4 ser jeg på hvilke hensyn som vektlegges i valget mellom samfunnsstraff og fengselsstraff, og hvilke betydning ulike hensyn har ved dette valget. I kapittel 5 ser jeg på enkelte hensyns betydning ved utmåling av fengselsstraffens lengde. Og i kapittel 6 ser jeg på forvaring og hensynet til samfunnsvern. Jeg tar ikke sikte på å gi en uttømmende analyse av rettspraksis, men jeg har valgt ut dommer som er av en slik karakter at de kan illustrere hvordan ulike hensyn innvirker ved straff av barn. Jeg tar heller ikke sikte på å vurdere hvordan alle hensynene som gjennomgås i kapittel 2 og 3 benyttes ved de ulike vurderingene i kapittel 4 til 6. Kapittel 5 og 6 vil kun bli overfladisk behandlet, mens i kapittel 4 er analysen noe grundigere. Dette er fordi det er ved valget mellom fengselsstraff og samfunnsstraff at domstolen klart har tatt stilling til de ulike hensynenes betydning. Og noen av de vurderingene som gjøres ved dette valget vil kunne ha overføringsverdi til vurderingen av fengselsstraffens lengde.

I avhandlingens kapittel 7 vil jeg undersøke hvilke hensyn ungdomsstraff er ment å skulle ivareta. Her vil jeg også gi en kort oversikt over hva gjenopprettende prosess er, vilkårene for ungdomsstraff og innholdet i denne straffereaksjonen.

Jeg vil ikke gå nærmere inn på reaksjoner som er ilagt av barnevernet. Til dette er plassen for begrenset, og slike reaksjoner vil som nevnt i utgangspunktet ikke anses som straff. Jeg vil

heller ikke gå inn på hvordan de ulike hensynene innvirker på straffegjennomføringen. Dette innebærer at alternative straffegjennomføringsmetoder, som plassering i barnevernsinstitusjon etter straffegjennomføringsloven § 12, ikke vil bli behandlet her.

2 STRAFFERETTSLIGE HENSYN

2.1 Innledning

Straff som et tilsiktet onde, skiller seg fra hvordan borgere i en moderne rettstat ellers behandles av staten.¹⁰⁶ Dette gjelder ikke minst for barn, som staten normalt har ansvaret for å beskytte og ivareta interessene til. Fordi straffen er et tilsiktet onde, må det foreligge enkelte forhold som legitimerer statens bruk av straff.¹⁰⁷

At straffen skal oppfylle bestemte formål, det vil si være samfunnsnyttig, har vært anført som grunnlag for å benytte straff.¹⁰⁸ Det er vanlig å beskrive formålet med straff gjennom to ulike teorier. Den absolutte strafferettsteorien, hvor straffen skal være en form for gjengjeldelse som oppfyller rettferdighetens krav og forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff er viktig og den relative strafferettsteorien som er basert på en utilitaristisk tankegang hvor straffen skal ha en nytteverdi i form av å hindre nye lovbrudd.¹⁰⁹

I Norge har den relative strafferettsteorien hatt størst betydning i moderne tid, og i forarbeidene til straffeloven 2005 utales det at: "Det grunnleggende formålet med straff er å hindre uønsket atferd og å styre borgernes atferd i ønsket retning".¹¹⁰ Det understrekes likevel at det også er enkelte elementer fra den absolutte strafferettsteorien i vår strafferett.¹¹¹ Dette oppsummeres slik at hovedformålet er å unngå at de straffbare handlingene blir begått, men

¹⁰⁶ Jørn RT. Jacobsen, *Menneskevern eller menneskeverd?*, Bergen 2004 s. 150–152.

¹⁰⁷ Se Jacobsen(2004a) s. 153 og 154.

¹⁰⁸ Andenæs (2010) s. 67.

¹⁰⁹ Se Andenæs (2010) s. 67 og 68 med videre henvisninger.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 82.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77.

straffen skal også opprettholde ro og orden i samfunnet.¹¹² Dersom straffen skal fylle sin funksjon, er det nødvendig at straffene også gjenspeiler hva befolkningen føler er rettferdig i de ulike tilfellene. Sett på denne måten erstatter straffen borgernes private oppgjør med lovbrudd. På denne måten vil det også være spor av gjengjeldelseshensynet i norsk rett, uten at det er tradisjon for å tillegge dette hensynet noen selvstendig betydning.

Selv om hensynet til samfunnsnyttens er sentral i den relative strafferettsteorien, er det ikke dermed sagt at dette hensynet alene kan legitimere bruk av straff. Jørn Rt. Jacobsen skriver at hensynet til samfunnsnyttens isolert sett ikke kan gi staten rett til å benytte straff.¹¹³ Han trekker frem skyld som et sentralt argument i hva som kan legitimere statens rett til å straffe, og uttaler at: "Ein kan med andre ord i alle høve ikkje straffe av allmennpreventive grunnar i større utstrekning enn det gjerningsmannen si skuld tilseier."¹¹⁴ Han viser til at hensynet til utvist skyld vil kunne gi staten grunnlag for å straffe og at denne straffen må finne sted innenfor rammene av et proporsjonalitetsprinsipp.

De strafferettslige hensynene som er sentrale under straffutmålingen, vil ha nær sammenheng med de som er ansett å legitimere straff eller er en del av begrunnelsen for at vi straffer. Men som nevnt i innledningen vil også kulturelle verdier kunne ha betydning under straffespørsmålet.¹¹⁵

I kapittel 2 vil temaet være ulike strafferettslige hensyns innhold under straffutmålingen og jeg vil her undersøke om det er forhold som gjør at disse hensynene ikke burde ha samme betydning i saker med barn, som i saker med voksne lovbrøyttere. I vurderingen vil jeg se på forhold som gjør at hensynene burde benyttes på en annen måte, ha større betydning eller mindre betydning. Spørsmålet er ikke om man skal benytte straff overfor barn, men om og i hvor stor grad, de ulike hensynene kan forsvare bruken av ulike straffereaksjoner når forskjellige hensyn taler for andre, og muligens mindre inngripende straffereaksjoner. De særskilte hensynene som gjør seg gjeldende når barn begår lovbrudd, vil bli behandlet i

¹¹² Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77.

¹¹³ Jacobsen (2004a) s. 153 og 154.

¹¹⁴ Jacobsen (2004a) s. 155.

¹¹⁵ Punkt 1.6.

kapittel 3. Hvilke hensyn som faktisk benyttes ved valg av reaksjon, hvilke vekt disse hensynene tillegges, og hvordan hensynene avveies mot hverandre, hører under kapittel 4, 5 og 6.

Kapittelet 2 vil ha et normativt innslag. Denne normative tilnærmingen er viktig for vurderingen av jussens faktiske side. Selv om ikke alle synspunktene er gjennomførbare, kan de være viktige i den juridiske argumentasjonen, og bidra til klargjøring av innholdet i de hensynene som vektlegges ved valg av straff ovenfor barn.

2.2 Hensynet til utvist skyld

Begrepet *skyld* kan benyttes med ulik mening. Det kan være snakk om moralsk skyld, eller som i strafferetten hvor *skyld* er et juridisk begrep med eget innhold.¹¹⁶ Det juridiske begrepet skyld innebærer at gjerningspersonen må ha utvist subjektiv skyld i form av forsett, eller i enkelte tilfeller uaktsomhet jf. straffeloven § 40. Både i den absolutte- og den relative strafferettsteori, skal skyldkravet ivareta hensynet til rettferdighet.¹¹⁷ Etter den absolutte strafferettsteorien vil det kunne idømmes strengere straff jo mer skyld som er utvist. Det skal være forholdsmessighet mellom den skyld som er utvist, lovbruddets grovhet og straffen som idømmes.¹¹⁸ Ved en relativ strafferettsteori vil skyldkravet i tillegg til å skulle ivareta hensynet til rettferdighet, ha sammenheng med prevensjonsteoriene, og da særlig hensynet til allmennprevensjon. Eskeland skriver at lovgiver forsøker å påvirke dem som forstår eller burde forstå når deres handlingsvalg kan komme i strid med straffeloven gjennom skyldkravet, men at et straffeansvar kun knyttet til objektive vilkår, i teorien også kunne hatt en preventiv effekt.¹¹⁹

En person kan være moralsk ansvarlig uten at vedkommende har utvist juridisk skyld.¹²⁰ Samtidig trenger det ikke alltid være noe klart skille mellom moralsk skyld og juridisk skyld

¹¹⁶ Andenæs (2010) s. 208.

¹¹⁷ Johs. Andenæs, "Skyld som straffbarhetsvilkår", i *straffen som problem*, Gjøvik 1996 s. 87–97 (s.88).

¹¹⁸ Se punkt 2.5.

¹¹⁹ Eskeland (2006) s. 263–264.

¹²⁰ *ibid.*

når begrepene benyttes under straffutmålingen.¹²¹ Hvor sterkt en person er å bebreide for lovbruddet, vil kunne innvirke på hvordan handlingene blir betraktet både juridisk og moralsk, og dermed ha betydning for straffutmålingen. Andenæs beskrev forholdet mellom skyld og utmålt straff slik:

"Når vi kommer over til den subjektive side av handlingen, kan den store hovedregelen uttrykkes slik at alt som bidrar til å skjerpe den alminnelige moralske dom over handlingen, også er skjerpene momenter ved straffutmålingen, mens alt som bidrar til å avlaste det moralske ansvar, virker som formidlende omstendigheter."¹²²

Uttalelsen tyder på at de ulike faktiske omstendigheter vil kunne ha betydning for vurderingen av den moralske skyld, og dermed innvirke på straffutmålingen.

At barn som er i konflikt med loven, er mindre å bebreide enn voksne, er noe av kjernen i begrunnelsen for den kriminelle lavalderen og for særregler ved straff av barn.¹²³ Dette vil ha betydning for hvordan barns skyld vurderes, både juridisk og moralsk, og det vil dermed kunne innvirke på hvordan skylden vektlegges under straffutmålingen. Når det juridiske skyldkravet, som nevnt, er begrunnet både i hensynet til rettferdighet og har nær sammenheng med allmennprevensjon, vil det at barn er mindre å bebreide kunne ha betydning også for vurderingen av disse hensynene.

2.3 Allmennprevensjon

2.3.1 Utgangspunktet for en allmennpreventiv effekt av strengere straffer

Den allmennpreventive virkningen er den avskrekkende effekten straffen fastsatt av lovgiver og utmålt av domstolen, har på befolkningen generelt, på en slik måte at de avstår fra en handling de ellers ville begått.¹²⁴ Allmennprevensjon retter seg dermed, som Ingun Fornes påpeker, mot hensyn utover hensynet til lovbrøyteren.¹²⁵

¹²¹ *ibid.*

¹²² Andenæs (2010) s. 466.

¹²³ Punkt 1.2.

¹²⁴ Andenæs (2010) s. 81 og 82.

¹²⁵ Ingun Fornes, "Bruk av samfunnsstraff overfor barn nye tendenser i Høyesterettspraksis", *Lov og Rett*, nr. 2 2012 s. 87–103 (s. 92).

At det både er nødvendig og legitimt å vektlegge hensynet til allmennprevensjon, er en ganske utbredt oppfatning i norsk rett. Som en følge av hensynets sterke stilling i norsk rett, har hensynet til allmennprevensjon hatt stor praktisk betydning. Både lovgiver og domstolen benytter hensynet i sine vurderinger og argumentasjon. Særlig benyttes det som argument for strengere og lengre straffer.

Allmennprevensjonen kan deles i en moral- og vanedannende virkning og en avskrekkende virkning. Den avskrekkende virkningen retter seg mot mennesker i en bestemt kontekst hvor de står ovenfor handlingsalternativene å begå lovbruddet eller å la være å begå lovbruddet.¹²⁶ En moraldannende virkning kan det bli snakk om når handlingen ikke i seg selv er regnet som umoralsk, som for eksempel handlinger som er straffebelagt av praktiske årsaker. Eksempler på slike straffebud er de som finnes i vegtrafikkloven.¹²⁷ En moraldannende virkning kan også forekomme hvor lovgiver skjerper straffen ut fra et ønske om å vise sterkere avstand fra en handling, enn det som tidligere er gjort. I de tilfeller hvor samfunnets følelse av moral, og straffebudet er sammenfallende, kan det ikke bli snakk om noen moraldannede effekt av straff.¹²⁸

Dersom straffen skal ha en allmennpreventiv effekt, må den hindre handlinger som ellers ville blitt begått. I dette ligger det at det er en forutsetning for straffens preventive effekt, at de personene som potensielt ville ha forbrutt seg mot loven, er klar over straffen de risikere. Om det skal ha en økt allmennpreventiv effekt at domstolen skjerper straffen i konkrete saker på grunn av hensynet til allmennprevensjon, forutsetter dette enda mer detaljert kunnskap hos potensielle lovbrøyttere.

Når temaet er straff av barn som begår lovbrudd, er det naturlig å ta utgangspunkt i at den allmennpreventive effekten som her ønskes oppnådd, retter seg mot andre barn. Å benytte strengere straff ovenfor unge for å avskrekke voksne, synes umiddelbart unødvendig. Om man først skal se for seg at trusselen om strengere straff virker avskrekkende, er det naturlig å

¹²⁶ Jacobsen (2004b) s. 407.

¹²⁷ Vegtrafikklov 18. juni 1965 nr. 4 (vegtrafikkloven).

¹²⁸ Nils Nygaard "Grenser mellom rett og urett ved moralstøttende og moralnøytrale straffebud" i *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs 70 år*, Oslo 1982 s. 233–243 (s. 233).

se for seg at den som påvirkes av trusselen om straff, regner med hva han kan risikere å få av straff ut fra sin situasjon. Er vedkommende ikke et barn, regner han eller hun neppe med å slippe med mildere straff, selv om barn skulle gjøre det.

I utgangspunktet vil barn ikke ha samme mengde kunnskap som voksne om hvilken type straff de risikerer og lengden av denne. Men gjennom foreldre og skolen, som begge vil ha et ansvar for å lære barn å forstå konsekvensene av sine handlinger, vil de fleste over den kriminelle lavalderen ha noe kunnskap. Barn vil likevel kunne mangle evne til å ta inn over seg trusselen om straff, til tross for at de har kunnskap om denne. Andenæs mente at barn, på grunn av manglende forutsetninger til å forstå og vurdere straffetrusselen, er dårlige objekter for allmennprevensjonen.¹²⁹ Jeg er enig i dette. Jeg mener det er naturlig, selv om det tas hensyn til foreldrenes ansvar, å gå ut i fra at barn har mindre kunnskap og evne til å vurdere hvilke straffereaksjoner de risikerer ved ulike handlinger, enn voksne. Når det i tillegg er slik at barn i mindre grad har skyldene, kan det allerede her, argumenteres for at strengere straffer ikke er det beste virkemiddelet for å hindre barn i å begå alvorlige lovbrudd, og at hensynet til allmennprevensjon ikke nødvendigvis bør benyttes i samme utstrekning som ved voksne.

2.3.2 Kritikk av hensynet

Hensynet til allmennprevensjon har vært utsatt for kritikk på flere grunnlag. Noe av kritikken går ut på at det er tvil om hvilke avskrekkende effekt strengere straffer faktisk har. Av juridiske forfattere i Norge, var Andenæs en av de første forskerne som stilte spørsmål ved hensynets faktiske virkning. Han tok til ordet for at man må nyansere den allmennpreventive virkning etter lovbruddets karakter, og at straffens strenghet og oppdagelsesrisikoens størrelse har ulik innvirkning på straffens allmennpreventive effekt.¹³⁰

Synspunkt om at skillet mellom straffens strenghet og risikoen for å bli straffet er relevant for straffens avskrekkende virkning, deles av andre forskere, og støttes også dels av empiriske

¹²⁹ Johs. Andenæs "Straff og almenprevensjon" i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, Oslo 1990 s. 44–83 (s. 53 og 54).

¹³⁰ Andenæs (2010) s. 87.

undersøkelser.¹³¹ Mathiesen oppsummerer resultatet av ulike empiriske undersøkelser om allmennprevensjon slik at virkningen av sannsynlighet for straff var liten, mens virkningen av straffens lengde var enda mindre.¹³² Jacobsen gir, - etter å ha tatt stilling til både empiriske undersøkelser og å ha tilnærmet seg spørsmålet med en analytisk-orientert metode - uttrykk for at vi til tross for noe støtte i empirisk kunnskap for at straff i en del tilfeller kan ha allmennpreventiv effekt, er langt unna kunnskap som er presis nok til å si noe om hvordan strafferetten kan utformes for å ha en slik virkning.¹³³ Han påpeker også at vår empiriske kunnskap: "i tillegg ber i seg store metodiske fallgruver,".¹³⁴ Det er derfor neppe grunn til å være alt for optimistiske med tanke på hvilke faktisk virkning strengere straffer kan ha.¹³⁵ Jacobsen gir uttrykk for at det empiriske grunnlaget tyder på at det er oppdagelsesrisikoen som har størst betydning for allmennprevensjon.¹³⁶ Han understreker også at vi vet lite om strengere straffers moraldannende effekt, og han stiller spørsmålet ved om straffens moraldanningseffekt, på grunn av at det skiller seg slik fra avskrekkingseffekten, burde anses som del av diskusjonen om allmennprevensjonens faktiske virkning i det hele tatt.¹³⁷ Uansett om den moraldannende virkningen av straffen regnes som en del av den allmennpreventive effekten, tyder altså empirisk forskning på at strengere straffer i konkrete tilfeller har liten innvirkning på andre borgeres lovlydighet. Dette taler for at hensynet ikke bør benyttes ukritisk som begrunnelse for strengere straffer i saker med unge lovbrøyttere.

David C. Vogt anfører i sammenheng med oppdagelsesrisikoen avskrekkende virkning, at folk avholder seg fra å begå lovbrudd i frykt for å bli oppdaget, fordi dette innebærer en risiko for å bli stigmatisert, blottstilt som en person som har begått forferdelige handlinger og ydmyket i rettsaken.¹³⁸ Og han uttaler at: "Restorative justice may therefore be able to achieve this main deterrent effect."¹³⁹ Hans argumentasjon går altså ut på at når det er oppdagelsesrisikoen som har avskrekkende effekt, kan det være mulig å ivareta hensynet til allmennprevensjon med andre reaksjoner enn fengselsstraff. Dette gjelder særlig ved

¹³¹ Mathiesen (2007) s. 98 og 99.

¹³² Mathiesen (2007) s. 95.

¹³³ Jacobsen (2004b) s. 427.

¹³⁴ *ibid.*

¹³⁵ Jacobsen (2004b), s. 419–420.

¹³⁶ Jørn RT Jacobsen, "Allmennprevensjon og straff", *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2004 s. 311– 321 (s. 314)

¹³⁷ Jacobsen (2004b) s. 419.

¹³⁸ David C. Vogt, "The aims of restorative justice" i *Restorative Justice and Criminal Justice*, Sweden 2012 s. 21–41 (s. 28).

¹³⁹ *ibid.*

forbrytelser som fører til stigmatisering og ydmykelse for lovbyteren, slik som alvorlige lovbrudd ofte gjør. Ved unge lovbytere, hvor gjenopprettende prosess har vist seg virkningsfull på mange måter, og frihetsberøvelse ofte fører til mer problematisk atferd, kan dette være et svært viktig poeng. Både ungdomsstraff og samfunnsstraff kan være meget følbare reaksjoner.¹⁴⁰ Det er derfor ikke gitt at hensynet til allmennprevensjon krever at det benyttes ubetinget fengsel.

At enkelte lovbrudd er av en slik karakter at det er avskrekkende å bli avslørt som en som har begått slike handlinger, har også andre vært inne på. I sin forskning på hensynet til allmennprevensjon mente Andenæs det var grunn til å nyansere mellom handlinger som i seg selv anses umoralske og handlinger som ikke i seg selv regnes som umoralske, men likevel er ulovlige. Han anførte at ved handlinger som i seg selv anses umoralske, hvor lovens oppgave er å støtte samfunnsmoralen, vil ikke nødvendigvis straffen ha noen allmennpreventiv effekt. Selv om straffetrusselen skulle falle bort, ville fordømmelsen fra samfunnet stå igjen, og den vil kunne være like virkningsfull som strenge straffer.¹⁴¹ Imidlertid mente han, som også Vogt var inne på, at oppdagelse i seg selv ikke nødvendigvis virker avskrekkende for noen som allerede er falt utenfor samfunnet på en slik måte at det å bli stigmatisert og ydmyket, ikke lenger er så stor trussel.¹⁴²

Hensynet til allmennprevensjon som argument for strengere straffer har også blitt kritisert på et annet grunnlag. Jørn RT Jacobsen har reist kritikk mot den rettslige legitimiteten ved hensynet til allmennprevensjon. Han anfører at det kan være problematisk å benytte hensynet til allmennprevensjon som begrunnelse for bruk av straff, fordi det reduserer de som blir straffet til et middel for å oppnå et samfunnsmessig mål. Når dette skjer, utfordres hensynet til den enkeltes integritet og egenverd.¹⁴³

¹⁴⁰ Prop. 135 L s.115 og Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 18.

¹⁴¹ Andenæs (1990a) s. 53.

¹⁴² Se Johs. Andenæs, "straff og lovlidighet" i *straffen som problem*, Gjøvik 1994 s. 49-63 (s. 53-54) og Vogt (2012) s. 28.

¹⁴³ Jørn RT Jacobsen (2004a) s. 12.

Mathiesen har en lignende kritikk og han stiller spørsmålet "Hva er moralgrunnlaget for å straffe noen, eventuelt hardt, for å hindre helt andre mennesker i å begå tilsvarende handlinger, når de som straffes i stor grad er fattige og utslåtte mennesker i behov av store hjelpetiltak snarere enn straff?".¹⁴⁴ Ved straff av barn, kan dette spørsmålet være på sin plass. For hvem er vel i mer behov for hjelp snarere enn straff, enn en tenåring som har begått en alvorlig forbrytelse etter kanskje hele livet å ha blitt utsatt for omsorgssvikt eller har andre alvorlige problemer?

Også Andenæs var klar over kritikken som ble reist mot allmennprevensjonens moralske og etiske sider. Andenæs mente at hvor straffen følger direkte av loven, enten fordi straffen er absolutt lovbestemt, eller fordi loven har fastsatt et minimum, og straffen er begrunnet i at en slik reaksjon kreves av allmennpreventive grunner, så er det ikke umoralsk å dømme i tråd med loven, og på den måte vektlegge allmennpreventive hensyn.¹⁴⁵ Men han var likevel klar på at også andre innvendinger kunne rettes mot hensynet til allmennprevensjon, og han mente det var bruk for mer forskning på området.¹⁴⁶ Av andre innvendinger som til tider rettes mot hensynet til allmennprevensjon nevner Andenæs innvendinger basert på et deterministisk synspunkt.¹⁴⁷ Dersom man går ut i fra at menneskets evne til å velge bort handlinger i stor grad er styrt av forhold forut for handlingen, gir det liten mening å forsøke å skremme noen fra å foreta seg ulike handlinger. I den grad deterministiske synspunkter godtas, vil disse i sterk grad gjør seg gjeldende når barn begår alvorlige forbrytelser. Det er ofte lett å se at store deler av barnets liv har ført direkte mot ett endelig tragisk utfall, og at om lovbruddet skulle vært unngått, burde barnets liv vært styrt i en annen retning flere år tidligere.

Et annet moment er at barn normalt opplever fengselsstraffen hardere enn voksne. De har et annet tidsaspekt, de tåler isolasjon fra familie dårligere og barn har fortsatt behov for omsorg. At barn kan oppleve fengsel som mer belastende enn voksne, gjør at hva voksne mener er passe inngripende straff for et bestemt lovbrudd, ikke nødvendigvis sammenfaller med hvordan denne straffen oppleves for barnet. Et lengre fengselsopphold kan ha innvirkning på

¹⁴⁴ Mathiesen (2007) s. 118.

¹⁴⁵ Johs. Andenæs, "Etske problemer ved almenprevensjonen" i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, Oslo 1990s. 92–103 (s. 94).

¹⁴⁶ Andenæs (1990b) s. 103.

¹⁴⁷ Andenæs (1990b) s. 95.

resten av barnets liv. Barnet kan få store vansker med å komme ut av den kriminelle banen, og det vil kunne være lettere å endre adferd som ung enn etter flere år i fengsel. Dersom det skal godtas at noen straffes hardere enn andre forhold tilsier, for at straffen skal virke avskrekkende for andre, bør ikke nødvendigvis dette gjelde de gruppene som rammes hardest, og i utgangspunktet er svakest i samfunnet. De etiske betenkelighetene ved å benytte strengere straffer overfor barnet, som et middel mot kriminalitet, vil derfor av flere grunner kunne være større, enn med voksne lovbrøyttere.

Av det som er gjennomgått ovenfor følger at det er flere forhold som gjør at det kan være grunn til å begrense hvilke vekt hensynet til allmennprevensjon tillegges i straffesaker med barn. Dette gjelder særlig når hensynet benyttes som argument for å idømme ubetinget fengsel, som er svært inngripende og vil kunne ha klare negative følger for barnet.

2.4 Individualprevensjon

2.4.1 Ulike sider av hensynet til individualprevensjon

Straffens individualpreventive virkning omfatter alle tilfellene hvor straffen gjør at samfunnet vernes mot flere forbrytelser fra samme person. Hva som inngår i hensynet til individualprevensjon, kan derfor variere svært mye. Av utredningen barn og straff fremgår det at straffen kan være individualpreventiv ved at den virker uskadeliggjørende, avskrekkende og forbedrende.¹⁴⁸

Uskadeliggjørende er straffen om lovbrøytteren forhindres fysisk fra å gjøre lovbrudd, som når lovbrøytteren er fengslet.¹⁴⁹ At straffen skal være uskadeliggjørende, har nær sammenheng med at straffen skal verne samfunnet mot nye lovbrudd, kalt hensynet til samfunnsvern.¹⁵⁰ Det mest absolutte vernet vil i denne konteksten være dødsstraff eller livstid i fengsel.

Avskrekkende er straffen om den oppleves så negativ at lovbrøytteren ikke begår nye lovbrudd i frykt for straffen.¹⁵¹ Forbedrende vil straffen være om den er av en slik karakter at lovbrøytteren

¹⁴⁸ NOU 2008: 15 s. 22.

¹⁴⁹ NOU 2008: 15 s. 22.

¹⁵⁰ Mathiesen (2007) s. 126.

¹⁵¹ NOU 2008: 15 s. 22.

endrer sin adferd i positiv retning etter straffen.¹⁵² Straffen kan være forbedrende ved at den virker rehabiliterende eller reintegrerende. Om en straff er rehabiliterende, hjelper den domfelte å kvitte seg med den adferden som gjør at han eller hun begår lovbrudd. Hensynet til reintegrering har enkelte likheter med hensynet til rehabilitering, men etter dette hensynet skal lovbrøyteren å kvitte seg med problemene som fører til den straffbare atferden ved hjelp av å reintegreres i samfunnet.

Fordi de ulike sidene av individualprevensjon er svært forskjellig, vil jeg behandle dem hver for seg.

2.4.2 Rehabilitering og reintegrering

Under den såkalte behandlingsoptimismen i norsk strafferett hadde hensynet til rehabilitering stor betydning, og straffen skulle enten være oppdragende gjennom skole og arbeid, moraldannende eller karakterskapende ved å benytte disiplin.¹⁵³ Hensynet til rehabilitering innebar altså at straffen skulle utføres slik at domfelte endret de sidene av sin personlighet eller karakter som gjorde at han eller hun begikk lovbrudd. Hensynet til individualprevensjon i betydningen rehabilitering, har også i dag stor betydning når barn begår lovbrudd.

Hvilke straffer som virker rehabiliterende kan være usikkert, og det vil naturlig nok være stor variasjon fra sak til sak. Det er ut fra en rekke undersøkelser fra Europa og USA, klart at fengsel ikke har noen rehabiliterende virkning. Tvert imot viser nyere studier at fengsel fungerer motsatt.¹⁵⁴ Den kriminelle blir mer kriminell av fengselsstraff enn uten fengselsstraff. For barn og unge som er ekstra sårbare for negativ påvirkning, vil fengsel være enda mindre egnet til rehabilitering.¹⁵⁵ Det er derfor helt klart at hensynet til rehabilitering bør benyttes som argument for ikke å idømme barn ubetinget fengsel, og det er også den allmenne oppfatningen i dag.

¹⁵² NOU 2008: 15 s. 22.

¹⁵³ Mathiesen (2007) s. 83.

¹⁵⁴ Mathiesen (2007) s. 83–86.

¹⁵⁵ NOU 2008: 15 s. 137–138.

Barn og straff-utvalget gjennomgikk i utredningen ulike forskningsprosjekter om straff og behandling rettet mot barn og unge i konflikt med loven.¹⁵⁶ Behandling som igangsettes etter at barn eller unge har begått lovbrudd, kalles psykososial intervensjon.¹⁵⁷ Utvalget understreker at det i praksis kan være vanskelig å trekke skillet mellom straff og behandling. Langvarig psykososial intervensjon kan ofte oppfattes like inngripende som straff.¹⁵⁸ Slike behandlingsbaserte tiltak har likevel en mye sterkere etisk forankring. Dersom frihetsberøvelse er nødvendig for å gjennomføre behandlingsrettede tiltak, bør vedkommende som hovedregel behandles i egnet institusjon, og ikke i fengsel.

Felles for de behandlingsbaserte tiltakene er at de har som formål å gjøre den unge bedre i stand til å leve i samfunnet uten å komme i konflikt med loven. At barn får en sjanse til å endre adferd og komme ut av den kriminelle løpebanen, er viktig. Det er grunn til å være langt mer optimistisk med barn enn med voksne lovbrystere.¹⁵⁹ Samtidig er det vanskelig å vite hva som virker rehabiliterende i ulike tilfeller, og det er en fare for at hensynet benyttes som argument for inngripende reaksjoner, slik som under perioden med vergemålsloven.¹⁶⁰ At også andre hensyn, som hensynet til forholdsmessighet, tas i betraktning, er derfor viktig.

Hensynet til reintegrering kan særlig knyttes opp mot reaksjoner som bygger på gjenopprettende prosess. På samme måte som med rehabilitering, innebærer også reintegrering at fokuset rettes mot fremtiden, og ikke fortiden. Straffen skal hjelpe domfelte tilbake til samfunnet, og relasjonene til andre borgere skal repareres.¹⁶¹

Rehabilitering og reintegrering er hensyn som er svært viktig i saker med unge lovbrystere. Alle de særskilte forholdene som ble fremhevet under punkt 1.2, taler for at barn får den hjelpen de kan for å komme ut av et kriminelt mønster. Straffer som gjør dette mulig bør derfor være hovedvalget når unge begår alvorlige lovbrudd.

¹⁵⁶ NOU 2008:15 s. 49–53.

¹⁵⁷ NOU 2008:15 s. 49.

¹⁵⁸ NOU 2008:15 s. 49.

¹⁵⁹ NOU 2008:15 s. 136.

¹⁶⁰ Punkt 1.4.

¹⁶¹ Se punkt 3.3 og kapittel 7.

2.4.3 Samfunnsvern

Hensynet til samfunnsvern fikk noe tilslutning rundt 1990 når det ble erkjent at rehabilitering og allmennpreventiv virkning var vanskelig å oppnå.¹⁶² De minst humane metodene for å oppnå samfunnsvern som dødsstraff og livstid, har vi ikke i Norge, og både dødsstraff og livstid er etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav a forbudt å benytte overfor barn. Samfunnsvern i form av innesperring vil være av midlertidig karakter gjennom ubetinget fengsel eller forvaring, hvor tanken er at samfunnet blir vernet mot nye lovbrudd så lenge domfelte er innesperret. Av disse straffartene er det særlig forvaring som skal oppfylle hensynet til samfunnsvern.¹⁶³

At hensynet til samfunnsvern vil kunne ha betydning under straffespørsmålet i saker hvor det er begått alvorlige lovbrudd, er klart. Staten har en plikt til å beskytte borgerne mot overgrep. Menneskerettighetsdomstolen har formulert et prinsipp om at det må foreligge en "fair balance" mellom statens positive forpliktelser, som innebærer at staten må hindre borgere å bli utsatt for overgrep fra andre borgere, og negative forpliktelser, hvor staten har forpliktelser overfor den som blir utsatt for statens maktapparat.¹⁶⁴ I dette ligger det at rettighetene til lovbrøyteren, ikke må gå for langt, på bekostning av rettighetene til overgrepsofferet, og motsatt.¹⁶⁵ Dette gjelder selvsagt også når barn begår lovbrudd, men avveining kan være vanskelig. Særlig fordi de straffene som forbindes med hensynet til samfunnsvern innebærer frihetsberøvelse, slik at de kan være uheldig for barnet på flere måter.

Hovedproblemet med hensynet til samfunnsvern under straffutmålingen, er at lovbruddet allerede har funnet sted, slik at om det skal være behov for å ivareta hensynet til samfunnsvern, må det være fordi det er fare for nye lovbrudd fra samme gjerningsperson. Empirisk forskning fra blant annet USA viser at samfunnsvern ved lange fengselsstraffer er vanskelig å oppnå, fordi det er nærmest umulig å forutse hvem som vil være skadelig for

¹⁶² Mathiesen (2007) s. 125.

¹⁶³ Punkt 1.5.

¹⁶⁴ Se EMDs dom 7. februar 2012 Von Hannover mot Tyskland avsnitt 90, med videre henvisninger.

¹⁶⁵ Morten Eriksen "The fair balance - overgrepsofrene og menneskerettigheter", *Lov og Rett*, 2007s. 46–54 (s. 50 og 51).

samfunnet i fremtiden.¹⁶⁶ Utstrakt bruk av frihetsberøvelse ut fra hensynet til samfunnsvern vil derfor ikke nødvendigvis ha innvirkning på antall lovbrudd.

Det er antatt at det er vanskeligere å bedømme faren for nye lovbrudd når barn begår lovbrudd, enn når voksne gjør det.¹⁶⁷ Begrunnelsen er at barn ikke er ferdig utviklet, og at det kan skje store endringer i barns atferdsmønster underveis i straffen. Vanskeligst vil det være å bedømme gjentakelsesfaren når det er begått ett alvorlig lovbrudd. I mange tilfeller er det liten fare for nye lovbrudd selv om det som har funnet sted er svært alvorlig. Det er for eksempel sjelden at noen begår flere enn ett drap. Når hensynet til samfunnsvern vektlegges i konkrete saker, vil det derfor være en risiko for at det benyttes strengere straff enn lovbruddet alene tilsier, uten at det er en reell fare for gjentakelse. I tilfeller hvor barn begår gjentatte alvorlige lovbrudd, og det flere ganger er forsøkt med tidsbestemte straffer uten virkning, kan det være lettere å bedømme faren for gjentakelse slik at det vil kunne være mer legitimt å vektlegge hensynet til samfunnsvern.

Et annet problem med hensynet til samfunnsvern er det etiske aspektet. Om hensynet til samfunnsvern benyttes som argument for lengre frihetsberøvelser, blir straffens strenghet avgjort ut fra en antagelse av at vedkommende på ny kan begå lovbrudd, i motsetning til å være en reaksjon hvor det er bevist ut over en hver rimelig tvil at vedkommende har begått lovbruddet. Straffen blir dermed et preventivt virkemiddel, og begrunnelsen for valg av straffereaksjon løsrives fra den straffbare handlingen. Dette er i seg selv uheldig. Samtidig er det også problematisk om en ser det i sammenheng med andre hensyn og prinsipper, slik som forholdsmessighetsprinsippet. Når straffens lengde utmåles ut fra hensynet til faren for nye lovbrudd, er det en risiko for at den blir uforholdsmessig streng.

Noe som også taler for at hensynet til samfunnsvern bør benyttes med varsomhet, er at det kan være belastende for et barn å sone en straff uten å ha noen tidsaspekt på når en løslatelse kan forventes.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Mathiesen (2007) s. 136 og 139–140.

¹⁶⁷ Se punkt 6.3.

¹⁶⁸ Prop. 135 L (2010–2011) s. 103–104.

Hensynet til samfunnsvern kan følgelig sies å ha enkelte problematiske sider både generelt, og når det benyttes i saker med ung gjerningsperson. På grunn av dette er det viktig å finne reaksjoner som kan ivareta hensynet til andre borgere uten å innebære for store tilleggsbelastninger for barnet. Innesperring for å ivareta hensynet til samfunnsvern bør bare benyttes i helt spesielle tilfeller. Barnet skal selvsagt bli møtt med en egnet straffereaksjon, men det vil være en klar fordel at straffen på langt sikt gjør vedkommende til en lovlydig borger. Før eller senere skal vedkommende ut i samfunnet, og om ikke adekvat rehabilitering er igangsatt, kan det tenkes at vedkommende er mer farlig for samfunnet etter et lengre fengselsopphold enn før.

2.4.4 Avskrekking

At fengselsoppholdet skal være egnet til å skremme lovbryteren fra å gjøre nye lovbrudd er ikke noe hensyn som har stor rettslig oppslutning i Norge. Å anvende harde fengselsopphold overfor unge lovbytere vil etter det vi vet i dag, virke direkte mot sin hensikt. Ubetinget fengsel og tøffe soningsforhold vil mest sannsynlig bare fjerne den unge enda lengre vekk fra samfunnets vanlige normer og regler. I tillegg kan det sies å være uetisk å benytte ubetinget fengsel for å gi en skikkelig lærepenge, om forholdene ellers tilsier mildere straff.

Det må være ganske klart at hensynet til individualprevensjon ikke bør benyttes som argument for å benytte inngripende fengselsstraffer med den hensikt å skremme unge lovbyteren fra å gjøre nye lovbrudd.

En annen side ved at straffen skal virker avskrekkende, er når lovgivningen eller domstoler vektlegger at straffereaksjonen skal være følbare. Reaksjonen skal altså vise at slike handlinger fører til en reaksjon. Dette henger nært sammen med andre hensyn som hensynet til forholdsmessighet og rettferdige straffer, og vil nok kunne være et moment ved vurdering av hvilke straff alvorlig lovbrudd skal møtes med, uten at det trenger å være problematisk.

2.5 Rettferdighet, forholdsmessighet og den alminnelige rettsoppfatning

2.5.1 Hensyn med nær sammenheng med hverandre

Hensynene til rettferdighet, forholdsmessighet og den alminnelige rettsoppfatning er tre hensyn som har nær sammenheng med hverandre. Kravet om at straffen skal være rettferdig, er svært sentral i strafferett. At straffen skal være rettferdig kan innebære et krav om likebehandling, forholdsmessighet mellom skyld og straff eller oppreisning for den som har blitt berørt av lovbruddet. Kravet om rettferdige straffer har både vært anført som eneste begrunnelse for straff, og som en grense for hvor langt samfunnet kan gå i å straffe, for å oppfylle andre hensyn.¹⁶⁹ Et spørsmål som kan stilles i tilknytning til hensynet til rettferdighet, er hvem det er som skal oppleve straffen som rettferdig. For domfelte vil straffen kunne oppleves urettferdig om den er uforholdsmessig tyngende eller mye lengre enn hva som er vanlig i en bestemt type saker, for samfunnet om den er uforholdsmessig mild. En uforholdsmessig mild straff kan også være uheldig fordi lovbrysteren da ikke må ta ansvar for sine handlinger.

I Restorative Justice er hensynet til rettferdighet sentralt. Her innebærer rettferdighet at lovbrysteren tar ansvar for lovbruddet og at straffen tar hensyn til de ulike berørtes behov.¹⁷⁰

En teori om at rettferdighet og forholdsmessighet er det mest sentrale grunnlag for straff, vil tilhøre den absolutte strafferettsteorien.¹⁷¹ På midten av 1970-tallet fikk den såkalte *nyklassisismen*, hvor hovedtanken er at det skal foreligge forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff, gjennomslag i Sverige og Finland.¹⁷² Selv om nyklassisismen ikke har hatt noe gjennombrudd i norsk strafferett, har blant annet Andenæs tatt til orde for at hensynet til forholdsmessighet mellom lovbrudd og straff, kan avhjelpe de negative sidene ved hensynet til allmennprevensjon.¹⁷³ Han fremhevet at hensynet til forholdsmessighet vil være en elastisk formel, hvor kjernen i formelen er den alminnelige rettsoppfatningen.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Johs. Andenæs, "Prevensjon og rettferdighet i straffutmålingen" i *Ånd og rett, festskrift til Birger Stuevold Lassen, 70 år*, Oslo 1997 s. 12–22 (s. 12).

¹⁷⁰ Se kapittel 7.

¹⁷¹ Mathiesen (2007) s. 171.

¹⁷² Mathiesen (2007) s. 172 og Andenæs (1997) s. 13.

¹⁷³ Andenæs (1990b) s. 97.

¹⁷⁴ *ibid.*

2.5.2 Den alminnelige rettsoppfatningen

Den alminnelige rettsoppfatning er et begrep som benyttes på de oppfatningene i samfunnet som til enhver tid råder om rettslige spørsmål, herunder om hva som er egnede straffer i ulike tilfeller. Den alminnelige rettsoppfatning kan benyttes som et selvstendig hensyn med substans, eller den kan benyttes som argument for hvilken vekt ulike andre hensyn skal ha, for eksempel rettferdighet, forholdsmessighet eller gjengjeldelse. Både i lovgivning og i rettspraksis hender det at den alminnelige rettsoppfatning tillegges betydning.¹⁷⁵

I utgangspunktet kan det sies å være positivt av hensyn til demokratiet, at den alminnelige rettsoppfatning vektlegges. En ulempe er likevel at det er vanskelig for lovgiver og dommere å vite hva som er denne oppfatningen.¹⁷⁶ Dette henger sammen med at befolkningen selv har problemer med å konkretisere sin egen mening om straffenivået. Undersøkelser har vist at lekfolk endrer sin oppfatning av hva som er passende straff, når de får mer informasjon om de konkrete sakene.¹⁷⁷ Den alminnelige rettsoppfatning har ikke noen fast substans, og oppfatningene vil variere både i tid og rom. De kan endre seg langsomt i takt med samfunnsutviklingen eller over kort tid, som følge av såkalt moralsk panikk.¹⁷⁸ I rom vil oppfatningene endre seg fra sted til sted.¹⁷⁹ Over landegrenser vil det kunne være svært ulike synspunkter på rettferdige straffer, men også i ulike byer, kulturer eller i grupper av mennesker innenfor samme land, som for eksempel etniske minoriteter.

Innvendingene mot å benytte den alminnelige rettsoppfatning ved valg av straffereaksjon blir mest betydelig på domstolsnivået. Her er usikkerheten rundt hva som er den alminnelige rettsoppfatnings størst, og å vektlegge den alminnelige rettsoppfatning i enkeltsaker, vil lett kunne føre til vilkårlige avgjørelser, i strid med grunnleggende rettsikkerhetsgarantier som forutberegnelighet og likhet for loven.

¹⁷⁵ Se for eksempel Rt. 2004 s. 610 avsnitt 12 og 13 og Innst.O.nr.60 (2000-2001) avsnitt 9.2.

¹⁷⁶ Ryssdal, Anders, "Den allmenne rettsfølelse-veiviser eller villeder i strafferetten" *Advokatforeningens årstale*, 2007.

¹⁷⁷ Mathiesen (2007) s. 186-190.

¹⁷⁸ Mathiesen (2007) s. 181.

¹⁷⁹ Mathiesen (2007) s. 182.

Det er mindre problematisk å vektlegge hensynet under lovgivningen, slik at lovene i hovedtrekk gjenspeiler befolkningens oppfatning. Men her er det igjen viktig å være oppmerksom på at det er vanskelig, og kanskje ikke alltid ønskelig, å følge med i de skiftende oppfatningene i samfunnet. Med de vide strafferammene vi har i norsk rett, har det liten betydning om den øvre straffen skjerpes ut fra endrede oppfatninger av hva som er passende straff for enkelte lovbrudd. Mer merkbart blir det når minstestrafen økes, slik som det ble gjort i straffeloven §§ 192 annet ledd og 195 første ledd.¹⁸⁰ Etter straffeloven § 55 og straffeloven 2005 § 80 har domstolen mulighet til å gå under minstestrafen i saker hvor gjerningspersonen var under 18 år i gjerningstidspunktet, slik at en økning av minstestraft vil ikke hindre at straffen kan tilpasses unge lovbrøyttere.

2.5.3 Forholdsmessighet og straffverdighet

Hensynet til forholdsmessighet er også et selvstendig prinsipp under straffutmålingen. Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at straffens skal stå i et rimelig forhold til handlingenes straffverdighet.¹⁸¹ I begrepet straffverdighet omfattes to forhold som Andenæs trekker frem som sentrale hensyn under straffutmålingen, hensynet til handlingens objektive grovhet og gjerningspersonenes skyld.¹⁸² Handlingens grovhet og gjerningspersonenes skyld kan innvirke på straffutmålingen både som selvstendige hensyn, og som et ledd i hensynet til forholdsmessig straff.

Eskeland skriver at straffverdighet ikke har noe presist og ensartet innhold, men at kjernen i uttrykket ser ut til å være at det siktes til graden av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen, vurdert ut fra handlingen og omstendigheter knyttet til den.¹⁸³ I tillegg til handlingens alvor og graden av skyld, trekker Eskeland frem den verdimeslige dom over handlingen som sentral i vurderingen av straffverdigheten.¹⁸⁴ Begrepet straffverdighet vil på denne måten være en betegnelse på en samling av vurderinger knyttet til gjerningspersonens handlinger. Både den juridiske skyld og moralske holdninger kan innvirke på

¹⁸⁰ Lov 25. juni 2010 nr. 46.

¹⁸¹ Eskeland (2006) s. 427.

¹⁸² Andenæs (2010) s. 463.

¹⁸³ Eskeland (2006) s. 131.

¹⁸⁴ Eskeland (2006) s. 131.

straffverdigheten. Det hender at straffeverdighet benyttes som et selvstendig hensyn, uten at forholdsmessighet nevnes direkte.¹⁸⁵

Barn og straff- utvalget trekker frem handlingens objektive grovhet og gjerningspersonens skyld som de mest sentrale forholdene under straffutmålingen ved straff av barn.¹⁸⁶ Under straffutmålingen, vil lav alder på grunn av mindre skylddevne, være et formildende moment.¹⁸⁷ Slik at ung alder kan virke inn på både graden av skyld og den verdimesige dom over handlingen.

Fordi straff, og da særlig fengselsstraff, kan oppleves hardere og mer inngripende for unge lovbrøyttere og skylddevnen anses å være mindre, vil hensynet til forholdsmessighet, dersom det legges til grunn, taler for mildere straffer overfor barn, enn overfor voksne.

2.5.4 Likebehandling

Likhetsprinsippet har nær sammenheng med- og kan inngå i hensynet til rettferdighet, og går ut på at like saker skal ligge på relativt samme straffenivå.¹⁸⁸ Eskeland trekker frem at utfordringen særlig er å avgjøre hvilke saker som er *like*.¹⁸⁹ Om dette skal tas helt bokstavelig, må alle forhold tas i betraktning. I straffesaker er det vanlig å ta utgangspunkt i hvilke straff lignende lovbrudd har ført til.¹⁹⁰ Konkrete omstendigheter kan gjøre at resultatet likevel ikke blir likt lignende saker. I saker med barn, blir ofte straffenivået for lignende lovbrudd bare et utgangspunkt. Andre hensyn, slik som hensynet til rehabilitering kan føre til et annet resultat. En annen side av likhetsprinsippet kan være at barn i konflikt med loven behandles likt med andre barn i konflikt med loven. Men på grunn av andre hensyn, slik som hensynet til barnets beste, må det ofte gjøres konkrete vurderinger når barn begår alvorlige lovbrudd. Dette gjør at likhetsprinsippet ofte må få en begrenset betydning i saker med barn.

¹⁸⁵ Se Rt. 2005 s. 663 og Rt. 2003 s. 1269.

¹⁸⁶ NOU 2008: 15 s. 135.

¹⁸⁷ Se Rt. 2004 s. 804 avsnitt 19 og NOU 2008: 15 s. 135.

¹⁸⁸ Eskeland (2006) s. 427.

¹⁸⁹ *ibid.*

¹⁹⁰ Se for eksempel Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 16, og Rt. 2009 s. 321 avsnitt 9.

2.5.5 Rettferdighet

Rettferdighet vil ofte kreve at det tas stilling til de konkrete forholdene i saken, og det samme gjelder hensynet til forholdsmessighet som vil være en del av hensynet til rettferdighet. Disse hensynene kan også kreve at det tas stilling til ytre forhold, slik som likhetsprinsippet og andre borgeres behov for trygghet. Fordi hensynet er så omfattende og kan tillegges ulikt innhold, vil det være en ulempe om det ble benyttet i generelle vendinger, fordi de reelle vurderingene da vil være vanskelig å få øye på. Men om de konkrete momentene som gjør at straffen anses rettferdig trekkes frem under straffespørsmålet, vil dette kunne gi rimelige resultater i de enkelte sakene.

2.6 Oppsummering av vurderingene i kapittel 2

Etter det som er sagt i dette kapitlet, mener jeg at det er særskilte forhold når barn begår lovbrudd, som burde ha betydning for hvordan de ulike strafferettslige hensynene benyttes. Særlig i tilknytning til ytre hensyn som allmennprevensjon og samfunnsvern, er det forhold som gjør at disse hensynene muligens burde ha en mindre betydning i saker med barn. Andre hensyn som utvist skyld, forholdsmessighet, straffverdighet og likebehandling kan i større grad tilpasses de spesielle omstendighetene i saker med barn. Hensynet til individualprevensjon i betydningen reintegrering og rehabilitering burde, på grunn av de særegne forholdene ved barn, tillegges betydelig vekt når barn begår lovbrudd.

3 SÆRSKILTE HENSYN VED STRAFF AV BARN

3.1 Innledning

Mens de hensynene som er gjennomgått i kapittel 2 er generelle hensyn som gjør seg gjeldende under straffutmålingen, vil jeg her se på hensyn og prinsipper som utelukkende gjør seg gjeldende ved straff av barn. Disse fremgår hovedsakelig av internasjonale konvensjoner som er gjort til norsk rett. Dette gjør at enkelte av hensynene har litt annen karakter enn de

strafferettslige hensynene som er gjennomgått ovenfor, fordi de har et klart rettslig innhold og er legitimert som rettskildefaktor gjennom lov.¹⁹¹

I tillegg til barnekonvensjonen og menneskerettskonvensjonen inneholder også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter enkelte viktige bestemmelser for barn i konflikt med loven.¹⁹² Også denne konvensjonen er inkorporert med forrang etter menneskerettsloven §§ 2 og 3. For temaet i denne avhandlingen er det barnekonvensjonen som er mest sentral, og det er derfor denne som fortrinnsvis vil bli behandlet her.

Barnekonvensjonen inneholder artikler som er utformet med forskjellig grad av nøyaktighet. Mens noen av bestemmelsene tydelig inneholder konkrete rettigheter for enkeltindivid, er andre bestemmelser mer vagt utformet. Dette vil kunne ha betydning for hvilke rettigheter som kan utledes av artiklene.¹⁹³ FNs barnekomité har gitt ut en generell kommentar om rettigheter for barn som er i konflikt med loven.¹⁹⁴ Barnekomitéens generelle kommentarer er ikke bindende, men de må likevel tillegges vekt ved tolkning av bestemmelsene i barnekonvensjonene.¹⁹⁵ Hvor stor betydning uttalelsene i en generell kommentar skal tillegges, må avgjøres ut fra hvor klart den anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser, og om uttalelsen må sees på som en tolkningsuttalelse eller mer som en anbefaling av hva som er optimalt.¹⁹⁶

Av barnekomitéens generelle kommentar nr. 10 fremgår det at ett av formålene med kommentaren er å fremme en helhetlig tilnærming til behandling av barn som begår lovbrudd gjennom å trekke inn andre internasjonale standarder.¹⁹⁷ De internasjonale standardene som

¹⁹¹ Nygaard (2004) s. 43–44.

¹⁹² De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

¹⁹³ Lucy Smith, "FNs konvensjon om barnets rettigheter" i *Barnekonvensjonen*, Oslo 2012 s. 17–30 (s. 24).

¹⁹⁴ FNs barnekomité, General Comment No. 10, 25 April 2007, Children's rights in Juvenile Justice.

¹⁹⁵ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 40–44.

¹⁹⁶ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44 og Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136.

¹⁹⁷ General comment No.10 avsnitt 4.

nevnes er Beijing reglene, JDL-reglene og Riyadh retningslinjene som alle kan gi bidrag ved tolkning av reglene i barnekonvensjonenes artikkel 37 og 40.¹⁹⁸

Beijing reglene danner et rammeverk for hvilke linjer det nasjonale regelverket skal holde seg innenfor ved straff av barn.¹⁹⁹ JDL-reglene omhandler rettigheter til unge som er fengslet, mens Riyadh-retningslinjene gjelder forebygging av ungdomskriminalitet, og er derfor mindre relevant for temaet i denne avhandlingen. Ingen av disse reglene er bindende, men som følge av at de på flere områder er sammenfallende med barnekonvensjonens artikkel 37 og 40 og at deler av Beijing reglene må sees på som utdyping av andre bindende folkerettslige regler, mener Van Bueren at det likevel blir for enkelte å avskrive reglene som ikke-bindende normer.²⁰⁰ I den grad reglene i disse resolusjonene gir uttrykk for generelle folkerettslige regler, vil de også måtte tas i betraktning etter straffeloven § 1, som fastslår at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten for øvrig.

I kapittel 3 vil jeg redegjøre for de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende ved straff av barn, og hvilke innhold disse har. Jeg vil her starte med å se på betydningen av prinsippet om barnets beste i strafferetten, hvilke innhold dette har i en strafferettslig kontekst, og hvilken betydning domstolene og lovgiver er forpliktet å tillegge prinsippet ved valg av straffereaksjon.²⁰¹ Etter dette vil jeg se på enkelte andre grunnprinsipper ved straff av barn.²⁰²

¹⁹⁸ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing reglene) 29 November 1985, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty 14 December 1990 (Havana reglene eller JDL-reglene) og United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency 14 December 1990 (Riyadh retningslinjene).

¹⁹⁹ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Nederland 1995 s.170.

²⁰⁰ *ibid.*

²⁰¹ Punkt 3.2.

²⁰² Punkt 3.3.

3.2 Prinsippet om barnets beste

3.2.1 Prinsippetets betydning i strafferetten

Prinsippet om barnets beste følger av Barnekonvensjonens artikkel 3, som sier at: "In all actions concerning children, (...) the best interests of the child shall be a primary consideration." Artikkel 3 gir uttrykk for et av barnekonvensjonens fire generelt prinsipper, som i tillegg til å ha selvstendig betydning som rettskilde, også har betydning ved tolkning av de øvrige bestemmelsene i konvensjonen.²⁰³

Prinsippet om barnets beste kom til uttrykk allerede i the Declaration on the Rights of the Child of 20 November 1959, og har siden blitt stadfestet i flere andre viktige internasjonale konvensjoner.²⁰⁴ Den europeiske menneskerettsdomstolen har trukket inn prinsippet om barnets beste ved tolkning av rettigheter i konvensjonen på ulike rettsområder, i tilknytning til artikkel 8 om retten til familieliv.²⁰⁵ Slik at prinsippet om barnets beste er et sentralt menneskerettslig prinsipp som har betydning på en rekke rettsområder. I norsk rett er prinsippet i tillegg til strafferetten, særlig viktig i saker etter barnevernsloven, barnelova og utlendingsloven.²⁰⁶

Selv om prinsippet om barnets beste ikke fremgår direkte av straffeloven, på samme måte som i enkelte andre lover, følger det av forrangsreglene i menneskerettsloven § 3 og straffeloven § 1, at det også på strafferettens område skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Spørsmålet om hvilken straff som skal idømmes et barn, vil selvsagt være en handling som berører barnet, og det er derfor klart at prinsippet gjelder når domstolen avgjør straffens lengde og utforming. At hensynet til barnets beste er viktig i straffesaker følger også av Beijing reglene.²⁰⁷

²⁰³ FNs barnekomité, General Comment No. 5, 27 November 2003, *General measures of implementation of the Convention on the rights of the child*, avsnitt 12 og Smith (2012) s.19.

²⁰⁴ For eksempel The European Union's Charter 18 December 2000 of Fundamental Rights art. 24 og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.

²⁰⁵ Se EMDs dom 6. juli 2010 Neulinger og Shuruk mot Sveits avsnitt 135 og EMDs dom 28. juni 2011 Nunez mot Norge avsnitt 84.

²⁰⁶ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) og lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

²⁰⁷ Regel 5 og regel nr. 17.1 bokstav d.

Barn over den kriminelle lavalderen som er tiltalt i straffesaker, blir tiltalt for overtredelse av de samme straffebudene som voksne, og hovedsakelig behandlet etter samme regler i straffeprosessloven. Selv om det er særregler for straffutmålingen når det gjelder barn, er det klart at barna som er berørt, befinner seg på et rettsområde, hvor reglene fortrinnsvis er utformet for voksne mennesker. Mange av de strafferettslige hensynene som er gjennomgått i kapitel 2, er også utviklet og utformet med tanke på voksne lovbrutere. Prinsippet om barnets beste er dermed svært viktig under alle stadiene av straffesaker, og også ved utforming av lovgivning om strafferegler og straffereaksjoner som skal benyttes overfor barn. Når barn begår alvorlige lovbrudd, er dette en hendelse barnet vil bære med seg resten av livet, og som kan berøre barnet på flere måter. Lovbruddet har allerede skjedd, og det kan ikke endres. Hvilken reaksjon lovbruddet møtes med, kan likevel være avgjørende for hvordan resten av barnets liv blir. Med disse forholdene som utgangspunkt, er det klart at vurderingen av hva som er til barnets beste på strafferettens område, vil kunne skille seg fra vurderingen på andre rettsområder.

3.2.2 Det enkelte barnets beste eller barns beste generelt

Når det heter "the child", tyder det på at det i utgangspunktet er hva som er til det berørte barnets beste, som skal være et grunnleggende hensyn, ikke hva som er til det beste for barn generelt. Mens når det står "in all actions concerning children", tyder dette på et at anvendelsesområdet er videre. Trude Haugli skriver at om det fokuseres på det enkelte barn eller på gruppen av barn, avhenger av hvem som er beslutningstaker, og hva beslutningen går ut på.²⁰⁸ Dette innebærer at når lovgiver tar stilling til straffelovgivning som skal benyttes overfor barn, skal hva som generelt anses å være til barn som begår lovbrudd sitt beste, være et grunnleggende hensyn. For domstolen som tar stilling til straffespørsmålet i konkrete saker, skal hensynet til det barnet som straffes sitt beste, være et grunnleggende hensyn.

²⁰⁸ Trude Haugli "Hensynet til barnets beste" i *Barnekonvensjonen*, Oslo 2012 s. 51–72 (s. 53).

3.2.3 Innholdet i prinsippet

Når det i artikkel 3 står "the best interest of the child" innebærer dette, at det skal tas hensyn til hva som er til *det beste* for barnet. Det er ikke nok at det tas hensyn til hva som er bra for barnet, det er det som er best som skal være et grunnleggende hensyn. I FNs barnekomité's generelle kommentar nummer 10, går komitéen inn på hensynet til barnets beste, når barnet er kommet i konflikt med loven.²⁰⁹ Her står det at:

"In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law. These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children. The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety."

Det fremgår av denne uttalelsen, at barn ikke bør behandles på samme måte som voksne lovbrøyttere fordi de skiller seg fra voksne både fysisk og psykologisk. Barnekomitéen trekker frem at forskjellene mellom barn og voksne gjør at det foreligger mindre skyld hos barn. At hensynet til barnets beste må tillegges betydning innebærer at andre hensyn kan måtte vike til fordel for rehabilitering og gjenopprettende prosess. Barnekomitéen mener hensynet til andre borgeres sikkerhet likevel kan ivaretas. Ved at gjenopprettende prosess trekkes inn, viser det at reintegrering også vil være et viktig hensyn.

Uttalelsen i den generelle kommentaren, tyder på at hensynet til barnets beste på mange måter sammenfaller med hensynet til rehabilitering. Rehabilitering er helt klart en viktig side av hensynet til barnets beste. Barn som begår alvorlig kriminalitet, har hele sitt voksne liv foran seg. Dersom de fortsetter å begå alvorlige lovbrudd vil de leve et liv på siden av samfunnets alminnelige regler. Å leve et liv hvor kriminalitet har stor plass, vil normalt være negativt for en persons liv. Barnet risikerer gjentatte straffesaker mot seg, og det vil det kunne få alvorlige psykiske og sosiale følger for barnet. Barn som begår alvorlige lovbrudd har ofte sammensatte problemer, hvor særlig rus og aggresjonsproblematikk er vanlig i tilknytning til

²⁰⁹ General Comment No. 10 avsnitt 10.

voldsforbrytelser.²¹⁰ Og de kan også før lovbruddet ha vist bekymringsverdig atferd som uttrykk for sine problemer.²¹¹ Å straffe uten å ta tak i de problemene som skaper den kriminelle atferd, vil derfor kunne ha liten effekt, og barnet kan bli gjengangsforbryter.

Når rehabilitering er et helt sentralt hensyn som inngår i hensynet til barnets best, legges det til grunn et langsiktig perspektiv i vurderingen. Det samme har også Høyesterett understreket.²¹² Et langsiktig perspektiv kan være nyttig for å unngå at hensynet blir tatt til inntekt for løsninger som kun innebærer å gjøre barnet en bjørnetjeneste. Det kan likevel være en risiko for at situasjonen blir slik at målet helligere midlet, og at straffereaksjonen blir svært streng og inngripende, ut fra hensynet til rehabilitering. Straffereaksjonene kan dermed virke urimelige og uforholdsmessig strenge, noe som vil henge dårlig sammen med at det i utgangspunktet foreligger mindre skyld hos barn som begår lovbrudd, enn hos voksne. Et langsiktig perspektiv bør derfor ikke alene inngå i vurderingen av hva som er til barnets beste. Det er nødvendig at også enkelte andre hensyn til barnet får plass i vurderingen.

Barn og straff -utvalget mener at momenter i vurderingen av hva som er til barnets beste, som er trukket opp i Høyesterett og juridisk teori på andre rettsområder, kan ha overføringsverdi til strafferetten.²¹³ Etter utvalgets mening vil hva som er til barnets beste i stor grad føres tilbake til grunnleggende behov som omsorg, trygghet, stabil og god voksenkontakt og respekt for barnets egen mening. Dette skal danne grunnlaget for at barnet utvikler empati og respekt for andre.²¹⁴

De momentene som utvalget her trekker frem kan være svært viktig dersom rehabiliteringen skal lykkes. Det kan nok tenkes at enkelte av momentene vil kunne få en mindre plass på strafferettens område, enn ellers. Straffereaksjoner vil ha et negativt preg, særlig fordi det stort sett alltid må ha et element av tvang i slike reaksjoner. Det må likevel søkes å utforme reaksjoner som ikke bryter ned barnets selvfølelse, integritet og autonomi. Dersom straffen

²¹⁰ NOU 2008:15 s. 43–44.

²¹¹ NOU 2008:15 s. 44–46.

²¹² Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

²¹³ NOU 2008: 15 s. 104.

²¹⁴ NOU 2008: 15 s. 104.

ikke kan ivareta disse forholdene, kan det være vanskelig å oppnå rehabilitering og reintegrering.

De øvrige bestemmelsene i barnekonvensjonen som gjelder barn i konflikt med loven, kan også gi veiledning i hva som antas å være barnets beste i straffesaker. Her vil både artikkel 37 og artikkel 40 være viktig. En viktig begrensning i hvilke straffereaksjoner som kan idømmes barn etter barnekonvensjonen, følger av artikkel 37 bokstav b. Denne bestemmelsen slår fast at pågrepelse, varetekt og fengsling bare skal benyttes som siste utvei, og for kortest mulig periode. At fengsling kun skal benyttes som siste utvei, innebærer at fengselsstraff bare kan idømmes når ikke andre reaksjoner er mulig å benytte. Etter ordlyden skal det mye til før fengsling kan benyttes, og det skal enda mer til at det skal kunne idømmes lange fengselsstraffer. Også Beijing reglene fastsetter at fengsling skal benyttes minst mulig.²¹⁵

Som fremhevet av FNs barnekomité, er det for å ivareta regelen om fengsling som siste utvei, nødvendig at lovgiver legger til rette med flere alternative reaksjoner.²¹⁶ I vurderingen av hvilke andre reaksjoner som må være tilgjengelig, vil de øvrige bestemmelsene om barn i konflikt med loven kunne gi veiledning.

Artikkel 37 bokstav c gjelder etter sin ordlyd all frihetsberøvelse av barn. I bokstav c står det blant annet at ethvert barn som er frihetsberøvet "shall" bli holdt adskilt fra voksne. Etter bestemmelsen kan unntak gjøres dersom det er til barnets beste å være sammen med voksne. Også SP artikkel 10 nr. 2 bokstav b fastslår at unge personer som er berøvet friheten skal holdes adskilt fra voksne. Denne bestemmelsen har Norge reservert seg mot, men tolkning av bestemmelsen kan ha betydning for tolkning av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav c.²¹⁷ Når barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav c sier at barn *skal* holdes adskilt fra voksne, innebærer det at det ikke er en anbefaling, men et krav til hvordan frihetsberøvelsen utformes. Barnekomitéen uttaler at unntaket skal bli tolket strengt, og at det ikke skal benyttes fordi det

²¹⁵ Regel nr. 17.1 bokstav b.

²¹⁶ General comment No. 10 avsnitt 23 og 28.

²¹⁷ NOU 2008: 15 s. 110.

er praktisk for staten.²¹⁸ Fra samme sted uttales det at det er bevist, at om barn fengsles sammen med voksne, vil dette gå ut over barnets grunnleggende sikkerhet, trivsel og deres fremtidige mulighet til å holde seg unna kriminalitet og bli reintegrert i samfunnet.²¹⁹

Fengsling av barn, særlig sammen med voksne lovbrøyttere, er derfor normalt ikke til barnets beste.²²⁰ Fengsling av barn kan også være vanskelig å forene med grunnprinsippene for straff av barn som fremgår av barnekonvensjonens artikkel 40 nr. 1, og som jeg vil komme inn på under punkt 3.3.

Norge valgte ikke å reservere seg fra barnekonvensjonen artikkel 37 c, fordi Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité mente det var til barnets beste å sone sammen med voksne isteden for i ungdomsfengsel.²²¹ Begrunnelsen som ble angitt ved Norges fjerde rapport til FNs barnekomité, var at på grunn av det lave antallet barn som til enhver tid er fengselet, vil det innebære tilnærmet fullstendig isolasjon for barn om de holdes adskilt fra voksne.²²² I utredningen barn og straff la utvalget likevel til grunn at den norske ordningen hvor det er gjort unntak på generelt grunnlag, er i strid med barnekonvensjonen.²²³ Departementet støttet forslaget til barn og straff-utvalget som gikk ut på at barn i utgangspunktet skal få tilbud om å sone i egne ungdomsenheter, og det er nå prøveordninger med slike enheter mens det bygges permanente plasser.²²⁴

Av artikkel 37 bokstav c følger det også at barnet skal behandles med respekt og menneskelighet på en måte som tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder. I JDL-reglene artikkel 59 er det presisert hva som ligger i kravet til menneskelig behandling, og her trekkes det frem at barnet skal ha tilstrekkelig kommunikasjon med omverden, og herunder sin familie. Barnets rett til å opprettholde personlig kontrakt med foreldrene er også en viktig

²¹⁸ General comment No. 10 avsnitt 85.

²¹⁹ *ibid.*

²²⁰ Unicef, *Implementation handbook for the convention on the rights of the child*, Third edition, Switzerland 2007 s. 560.

²²¹ NOU 1993: 18 s. 51 med videre henvisninger,

²²² Norges Fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter-2008 s. 116.

²²³ NOU 2008: 15 s. 111.

²²⁴ Prop 135 L (2010–2011) s. 144.

side av hensynet til barnets beste. Denne retten er stadfestet i BK artikkel. 9 nr. 3, og gjelder også i straffesaker.²²⁵

Ofte vil det som er til det beste for barn i konflikt med loven generelt, være sammenfallende med hva som er til det beste for det enkelte barn. Men det vil kunne variere ut fra forhold rundt barnets person, barnets adferd og type lovbrudd. I noen tilfeller vil en reaksjon kunne virke rehabiliterende og reintegrerende, men i andre tilfeller vil den samme typen straffereaksjon virke direkte mot sin hensikt.²²⁶ Derfor er det svært viktig at lovgiver utformer regler som tar høyde for ulike barns behov, og at det i konkrete saker klarlegges hva som er til det enkelte barnets beste. Når domstolen skal ta stilling til barnets beste i straffesaker vil derfor personundersøkelser som kartlegger barnets behov, atferd og andre relevante forhold, være en forutsetning for at det skal kunne tas ett forsvarlig valg av reaksjon.²²⁷

3.2.4 Et grunnleggende hensyn

I barnekonvensjonens artikkel 3, slås det fast at barnets beste skal være et "a primary consideration". At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, innebærer at hensynet skal være et primært eller fundamentalt hensyn. Dette tyder på at det skal en del til før hensynet kan fravikes. Det er ikke nok at det er enkelte forhold som taler imot å la barnets beste få avgjørende betydning, det må være andre grunnleggende interesser som står imot hensynet. Formuleringen i bestemmelsen ble valgt for å understreke at hensynet til barnets beste ikke er det eneste hensynet og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, men at det må tillegges vesentlig betydning.²²⁸

Når det gjelder avveiningen av motstridende interesser opp mot barnets beste, kan det trekkes enkelte paralleller til avveiningen av barnets beste opp mot innvandringsregulerende hensyn som gjøres etter utlendingsloven. At denne avveiningen i utlendingssaker er relevant for strafferetten kommer av det på begge disse rettsområdene kan stå bredere samfunnsmessige

²²⁵ Van Bueren (1995) s. 172.

²²⁶ NOU 2008:15 s. 166–177.

²²⁷ NOU 2008:15 s. 166.

²²⁸ Haugli (2012) s. 54–55, Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31 og 32 og Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13.

hensyn mot barnets interesser. I Høyesteretts plenumsdom inntatt i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 134 uttalte førstvoterende som tilhørte flertallet at:

"jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende."

Uttalelsen viser at den konkrete vurderingen av barnets beste i enkeltsaker kan få frem at det foreligger så tungtveiende hensyn til barnet, at andre hensyn ikke kan slå gjennom uavhengig av hvilke hensyn som står imot.

Barn og straff-utvalget la til grunn at det må foreligge bredere samfunnsinteresser eller rettferdighets-betraktninger for at hensynet skal kunne fravikes.²²⁹ Når utvalget nevner rettferdighetsbetraktninger, kan det være hensynet til forholdsmessighet det siktes til. Av bredere samfunnsinteresser er det særlig hensynet til allmennprevensjon og samfunnsvern som kan være vanskelig å forene med barnet beste, slik at det blir nødvendig med en avveining mellom disse hensynene. Men fordi barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, må disse hensynene slik som Barn og straff-utvalget la til grunn, være tungtveiende om de skal få gjennomslag.

3.3 Andre grunnprinsipper ved straff av barn

Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 1 oppstiller enkelte grunnprinsipper som gjelder ved behandling av barn i konflikt med loven.²³⁰ Etter ordlyden i bestemmelsen gjelder grunnprinsippene også etter at barnet er funnet skyldig i en straffbar handling, noe som innebærer at prinsippene er relevant ved valg av straffereaksjonen. Av artikkel 40 nr. 1 følger det for det første at barnet skal bli behandlet på en måte som fremmer barnets følelse av verdighet og egenverd, noe som regnes som en grunnleggende menneskerettighet.²³¹ For det andre skal barnet bli behandlet på en måte som styrker hans eller hennes respekt for andres menneskerettigheter og grunnleggende friheter. For det tredje skal det tas hensyn til barnets alder og ønskeligheten av reintegrering av barnet på en slik måte at det kan ha en konstruktiv rolle i samfunnet. De to sistnevnte punktene henger nært sammen med hverandre. Det er

²²⁹ NOU 2008: 15 s. 103.

²³⁰ General comment No. 10 avsnitt 13 og Van Bueren (1995) s. 172.

²³¹ General comment No. 10 avsnitt 13.

vanskelig å tenke seg en vellykket reintegrering om ikke barnet har lært seg å respektere andres grunnleggende menneskerettigheter. At barnet blir behandlet på en måte som fremmer følelsen av verdighet og egenverd, henger igjen nært sammen med det å respektere andre. Alle disse punktene er derfor grunnleggende for at straffen skal være vellykket i den forstand at barnet avholder seg fra nye lovbrudd, og samtidig kan inneha en konstruktiv rolle i samfunnet.

At artikkel 40 nr. 1 benytter uttrykket "reintegration", gjør at det her er en forskjell fra SP artikkel 14 nr. 4, som stadfester at unge skal få rettergangen avpasset på en måte som fremmer "rehabilitation". Også Beijing reglene benytter uttrykket "rehabilitation", selv om det kan se ut til at reglene retter seg mot reintegrering i enkelte sammenhenger.²³² Van Bueren skriver at begrunnelsen for denne forskjellen er at da barnekonvensjonen ble utformet hadde nye teorier utviklet seg. Mens tanken om rehabilitering ofte innebærer at en person fjernes fra samfunnet til vedkommende er rehabilitert, innebærer tanken om reintegrering at det sosiale miljøet rundt barnet skal bidra til at barnet lærer å ta ansvar for sine handlinger gjennom å utvikle tilhørighet i samfunnet.²³³ I tillegg ble det ansett ønskelig å benytte uttrykket reintegrering isteden for rehabilitering for å unngå risikoen for at det skulle forekomme misbruk av inngripende sosial kontroll under begrunnelsen at dette vil fremme rehabilitering.²³⁴

Hensynet til reintegrering er et grunnleggende hensyn uavhengig av lovbruddets art, slik at også ved alvorlige lovbrudd må reintegrering være et sentralt hensyn. Når det gjelder hensynet til andre borgeres behov for beskyttelse, uttaler Barnekomiteen at den godtar at hensynet til offentlig sikkerhet er et legitimt formål i strafferetten, men at det er komiteens oppfatning at dette formålet best ivaretas når straffesystemet fullt ut ivaretar de grunnleggende prinsippene som er nevnt i artikkel 40 nr. 1.²³⁵ Ved å ivareta hensynet til reintegrering, kan barnet lære å respektere andres menneskerettigheter og bli reintegrert i samfunnet. På denne måten vil både hensynet til samfunnet og hensynet til barnets beste kunne bli ivaretatt.

²³² Commentary til regel nr. 17.1 a, 23.2 og 25.1.

²³³ Van Bueren (1995) s. 173.

²³⁴ *ibid.*

²³⁵ General comment No. 10 avsnitt 13.

Barnekonvensjonen stiller også andre krav til straff av barn enn de som nevnt i artikkel 40 nr. 1. I barnekonvensjonens artikkel 40 nr. 4 står det at forskjellige ordninger skal være tilgjengelige slik at barn blir behandlet på en måte som står i forhold til omstendighetene og til lovovertrædelsen. Beijing regelen nr. 17.1 bokstav a sier at reaksjonen som ilegges alltid skal være forholdsmessig til lovbruddet, den unges behov og samfunnets behov.

Etter ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 4, kan det se ut som kravet om forholdsmessige straffer kun retter seg mot lovgiver, og at det ikke er et materielt krav som kan påberopes i konkrete saker. Det er imidlertid ikke bare artikkel 40 nr. 4 som setter grenser for straffens strenghet. I artikkel 40 nr. 1 står det at den valgte straffen skal ta hensyn til barnets alder, og også artikkel 37 bokstav c angir forhold som må tas i betraktning ved straff av barn.

I General comment no. 10 avsnitt 71 står det i tilknytning til artikkel 37 bokstav b og artikkel 40, at:

"The Committee wishes to emphasize that the reaction to an offence should always be in proportion not only to the circumstances and the gravity of the offence, but also to the age, lesser culpability, circumstances and needs of the child, as well as to the various and particularly long-term needs of the society. A strictly punitive approach is not in accordance with the leading principles for juvenile justice spelled out in article 40 (1)(...) In cases of severe offences by children, measures proportionate to the circumstances of the offender and to the gravity of the offence may be considered, including considerations of the need of public safety and sanctions. In the case of children, such considerations must always be outweighed by the need to safeguard the well-being and the best interests of the child and to promote his/her reintegration."

Det følger av utsagnet at straff av barn skal være forholdsmessig, og at det i vurderingen av om straffen er forholdsmessig, må gjøres en helhetsvurdering hvor alle forhold rundt barnet og samfunnet skal tas i betraktning. Også i tilfeller hvor barn begår alvorlige forbrytelser, skal hensynet til barnet og reintegrering, gå foran hensynet til samfunnet. En tilnærming som bare dreier seg om straff, er ikke i samsvar med de overordnede prinsippene i artikkel 40 nr. 1. Slik som kravet til forholdsmessighet kommer frem i denne uttalelsen, er det naturlig å forstå det

slik at kravet også gjelder i enkeltsaker. Når det her fastslås at hensynet til barnet i utgangspunktet skal gå foran andre hensyn, innebærer dette at det skal velges straffer som i først og fremst ivaretar barnets interesser.

Barn og straff-utvalget trekker frem tre momenter som er sentrale i straffutmålingen når barn har begått lovbrudd.²³⁶ Det første er at det bør søkes å gi en reaksjon som kan motivere barnet til atferdsendring. Reaksjonen bør også fjerne eller redusere risikofaktorer i barnets liv, samtidig som den styrker barnets ressurser. Reduseringen av risikofaktorer bør gjøres gjennom at barnets offentlige og private nettverk engasjerer seg. Disse momentene skal bidra til å vurdere om og hvordan en straffereaksjon kan ha individualpreventive virkning.²³⁷ Momentene er svært lik prinsippene i barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 1, og er heller ikke ulike punktene McAra trekker frem.²³⁸

3.4 Barnets beste, rehabilitering og reintegrering

Kravene som artikkel 37 og artikkel 40 i barnekonvensjonen oppstiller begrunnet i hensynet til barnets beste, hensynet til reintegrering og rehabilitering. Disse hensynene, skal etter barnekonvensjonen være de overordnede hensynene når barn er i konflikt med loven. Dette gjør at det er gode grunner til at det må være egne regler for valg av straffereaksjon når barn begår lovbrudd, og at andre hensyn enn de som gjelder ved straff av voksne, må tillegges betydelig vekt. Etter min mening kan det være vanskelig å ivareta disse hensynene i konkrete saker, om enkelte av de strafferettslige hensynene tillegges for mye vekt. Når reintegrering er et viktig hensyn, viser det at reaksjoner som er basert på gjenopprettende prosess blir svært viktige. Barnekonvensjonen utelukker ikke at hensynet til samfunnets behov for beskyttelse også tas i betraktning, men dette må gjøres uten å gå på bekostning av barnets behov.

²³⁶ NOU 2008: 15 s. 136.

²³⁷ NOU 2008: 15 s. 136.

²³⁸ Se punkt 1.2.

4 VALGET MELLOM FENGSELSSTRAFF OG SAMFUNNSSTRAFF

4.1 Innledning

Ved alvorlige lovbrudd hvor gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet, har domstolen, frem til reglene om ungdomsstraff trår i kraft, hovedsakelig valget mellom to straffarter, fengselsstraff eller samfunnsstraff. Under straffespørsmålet blir det spørsmål både om straffens lengde, og hvilke hvilken type straffereaksjon som skal idømmes. Mens land med sterkere innslag fra nyklassisismen har gått i retning av mindre skjønn for domstolen ved straffutmålingen, har utviklingen i Norge, blant annet gjennom lovendringene i 2012, gått i motsatt retning.²³⁹ Dette gjør at norske domstoler må ha et bevisst forhold til de ulike hensynene som gjør seg gjeldende ved straff av unge lovbrøyttere, og på selvstendig grunnlag vurdere de ulike hensynenes betydning og hvilke vekt de bør ha i de ulike sakene.

Samfunnsstraff er antatt å være bedre egnet til å ivareta hensynet til barnets beste og individualprevensjon, enn fengselsstraff.²⁴⁰ Fordi ubetinget fengsel skal benyttes som siste utvei, er samfunnsstraff den foretrukne reaksjonen når barn begår lovbrudd. Det har derfor, etter ønske fra lovgiver, funnet sted en økning i bruken av samfunnsstraff i slike saker.²⁴¹ Valget mellom de to straffereaksjonene kan være av stor betydning for domfelte, og hvordan domstolen benytter seg av ulike hensyn i rettsanvendelsen blir derfor svært viktig.

I kapittel 4 vil jeg se på hvordan de ulike hensynene innvirker på rettsreglene som regulerer valget mellom samfunnsstraff og fengselsstraff når barn begår alvorlige lovbrudd. Problemstillingen under punkt 4.2 er hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og hvordan de innvirker ved dette valget, og jeg vil her redegjøre for de vilkårene som er bestemmende for ved hvor alvorlige lovbrudd samfunnsstraff kan idømmes ved. Under punkt 4.3 er problemstillingen hvilken betydning hensynet til individualprevensjon har ved valget mellom samfunnsstraff og fengsel, og under punkt 4.4 er problemstillingen hvordan hensynet til allmennprevensjon og den alminnelige rettsfølelse vektlegges ved dette valget.

²³⁹ Se straffeloven §§ 55, 18 og 28 a første ledd bokstav b og annet ledd.

²⁴⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 97.

²⁴¹ Se Ot.prp. nr. 31 (2006-2007) s. 54.

Hvordan de ulike hensynene innvirker på fengselsstraffens lengde vil jeg se på i kapittel 5. I kapittel 4 og 5 vil jeg både behandle hvordan de ulike hensynene innvirker på lovgivningen, ved å se på begrunnelsene for innholdet i de bestemmelsene som særskilt gjelder straff av barn, og hvilke betydning de har i konkrete rettsavgjørelser, gjennom å analysere rettspraksis som er tilknyttet temaet. Hovedtyngden vil være på analysen av rettspraksis.

I Norge dømmer Høyesterett i siste instans.²⁴² Høyesterett har ansvaret for å presisere og utvikle rettsregler, og det er først og fremst Høyesteretts dommer som har prejudikatverdi.²⁴³ I kapittel fire vil jeg i min analyse av rettspraksis gå i dybden på fire høyesterettsdommer som er viktige for temaet i avhandlingen fordi retten tar stilling til, og utførlig drøfter rettsregler som er sentrale for mine problemstillinger.²⁴⁴ Dommene jeg har valgt å gå i dybden på, omhandler forskjellige alvorlige lovbrudd, hvor ulike hensyn gjør seg gjeldende. Også andre dommer enn de fire jeg går i dybden på vil bli trukket inn, men jeg tar ikke sikte på å gi en uttømmende analyse av relevant rettspraksis.

4.2 Hovedregelen for å idømme samfunnsstraff overfor barn

4.2.1 Straffeloven § 28a og vilkåret om at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet

I saker med barn, kan samfunnsstraff idømmes istedenfor fengselsstraff når tiltalte samtykker, han eller hun har bosted i Norge og hensynet til straffens formål ikke taler mot en reaksjon i frihet, jf. straffeloven § 28a første ledd bokstav b og c. For gjerningspersoner over 18 år er det i tillegg et vilkår at det ellers ikke ville blitt idømt strengere straff enn ett års fengsel, jf. straffeloven § 28a første ledd bokstav a. Dermed er adgang til å idømme samfunnsstraff ved alvorligere lovbrudd i saker med barn, enn ved voksne lovbrøyttere, jf. straffeloven § 28a annet ledd. Adgangen til å avvike fra vilkåret i bokstav a når lovbrøytteren var under 18 år på gjerningstidspunktet, kom inn i loven ved lovendringen 20. januar 2012. Også før det, var det på samme måte som nå, adgang til å avvike fra dette vilkåret dersom den straffen som ville

²⁴² Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 § 88.

²⁴³ Jens Edvin A Skoghøy, "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse" i *Nybrott og odling festskrift til Nils Nygaard, 70 år*, Bergen 2002 s. 323–343 (s. 326).

²⁴⁴ Rt. 2010 s. 1313, Rt 2010 s. 1317, Rt. 2012 s. 34 og Rt. 2013 s. 67.

blitt idømt, ville ha vært helt eller delvis betinget eller når sterke grunner taler for det, jf. straffeloven § 28a annet ledd.

Av vilkårene for når samfunnsstraff kan idømmes, er det vilkåret om at "hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet" som begrenser adgangen til å idømme samfunnsstraff ut fra lovbruddets alvorlighet, når barn begår lovbrudd. Vilkaåret innebærer at det i konkrete saker må vurderes om bruk av samfunnsstraff oppfyller hensynene bak straff. Tanken bak bestemmelsen er at det i noen saker kreves frihetsberøvelse for å ivareta enkelte strafferettslige hensyn. Etter forarbeidene gjelder dette særlig hensynet til allmennprevensjon.²⁴⁵ Ordlyden stenger likevel ikke for at også andre hensyn kan utelukke bruk av samfunnsstraff, noe som også var formålet med utformingen av vilkåret.²⁴⁶ Slike hensyn kan for eksempel være hensynet til andre borgeres sikkerhet, hensynet til straffverdighet og hensynet til rettferdighet.

Enkelte typer lovbrudd er av en slik karakter at det i seg selv er ment å stenge for bruk av samfunnsstraff.²⁴⁷ Lovbruddet anses da så grovt at hensynet til straffens formål ikke kan ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. I forarbeidene nevnes særskilt drap og grove sedelighetsforbrytelser, og det understrekes at dette også gjelder i saker med unge lovbryttere. Ved andre lovbrudd vil det bli en helhetsvurdering med utgangspunkt i de konkrete omstendighetene.²⁴⁸ I vurderingen vil forhold hos gjerningspersonen, utviste skyld eller andre momenter ved den straffbare handlingen sammen eller alene kunne gjøre at vilkåret stenger for bruk av samfunnsstraff.

Når barn begår lovbrudd, må vilkåret om hensynet til straffens formål tolkes i lys av de særskilte forholdene som da gjør seg gjeldende og straffeloven § 18 om at ubetinget fengsel må være særlig påkrevd om barns skal kunne idømmes dette.²⁴⁹

²⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 296.

²⁴⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 296 og Prop. 135 L (2010-2011) s. 95.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 296.

²⁴⁸ Se Rt. 2012 s. 34 under punk 4.4.3.

²⁴⁹ Se Rt. 2013 s. 67 under punkt 4.4.4.

4.2.2 Rt. 2010 s. 1313, Avveiningen mellom allmennprevensjon og individualprevensjon

I Høyesteretts dom inntatt i **Rt. 2010 s. 1313** tar retten på prinsipielt grunnlag, stilling til adgangen til å idømme samfunnsstraff ved alvorlige lovbrudd når gjerningspersonen er under 18 år på gjerningstidspunktet. Saken gjaldt straffutmåling for ran og ransforsøk.

Hovedspørsmålet i Rt. 2010 s. 1313, var hvilken betydning det skulle ha for straffutmålingen at domfelte var under 18 år på gjerningstidspunktet og herunder hvordan begrensningen om at en reaksjon i frihet **ikke må tale mot straffens formål**, skal tolkes og anvendes i saker hvor gjerningspersonen er mindreårig. I tingretten ble straffen på 3 års fengsel, hvor 1 år og 6 måneder ble gjort betinget.²⁵⁰ I lagmannsretten ble domfelte idømt fengsel i 2 år og 6 måneder, hvor 1 år og 6 måneder ble gjort betinget.²⁵¹ Høyesterett kom, under tvil, til at domfelte skulle idømmes samfunnsstraff på 420 timer, som er lovens øvre ramme.

Domfelte i saken var 17 år og fire måneder gammel da lovbruddene fant sted. Tiltalen gjaldt i alt fem ran og et ransforsøk, begått i løpet av noen få nattetimer av til sammen syv ungdommer. Under ranene ble det benyttet slag, spark og fremsatt trusler med noe de fornærmede oppfattet som skytevåpen. Retten uttalte at ranene lå i grenseområdet mot grovt ran, og at straffen normalt ville vært på flere års ubetinget fengsel. Domfeltes fengselsstraff i tingretten og lagmannsretten var lengere enn straffen til enkelte av de andre domfelte som var over 18 år i saken, hovedsakelig på grunn av hans aktive rolle og brutale fremferd under ranet.

Ran innebærer at noen ved hjelp av vold, trusler eller ved å sette vedkommende ut av stand til forsvar, uberettiget bemektiger seg en gjenstand, som helt eller delvis tilhører en annen, jf. Straffeloven § 267. At ran er en alvorlig forbrytelse gjenspeiles av strafferammene. Ran straffes med fengsel inntil 5 år eller 12 år om ranet var grovt jf. § 268 første og annet ledd. Ran innebærer en krenkelse av andre personers fysiske eller psykiske integritet, og vil derfor også etter sin art oppfattes som alvorlig. At flere sammen begår alvorlige lovbrudd kan føre til at handlingene oppfattes svært skremmende for andre borgere. I Rt. 2010 s. 1313 understreket førstvoterende at ran som i denne saken, ikke bare rammer ofrene, men også bidrar til en allmenn følelse av utrygghet ved ferdsel i sentrumsnære områder. Ved lovbrudd som innvirker på befolkningens trygghet, kan det tenkes at hensynet til allmennprevensjon og

²⁵⁰ TOSLO-2009-126711.

²⁵¹ LB-2009-186076.

samfunnsvern blir vektlagt i større grad enn ellers. Tradisjonelt har også hensynet til allmennprevensjon vært ansett å være sentralt under straffutmålingen for ran.²⁵²

Dommen i Rt. 2010 s. 1313 ble avgjort etter reglene som gjaldt før lovendringene 20. januar 2012, og ung alder var ikke da et eget grunnlag for å avvike fra regelen i straffeloven § 28a første ledd bokstav a. Retten fant det likevel ikke tvilsomt at det er adgang til å idømme samfunnsstraff ved ganske alvorlige lovbrudd, men også da gjelder vilkåret i straffeloven § 28a første ledd bokstav b om at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet.²⁵³ Etter å ha gjennomgått forarbeidene til straffeloven 2005, andre lovendringer, rettspraksis og utformingen av straffeloven 2005 § 33, kom førstvoterende til at alle disse rettskildefaktorene viser en utvikling som innebærer at samfunnsstraff, i større grad enn tidligere, skal benyttes når barn begår lovbrudd.²⁵⁴ Retten fant støtte for dette i at senere tids lovgivningsarbeid viser at lovgiver ønsker mer differensierte straffer, med vekt på individualprevensjon og rehabilitering.²⁵⁵ Denne utviklingen mente retten må sees i lys av FNs barnekonvensjon.

Retten la uten videre til grunn at barnekonvensjonen artikkel 3 også gjelder når barn er tiltalt i en straffesak, og uttalte at det etter denne bestemmelsen foreligger en plikt til å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse skal ivaretas.²⁵⁶ Resultatet av disse vurderingene må være sentrale i beslutningsgrunnlaget. Det understrekes med en henvisning til Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 31-32 at hensynet til barnets beste ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, men at det forutsettes at det skal legges stor vekt på hensynet. Retten gikk så videre til artikkel 37 bokstav b om frihetsberøvelse som siste utvei og for kortest mulig tid, og artikkel 40 nr. 1 om barnets rett til å bli behandlet på en måte som tar hensyn til barnets alder og reintegrering.²⁵⁷ Retten gikk også gjennom uttalelser i General Comment No. 10 avsnitt 10 og 71.²⁵⁸

²⁵² Se for eksempel Rt. 2005 s. 573 avsnitt 13, med videre henvisninger og Rt. 2007 s. 1746 avsnitt 9.

²⁵³ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 8.

²⁵⁴ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 9 til 12.

²⁵⁵ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 9.

²⁵⁶ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13.

²⁵⁷ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 14.

²⁵⁸ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13 og 14.

Som følge av reglene i barnekonvensjonen og nyere utvikling i straff av barn, - uttalte retten i avsnitt 15 at:

"Vilkåret i straffeloven § 28 a første ledd bokstav b om at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet, må tolkes og anvendes mot denne bakgrunn. Der domfelte var under 18 år på gjerningstiden forskyves altså tyngdepunktet i avveiningen mellom de individualpreventive og de allmennpreventive hensyn: Det som i det lange løp alt i alt best tjener barnets interesser trer i forgrunnen, og kan bare settes til side så langt det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad også ivaretas ved en dom på samfunnsstraff. Jo yngre barnet er, desto mer må det til."

Dommens anførte ratio decidendi sier dermed noe om hvilke hensyn som innvirker, og hvordan de skal innvirke ved valg mellom fengsel og samfunnsstraff. Dommen innebærer at i saker med unge lovbrøyttere, vil de ulike hensynene måtte vurderes på en annen måte enn i saker med voksne lovbrøyttere. Mens tyngdepunktet i straffutmålingen i mange saker vil ligge på hensynet til allmennprevensjon, skal hovedtyngden hvor gjerningspersonen var under 18 år ligge på individualpreventive hensyn. Det som på langt sikt tjener til barnets beste, trer i forgrunnen. Dersom fengselsstraff skal kunne idømmes, må for det første hensynet til allmennprevensjon være særlig tungtveiende, og for det andre må hensynet ikke kunne ivaretas tilfredsstillende ved en dom på samfunnsstraff.

Som retten selv ga uttrykk for, går uttalelsen i avsnitt 15 noe lengere enn i en tidligere dom, Rt. 2009 s. 903, som også omhandlet bruk av samfunnsstraff og ung lovbrøytter. Retten begrunnet dette med at det i 2009-dommen var dissens og at det kunne reises tvil om tolkning av straffeloven § 28 a første ledd bokstav b var riktig. Retten fant også støtte for sitt syn i Rt. 2004 s. 804 og to andre dommer.²⁵⁹ Rettsregelen Høyesterett utformet kan derfor ikke sies å gi uttrykk for noe markert avvik fra tidligere praksis.

I dommen gikk retten inn på de konkrete forholdene rundt domfeltes oppvekst, problemer og utvikling etter lovbruddet, og mente at domfelte ville være i stand til å gjennomføre

²⁵⁹ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 10.

samfunnsstraff.²⁶⁰ Retten var ikke i tvil om at samfunnsstraff ville ivareta de individualpreventive hensynene best, og var inne på at fengsling ville kunne være direkte skadelig for domfeltes videre utvikling. Både hensynet til individualprevensjon og prinsippet om barnets beste, talte derfor for å idømme samfunnsstraff.

Til tross for dette var retten likevel i tvil om samfunnsstraff kunne idømmes. I avsnitt 20 og utalte retten at:

"Det kan med atskillig styrke argumenteres for at det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som taler mot en reaksjon i frihet. I denne tvilssituasjonen finner jeg å kunne legge vekt på at ranene og ransforsøket er begått samme natt, og at det er tale om førstegangsforbrytelser. Jeg legger videre vekt på at det ikke foreligger opplysninger om nye straffbare forhold etter 5. april 2009."

Det fremgår ikke direkte av rettens argumentasjon at de momentene som her trekkes frem, hører under hensynet til barnets beste eller individualprevensjon, men det er likevel forhold som er viktige for vurderingen av hvordan individualprevensjon gjør seg gjeldende. Rehabilitering kan være lettere å oppnå når domfelte, som i denne avgjørelsen, kun har begått lovbrudd over et meget begrenset tidsrom, slik at dette momentet kan være en del av en vurdering av hensynet til individualprevensjonen. Rettens argument kan også tolkes slik at det kan være urimelig å idømme en strengere straff ut fra hensynet til allmennprevensjon, når gjerningspersonen er førstegangsforbryter og har avholdt seg fra nye lovbrudd. Utsagnet som er sitert ovenfor, viser at også i saker hvor den foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn, kan en konkret vurdering av omstendighetene rundt gjerningspersonen, rimelighet, mulighet for rehabilitering eller andre forhold, føre til at hensynet likevel ikke får avgjørende betydning.

I dommen understrekes det at samfunnsstraff av et slikt omfang som blir idømt, vil være en meget følbar reaksjon.²⁶¹ Når det samtidig trekkes frem flere formidlende momenter, viser dommen at også hensynet til proporsjonalitet og rettferdighet spiller en rolle ved straffutmålingen. Gjennom rettens argumentasjon underbygges det at samfunnsstraff er en

²⁶⁰ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 17.

²⁶¹ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 18.

rimelig og forholdsmessig reaksjon i denne saken, noe som gjør at det kan argumenteres for at hensynet til allmennprevensjon blir ivaretatt ved en dom på samfunnsstraff. De konkrete forholdene som retten vektlegger som grunnlag for ikke å idømme fengsel, kan derfor være benyttet for å vise at hensynet til allmennprevensjon likevel kan ivaretas ved en dom på samfunnsstraff.

Dommen i Rt. 2010 s. 1313 gir uttrykk for at hensynet til barnets beste og individualprevensjon må tillegges stor betydning i saker som gjelder barn, og at det derfor skal mye til før hensynet til allmennprevensjon alene kan tillegges avgjørende vekt på bekostning av disse hensynene. Med individualprevensjon er det særlig hensynet til rehabilitering retten vektlegger, ved at det idømmes samfunnsstraff som er den reaksjonen som er mest egnet til å ivareta dette hensynet. Forståelse av hensynet til barnets beste i Rt. 2010 s. 1313, sammenfaller langt på vei med hensynene til individualprevensjon, og det legges til grunn et langsiktig perspektiv av prinsippet.

Ved at retten tar direkte stilling til hensynet til barnets beste og vurderer betydningen av dette hensynet, innebærer dommen en viktig utvikling i hensynets betydning på strafferettens område. Under arbeidet med forslag til ny lovgivning om straff av barn ga departementet uttrykk for at det som følge av Rt. 2010 s. 1313, ikke var nødvendig med en lovendring som åpnet for utvidet bruk av samfunnsstraff overfor barn, men at det likevel kunne være ønskelig.²⁶² Den viktigste endringen i bruken av samfunnsstraff overfor barn var det altså Høyesterett, og ikke lovgiver som sto for. Dette selv om Høyesterett søkte støtte i lovgivningen for å komme frem til rettsregelen.

4.3 Hensynet til individualprevensjon

En dom hvor hensynet til individualprevensjon tillegges betydning ved valget mellom fengsel og samfunnsstraff er **Rt. 2011 s. 206**. Her ble rettsregelen som kommer til uttrykk i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15, lagt til grunn.²⁶³ Dommen fra 2011 gjaldt grovt ran begått av to personer i fellesskap, hvor fornærmede ble mishandlet med balltre og forlatt fastbundet og hjelpeløs.

²⁶² Prop. 135L (2010-2011) s. 97.

²⁶³ Rt. 2011 s. 206 avsnitt 15 og 16.

Den ene av gjerningspersonene var under 18 år på gjerningstidspunktet. I lagmannsretten ble begge de tiltalte idømt ubetinget fengsel. Høyesterett endret straffen for den av gjerningspersonene som var under 18 år da lovbruddet fant sted, til samfunnsstraff.

Høyesterett mente at de individualpreventive hensynene talte for en reaksjon i frihet, og at hensynet til allmennprevensjon ikke kunne få større betydning enn i Rt. 2010 s. 1313. Også i 2011-dommen vektla retten at ranet var det første og eneste lovbruddet domfelte hadde begått.

Det interessante med denne dommen er at Høyesterett mente det ikke er grunn til å behandle personer som er nært 18 år i alder på gjerningstidspunktet, annerledes enn personer som er noe yngre. Det avgjørende skillet går ved 18 år, og retten fant derfor ikke grunn til å vektlegge at tiltalte i saken fra 2011 var noen måneder eldre enn i 2010-saken. Selv om det her ble lagt til grunn at de særskilte reglene gjelder alle under 18 år, kan det likevel tenkes at det svært ung alder slik som 15 år, vil ha betydning for hvordan de individualpreventive hensynene innvirker på valg av reaksjon.

Heller ikke før dommen i Rt. 2010 s. 1313 var retten fremmed for å tillegge hensynet til individualprevensjon betydelig vekt i saker med ung gjerningsperson. I **Rt. 2004 s. 804**, som gjaldt grov vold omfattet av straffeloven 229 annet ledd jf. § 232, ble også gjerningsperson idømt samfunnsstraff, til tross for lovbruddets alvorlige karakter. Dommen hadde dissens vedrørende begrunnelsen for resultatet. Førstvoterende, som tilhørte mindretallet, gikk kort inn på betydningen av at barnekonvensjonens bestemmelser er gitt forrang ved motstrid, og kom til at den praktiske betydningen av barnekonvensjonen ved valg av straffereaksjon overfor unge lovbrøyttere vil være liten. Han gikk ikke nærmere inn på noen av bestemmelsene i barnekonvensjonen.²⁶⁴ Mindretallets begrunnelse for at samfunnsstraff burde idømmes, var de konkrete forholdene rundt domfelte. Retten vektla at han bare var 15 år da handlingene fant sted og at han hadde hatt en klart positiv utvikling siden lovbruddet.

²⁶⁴ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 18 og 19.

Flertallets standpunkt var mer prinsipielt, og i avsnitt 25, som retten også i Rt. 2010 s. 1313 viser til, ble det uttalt at:

"Selv om hensynet til den generelle lovlydighet tilsier at det i sin alminnelighet må reageres med ubetinget fengsel mot en så grov voldshandling, er situasjonen etter min mening en annen for helt unge lovbrøyttere. En ting er at så unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet til allmennprevensjonen forutsetter. Vesentligere er at individualpreventive hensyn har en særlig tyngde. I denne alderen er sinnet ytterst sårbart og lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen. Det bør derfor skulle svært mye til før så unge mennesker sperres inne. En samfunnsstraff som i denne sak er dessuten - som førstvoterende peker på - en meget følbart reaksjon."

I avsnitt 26 presiseres forskjellen mellom standpunktet til flertallet og mindretallet, og annenvoterende, som presenterte flertallets begrunnelse, uttalte at:

"Førstvoterendes standpunkt er begrunnet i at det er skjedd en positiv utvikling i løpet av det siste året. Argumentasjonen forutsetter, så vidt jeg kan forstå, at ubetinget fengsel ville ha måttet bli resultatet hvis saken, slik ønskelig er, var blitt avgjort kort etter at lovbruddene fant sted. Dette er jeg ikke enig i. Også da mener jeg at samfunnsstraff ville vært en riktig reaksjon."

Noe som er interessant med flertallets begrunnelse, er at den ligger nært opp til det retten kommer frem til i Rt. 2010 s. 1313, uten at barnekonvensjonen benyttes som bidrag til tolkningen av denne regelen. I tillegg mente flertallet at resultatet ville blitt det samme uavhengig av domfeltes senere utvikling. At retten i 2004 synes å gå langt i å benytte samfunnsstraff, kan komme av at domfelte var svært ung, men argumentasjonen er i stor grad generell. Flertallet har et poeng når det argumenteres for at resultatet burde bli det samme uavhengig av domfeltes senere utvikling. Som annenvoterende peker på, skal saker med unge lovbrøyttere komme raskt opp for retten.²⁶⁵ At domfelte ikke har rukket å vise noen positiv utvikling, bør derfor ikke benyttes som et argument mot samfunnsstraff, også da kan samfunnsstraff være en riktig reaksjon. Samtidig bør det ikke være noe i veien for at positiv utvikling i tvilstilfeller, benyttes som et argument for samfunnsstraff slik som i Rt. 2010 s. 1313.

²⁶⁵ Se straffeprosessloven § 275 annet ledd bokstav a og Ot.prp.nr.66 (2001-2002) kapittel 6.

Et annet viktig poeng i Rt. 2004 s. 804, er det problematiske med å benytte straff som preventivt virkemiddel når målgruppen for denne preventive effekten ikke handler med de samme rasjonelle overveielserne som voksne. På grunn av dette, er nødvendigvis ikke hensynet til allmennprevensjon et egnet virkemiddel for å avskrekke unge mennesker fra å begå lovbrudd.

I **Rt. 2004 s. 327** hadde en 17 ½ år gammel gutt gjort seg skyldig i seksuelt misbruk av en 7 år gammel jente. Saken omhandlet dermed et alvorlig lovbrudd. I denne saken ble domfelte idømt samfunnsstraff av lagmannsretten. Ved overgangen fra samfunnstjeneste til samfunnsstraff ga lovgiver uttrykk for at anvendelsesområdet for samfunnstjeneste skulle være utgangspunktet for når samfunnsstraff skulle kunne idømmes. Sedelighetsforbrytelser ble ansett å være utenfor området for samfunnstjeneste.²⁶⁶ Det var derfor ikke opplagt at Høyesterett skulle komme til samme resultat som lagmannsretten, men dette ble likevel resultatet.

Flertallet i Høyesterett vektla særlig de individualpreventive hensynene og at samfunnsstraff av en slik lengde som var aktuelt i saken, ville være en meget følbare straff. Retten mente ikke at hensynet til den alminnelige lovlydighet talte avgjørende imot samfunnsstraff.²⁶⁷ Flertallet understreket også at den ikke fant grunn til å fravike lagmannsrettens enstemmige dom som fant sted etter en umiddelbar bevisførsel.²⁶⁸ Dette er et poeng når det gjelder unge lovbrøyttere. Høyesteretts dom bygger på middelbare bevis, mens de andre instansene bygger på bevisumiddelbarhet. Det vil derfor kunne danne seg andre inntrykk av den domfelte i de instansene hvor bevisene føres direkte for retten, og tiltalte er til stede. Dette gjelder særlig når reglene som gjør seg gjeldende på dette området forutsetter en konkret vurdering av hvilke straff som er best egnet for at å ivareta individualpreventive hensyn og barnets beste. Vurderingen lagmannsretten hadde gjort, og som flertallet i Høyesterett sluttet seg til, trakk frem guttens behov og hvilken negativ innvirkning ubetinget fengsel ville ha for han.²⁶⁹ Vurderingen av de individualpreventive hensynene var derfor konkret knyttet til den bestemte saken og det kan se ut til at det var de særskilte omstendighetene rundt domfelte, som gjorde

²⁶⁶ Rt. 2004 s. 327 avsnitt 11 og Ot.prp.nr.5 (2000-2001) s. 126.

²⁶⁷ Rt. 2004 s. 327 avsnitt 15.

²⁶⁸ Rt. 2004 s. 327 avsnitt 15.

²⁶⁹ LF-2003-3490.

de individualpreventive hensynene ble tillagt avgjørende betydning. Når retten trakk frem at samfunnsstraffen vil være meget følbare, kan det også tyde på at retten mente hensynet til allmennprevensjon kunne ivaretas ved denne straffen.

Dommen i Rt. 2004 s. 327 ble kritisert i forbindelse med arbeidet med straffeloven 2005, hvor det ble gitt uttrykk for at domstolen burde vise tilbakeholdenhet med å idømme samfunnsstraff ved grov vold, seksuallovbrudd og andre saker hvor allmennpreventive hensyn gjør seg gjeldende.²⁷⁰

Kritikken i forarbeidene ble tatt opp av Høyesterett i en voldtektssak der tiltalte var 17 år på gjerningstidspunktet.²⁷¹ I dommen som er inntatt i **Rt. 2009 s. 321** fikk domfelte fengsel i 7 måneder, hvor 120 dager ble gjort betinget. Retten mente det at det ikke var noen forhold ved domfelte person som kunne sette han i noen særstilling. Hensynet til allmennprevensjon ble ikke nevnt.

Straffen i denne dommen er innenfor det nivået lovgiver ønsker for slike lovbrudd, og noe som kan ha innvirket på resultatet, var at gjerningspersonen ikke hadde behov for samme mengde tiltak for å kunne rehabiliteres som tiltalte i dommen fra 2004. De individualpreventive hensynene var derfor av mindre tyngende karakter. Det kan likevel reises innvendinger mot å idømme relativt korte fengselsstraffer isteden for å velge en reaksjon som fokuserer på reintegrering og rehabilitering og likevel vil være en følbare reaksjon. Dommens betydning som rettskilde burde uansett være noe svekket etter Rt. 2010 s.1313, fordi rettens bruk av rettskildene skiller seg fra denne. Etter Rt. 2010 s. 1313 må de allmennpreventive hensyn gjøre seg gjeldende med særlig tyngde, dersom de skal få gjennomslag på bekostning av individualpreventive hensyn, noe det også var enighet om i forarbeidene til lov av 20. januar 2012.²⁷²

²⁷⁰ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 296 og Rt. 2009 s. 321 avsnitt 12.

²⁷¹ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 296 og Rt. 2009 s. 321 avsnitt 12.

²⁷² Prop 135L (2010-2011) s.100.

At kritikken av Rt. 2004 s. 327 ikke har så stor betydning som Rt. 2009 s. 321 umiddelbart kan gi uttrykk for, støttes også av **Rt. 2009 s. 324**. Dommen gjaldt flere seksuelle overgrep begått mot en jente da hun var 10 og 11 år, og Høyesterett la i denne igjen avgjørende vekt på individualprevensjon i form av rehabilitering. Domfelte var i saken under frihetsberøvelse hos barnevernet, og det forelå svært tungtveiende individualpreventive hensyn som talte mot ubetinget fengsel. Høyesterett mente at domfeltes positive utvikling, at barnevernets reaksjon var meget følbar og at barnevernets reaksjon ikke bare var nyttig for domfelte, men også i samfunnets interesse, talte mot å idømme ubetinget fengsel. I motsetning til i de andre instansene, ble hele straffen derfor gjort betinget av Høyesterett.

Den senere tiden har imidlertid straffenivået ved seksuallovbrudd og grove voldsforbrytelser økt betydelig.²⁷³ Og i Rt. 2013 s. 67, som blant annet gjaldt grov vold, uttalte Høyesterett at reaksjonsvalget også for mindreårige må avspeile det forhøyde straffenivået som er etablert de siste årene. Det er derfor usikkert hvilke straffenivå slike sedelighetssaker som Rt. 2004 s. 327 og Rt. 2009 s. 324, nå vil ligge på.

Noe som uansett er klart, er at hensynet til individualprevensjon har stor betydning når gjerningspersonen var under 18 på gjerningstidspunktet. Og at konkrete forhold hos gjerningspersonen kan gjøre at individualpreventive hensyn må tillegges enda større betydning enn ung alder alene skulle tilsi.

4.4 Allmennprevensjon, kulturelle verdier og straffeverdighet

4.4.1 Bruk av fengsel overfor barn

Etter straffeloven § 18 kan den som på handlingstidspunktet var under 18 år, bare idømmes ubetinget fengselsstraff når det er "særlig påkrevd". Når lovens vilkår er at fengsel må være "særlig påkrevd", taler dette for at det må foreligge omstendigheter som gjør at det er spesielt tiltrengt å benytte fengsel i saken. Etter forarbeidene må vurderingen av om ubetinget fengsel er "særlig påkrevd", gjøres ut fra lovbruddets art og forholdene ellers.²⁷⁴ I utgangspunktet bør

²⁷³Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 177–197, Rt. 2009 s. 1412 og Rt. 2009 s. 1423 og Prop.97 L (2009-2010).

²⁷⁴Prop.135 L (2010-2011) s. 162.

andre reaksjoner være prøvd først.²⁷⁵ Bestemmelsen i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, om at frihetsberøvelse skal være siste utvei, vil være viktig ved tolkning av denne bestemmelsen.

Straffeloven § 18 ble vedtatt ved lovendringen 20. januar 2012, og bestemmelsen trådte i kraft samme dag. Straffeloven 2005 § 33 som ble vedtatt samtidig med resten av straffeloven 2005, har tilsvarende innhold, og selv om denne bestemmelsen ikke er trådt i kraft, har Høyesterett ved flere tilfeller benyttet bestemmelsen, også før straffeloven § 18 ble vedtatt.²⁷⁶ Fordi domstolene også før vedtakelsen av straffeloven 2005 § 33 og straffeloven § 18 var tilbakeholden med å idømme barn ubetinget fengsel, ble det antatt at vilkåret hovedsakelig innebar en lovfesting av gjeldende rett.²⁷⁷

Formålet med den snevre adgangen til fengsling, er at så få barn som mulig skal fengsles. I stedet skal det søkes å reagere med reaksjoner som fremmer individualprevensjon og tar hensyn til barnets beste.²⁷⁸ Begrunnelsen for dette er de negative sidene fengsling kan ha for barn.²⁷⁹

Som nevnt er det vanlig at hensynet til allmennprevensjon benyttes som argument for å idømme ubetinget fengsel, og det var allmennprevensjon og hensynet til samfunnsvern som departementet i forarbeidene til straffeloven § 18, trakk frem som begrunnelse for at det er nødvendig med adgang til å idømme ubetinget fengsel når barn begår lovbrudd.²⁸⁰ Barn og straff-utvalget var imidlertid noe mer negativ til hensynet til allmennprevensjon som begrunnelse for å idømme ubetinget fengsel, og de trakk særlig frem de etiske betenkelighetene med å benytte dette hensynet som grunnlag for strengere straffer i konkrete saker.²⁸¹ Utvalget påpekte at de etiske betenkelighetene ved å benytte hensynet kan synes større der barn berøves friheten, fordi barn opplever frihetsberøvelse mer belastende enn

²⁷⁵ Prop.135 L (2010–2011) s. 162.

²⁷⁶ Se Rt. 2005 s. 252 avsnitt 14, Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 11 og Rt. 2011 s. 774 avsnitt 24.

²⁷⁷ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 435.

²⁷⁸ Prop.135 L (2010–2011) s. 100.

²⁷⁹ NOU 2008: 15 s. 138.

²⁸⁰ Prop.135 L (2010–2011) s. 100.

²⁸¹ NOU 2008: 15 s. 138.

voksne, men det valgte likevel ikke å forkaste hensynet helt.²⁸² At de etiske betenkelighetene synes større, mente utvalget burde føre til at hensynet må få en noe begrenset vekt.²⁸³ Hensynets faktiske virkning ble ikke berørt, utover en henvisning til Jacobsen i en fotnote.²⁸⁴

At hensynet til allmennprevensjon vektlegges i vurderingen av om loven skal åpne for å idømme ubetinget fengsel, er i utgangspunktet mindre problematisk enn å vektlegge hensynet i konkrete saker. Å vektlegge hensynet til allmennprevensjon i enkeltsaker kan i tillegg til å være etisk betenkelig, også sies å passe dårlig sammen med at fengsling av barn skal være siste utvei etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b. For det første fordi hensynet til allmennprevensjon alene, ikke nødvendigvis er et hensyn gjør fengsling nødvendig. Forskning viser jo som nevnt at det ikke engang er sikkert det vil ha en allmennpreventiv virkning å skjerpe straffen. For det andre fordi allmennprevensjon, om det legges til grunn at straffutmålingen i konkret saker har noen innvirkning, i mange tilfeller kan oppfylles ved andre straffereaksjoner.

Et annet hensyn som Barn og straff-utvalget nevner, er hensynet til skyld når barn begår lovbrudd. Utvalget påpeker at enkelte barn kan være mindre moden, slik at graden av skyld vil være mindre enn hos andre på samme alder. Dette mente utvalget kan føre til at frihetsberøvelse ikke kan brukes i konkrete tilfeller.²⁸⁵ De barna som begår alvorlig kriminalitet, er barn som ofte har hatt problemer under oppveksten.²⁸⁶ Sammen med andre forhold, kan dette gjøre at enkelte kan være mindre moden, og handle på en mindre rasjonell måte en hva som ellers forventes av barn på samme alder. Fordi det er i både barnets og samfunnets interesse at barnet blir behandlet på en måte som gjør barnet i stand til å utvikle seg og bli kvitt den problematiske atferden, er det viktig at det tas hensyn til at barnets individuelle forutsetninger. Også prinsippet om barnets beste gjør at individuelle forhold må vektlegges ved valg av straff. Det kan derfor være positivt å trekke inn skyldvurderinger under straffespørsmålet. Samtidig kan det om hensynet til skyld tillegges svært stor betydning, være problematisk på grunn av likebehandlingsprinsippet og

²⁸² NOU 2008: 15 s. 138.

²⁸³ NOU 2008: 15 s. 138.

²⁸⁴ NOU 2008: 15 s. 138.

²⁸⁵ NOU 2008: 15 avsnitt s. 138.

²⁸⁶ Se NOU 2008: 15 kapittel 4.3.

forholdsmessighetsprinsippet. Men når det bare trekkes inn i vurderingen av om særlige grunner foreligger etter straffeloven § 18 og hensynet til barnets beste, vil ikke de problematiske sidene være store.

I de tilfellene hvor barnet er en fare for andre borgere, er det klart at hensynet til samfunnsvern kan føre til at ubetinget fengsel antas å være særlig påkrevd. Men fordi barnet før eller senere skal ut, er det viktig at det blir forsøkt å utforme straffen på en slik måte at domfelte ikke er mer farlig for samfunnet ved endt soning.

4.4.2 Rt. 2010 s. 1317, uaktsomt bildrap

I **Rt. 2010 s. 1317** var en gutt som på gjerningstidspunktet var under 18 år, tiltalt for uaktsomt drap forøvet med motorvogn etter straffeloven § 239 og for en overtredelse av straffeloven § 228 første ledd, jf. § 232. Kjøring fant sted under påvirkning av rus og tiltalte hadde ikke førerkort. Personen som omkom i ulykken, var tiltaltes kjæreste. Tillatt hastighet på ulykkesstedet, var 60 km/timen, og det ble anslått at tiltalte holdt en farten på rundt 70-80 km/timen på ulykkestidspunktet.²⁸⁷ Under straffutmålingen var det overtredelsen av straffeloven § 239 som hadde klart mest betydning.²⁸⁸ I tingretten ble gutten dømt til fengsel i ett år og 7 måneder. Ni måneder av straffen ble gjort betinget. Han ble i tillegg fradømt retten til å føre motorvogn for alltid. Anken i lagmannsretten ble forkastet og i Høyesterett ble straffen opprettholdt med unntak av at 11 måneder ble gjort betinget. Hovedspørsmålet i saken for Høyesterett, var hvilke betydning det skulle tillegges i straffutmålingen at domfelte var under 18 år på gjerningstidspunktet.

Som tidligere nevnt, anses hensynet til allmennprevensjon å være viktigst ved lovbrudd som ikke i seg selv anses umoralske.²⁸⁹ På grunn av at skiller mellom kjøring som ender i uaktsomt drap ofte er betinget av uflaks, uoppmerksomhet og dårlig dømmekraft, og ikke av ond vilje, har hensynet til allmennprevensjon tradisjonelt veid tungt under straffutmålingen.²⁹⁰

²⁸⁷ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 16.

²⁸⁸ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 19.

²⁸⁹ Se punkt 2.3.2.

²⁹⁰ Rt. 2003 s. 456 avsnitt 18.

I Rt. 2010 s. 1317 startet retten med å ta utgangspunkt i det alminnelige straffnivået rettspraksis har lagt seg på i saker om uaktsomme drap med motorvogn, og benyttet enkelte dommer til å sammenligne faktum med forholdene i denne saken.²⁹¹ Retten mente at selv om det var vanskelig å trekke noe entydig ut av rettspraksis, var det straffnivået som lagmannsretten hadde satt, som utgangspunktet noe for høyt. Hovedgrunnen til dette var at hastighetene i de andre dommene var betydelig høyere.²⁹²

Før retten gikk til spørsmålet om hvilke betydning tiltaltes unge alder på gjerningstidspunktet skulle ha for straffutmålingen, drøftet den hvorvidt tiltaltes tilståelse og det at han selv ble hardt rammet av bilulykken ved at det var kjæresten hans som mistet livet, skulle føre til en reduksjon av straffen. Retten kom til at disse to forholdene bare burde føre til en beskjeden reduksjon.²⁹³

Når det gjaldt spørsmålet om tiltaltes unge alder burde føre til samfunnsstraff istedenfor fengsel, mente retten at både vilkåret i straffeloven § 28a første ledd bokstav b om at hensynet til straffens formål ikke må tale mot en reaksjon i frihet og rettspraksis omkring uaktsom drap forøvet med motorvogn talte imot bruk av samfunnsstraff.²⁹⁴ Heller ikke rettsregelen som Høyesterett oppstilte i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15 kunne føre til at samfunnsstraff burde idømmes. Dette ble begrunnet med at i bildrapssaker gjør hensynet til allmennprevensjon seg gjeldende med særlig tyngde, og at dette hensynet ikke i tilfredsstillende grad kan ivaretas ved en dom på samfunnsstraff.²⁹⁵ Retten uttalte at: "ikke minst for ungdomsmiljøet generelt er det viktig å gi klare signaler om at bilkjøring i høy hastighet under påvirkning av rus, vil medføre strenge reaksjoner."

Hensynet som får avgjørende betydning i dommen, er altså hensynet til allmennprevensjon. Verken barnekonvensjonen eller hensynet til individualprevensjon nevnes direkte, men

²⁹¹ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 16 til 20.

²⁹² Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 20.

²⁹³ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 27.

²⁹⁴ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 30.

²⁹⁵ Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 33.

trekkes inn i dommen gjennom henvisningen til Rt. 2010 s. 1313. I tillegg til allmennprevensjon vektla retten at tiltalte etter ulykken hadde gjort seg skyldig i legemsfornærmelse og at det ikke forelå noen rehabiliteringssituasjon. Retten uttalte også at da ulykken fant sted, var domfelte bare en måned fra å fylle 18 år, mens i Rt. 2010 s. 1313 var domfelte 17 år og fire måneder. Som nevnt ønsket ikke retten i Rt. 2011 s. 206 å gjøre en slik nyansering. Barnekonvensjonens regler, som er store deler av grunnlaget for den regelen som oppstilles i Rt. 2010 s. 1313, gjelder alle barn under 18 år, uavhengig av hvor nært opp mot 18 år de er i alder. Slik jeg tolker Rt. 2010 s. 1313 virker det heller ikke som retten i hovedsak hadde i tankene at det skulle mindre til for at de som nærmere seg 18 år skulle kunne idømmes samfunnsstraff, men at det må enda sterkere allmennpreventive grunner til for at noen som ligger nært den kriminelle lavalderen (15 år), skal kunne idømmes fengsel. Å vektlegge alderen på en slik måte som i Rt. 2013 s. 1317, synes derfor noe uheldig.

Når retten mener at dommen skal virke avskrekkende ved å vise at slik bilkjøring medfører strenge straffer, kan det se ut til at retten glemmer at det ikke er kjøringen i ruspåvirket tilstand som er hovedgrunnen til straffens lengde, men at noen døde som følge av kjøringen i ruspåvirket tilstand. Etter min mening virker det noe meningsløst å true med en straff for noe som kan skje, så lenge unge mennesker ikke er i stand til å ta inn over seg faren for at slike ulykker kan skje dem.²⁹⁶ Faren for å drepe et menneske med uvettig kjøring vil vel uansett ha en mye større preventiv effekt, enn trusselen om straff i tilfelle det skulle skje. At de færreste under 18 år kjører bil i det hele tatt og at de som gjør dette til tross for manglende førerkort, kan være en gruppe som er vanskelig å påvirke i utgangspunktet, taler også imot at hensynet til allmennprevensjon med tyngde gjorde seg gjeldende i denne saken.²⁹⁷ Som Ingun Fornes påpeker, harmonerer synspunktet i dommen dårlig med det som kom frem i Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25.²⁹⁸ Hun utdyper dette med at et synspunkt om at barn i hvert fall delvis mangler forutsetninger for å handle i samsvar med allmennpreventive hensyn, passer noe dårlig med uttalelsen i Rt. 2010 s. 1317 om at det ved valg av straffereaksjon særlig må sendes signal til ungdomsmiljøet.²⁹⁹

²⁹⁶ Forskning viser at unge mennesker har vansker med å vurdere risikoene ved bilkjøring, se http://www.rb.no/bil/trafikkens_unge_ofre/article5007138.ece.

²⁹⁷ Se vegtrafikkloven § 24 tredje ledd som setter som vilkår for å kunne kjøre bil at bilføreren er fylt 18 år.

²⁹⁸ Fornes (2012) s. 99.

²⁹⁹ *ibid.*

I straffeloven § 239 er skyldkravet uaktsomhet. I motsetning til når noen har handlet med forsett, vil ikke lovbrysteren ved en uaktsom handling nødvendigvis ha ønsket eller holdt det for sikkert eller sannsynlig at lovbruddet ville finne sted. At lovbrysteren ikke trenger å ha hatt noen tanker om at lovbruddet ville finne sted, gjør at det kan bli vanskelig å oppnå en allmennpreventiv virkning. En preventiv effekt vil i alle fall bare rette seg mot bevisst uaktsomhet. Bevist uaktsomhet innebærer at gjerningspersonen er klar over at han tar en risiko, mens ved ubevist uaktsomhet er ikke faremuligheten i hans tanker.³⁰⁰ Men selv ved bevisst uaktsomhet er det ikke snakk om en villet handling, og ved straff for uaktsomt drap med motorvogn, er det følgene av en handling som gjør at straffen blir så stor som den blir. En allmennpreventiv effekt av en slik type sak som i denne dommen, vil derfor forutsette at de som kjører uaktsomt er klar over at de gjør det, og at de anser trusselen om en streng straff som større enn det å skade noen. For om det er faren for å skade noen som gjør at folk ikke bevisst kjører uaktsomt, vil det jo være risikoen for dette og ikke strengere straffer som har preventive effekten.

I straffeloven 2005 § 23 står det at den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom. Straffeloven 2005 § 23 er ikke trådt i kraft, men bestemmelsen er en kodifisering av gjeldende rett.³⁰¹ Skyldkravet tar derfor i utgangspunktet hensyn til personlige forutsetninger. Når det godtas at unge menneskers manglende modenhet gjør at de er mindre å klandre for forsettlige lovbrudd, må det samme kunne sies å gjelde ved uaktsomhet.

På samme måte som i Rt. 2010 s. 1313 vurderer retten i Rt. 2010 s. 1317 om det foreligger konkrete momenter som taler mot fengsel.³⁰² Her vektlegger retten det at tiltalte har begått nye lovbrudd som et moment som taler for ubetinget fengsel. Dette kan tyde på at retten mener at det ikke er rimelig med en ny sjanse når det er begått gjentatte lovbrudd, eller at retten mener det er fare for nye lovbrudd, og at samfunnsstraff da ikke bør benyttes. Et annet synspunkt på tilfeller hvor det er fare for nye lovbrudd, fremgår av Rt. 2000 s. 822. I denne dommen hvor det fremgikk av den rettspsykiatriske erklæringen at det var fare for gjentagelse

³⁰⁰ Andenæs (2010) s. 243 og 244.

³⁰¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 426.

³⁰² Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 33.

av straffbare handlinger, mente to dissenterende dommere at fengselsopphold ville være lite egnet til å redusere denne faren og at straffen derfor burde gjøres betinget i sin helhet. Dette viser at samme argument kan tale for både samfunnsvern og individualprevensjon, og at det ikke trenger å være noe motsetningsforhold når det gjelder hvilke straff disse hensynene taler for.

Selv om retten i Rt. 2010 s. 1317 benytter rettsregelen fra Rt. 2010 s. 1313, kan det se ut til at det legges til grunn et noe ulikt syn på barn som begår lovbrudd i dommene. Mens rettens standpunkt i Rt. 2004 s. 804 legges til grunn i Rt. 2010 s. 1313, sier retten noe som harmonerer dårlig med dette i Rt. 2010 s. 1317. Forskjellen i rettens argumentasjon i Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25 som legges til grunn i Rt. 2010 s. 1313 og Rt. 2010 s. 1317 avsnitt 33, viser at synet på barn som begår lovbrudd kan skifte mellom et syn på barn som umoden og ikke fullt ansvarlig, og som i stand til å ta rasjonelle valg og dermed ansvarlige for følgene av sine handlinger. Dette er interessant fordi de to dommene fra 2010 er avsagt samme dag, og med samme sammensetning av dommere. At synet på barn som begår lovbrudd kan se ut til å være noe ulikt i de to dommene, kan derfor tyde på at konkrete forhold har betydning for hvilke syn på barn som legges til grunn.

Dommen i Rt. 2010 s. 1317 kan tolkes slik at bildrap rettslig sett står i en annen stilling enn andre typer kriminalitet begått av unge, fordi de allmennpreventive hensynene her er ansett å være svært viktige. Etter min mening kan det se ut til at retten var litt for optimistisk med tanke på en allmennpreventiv effekt av ubetinget fengsel i denne bestemte saken. Likevel kunne muligens andre hensyn begrunnet samme resultat som retten kom til. En annen sak er at vurderingene av hvorfor retten mener at de allmennpreventive hensynene ikke i tilfredsstillende grad kan ivaretas ved samfunnsstraff, ikke fremkommer av dommen. Når det i flere dommer er vektlagt at samfunnsstraff kan være en meget følbar reaksjon er det litt vanskelig å forstå hvorfor retten kort legger til grunn at samfunnsstraff ikke vil kunne ivareta dette hensynet i her.³⁰³

³⁰³ Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 18 og Rt. 2011 s.206 avsnitt 20.

At uaktsomt bildrap skiller seg fra andre typer alvorlige lovbrudd, trenger ikke nødvendigvis innebære at de individualpreventive hensynene som gjør seg gjeldende, er ulike. Også personer som begår uaktsomme bildrap kan ha behov for reintegrering snarere enn stigmatisering, og gjerningspersonen kan på samme måter som ved andre lovbrudd ha behov for rehabiliterende tiltak for å komme ut av et negativt mønster. Det er derfor viktig at det også ved slike lovbrudd er rom for individuelle vurderinger og at det ikke bare uten videre legges til grunn at allmennpreventive hensyn er særlig tungtveiende.

4.4.3 Rt. 2012 s. 34, medvirkning til selvmord

En annen dom, hvor hensynet til allmennprevensjon tillegges stor vekt, er **Rt. 2012 s. 34**. Dommen gjaldt medvirkning til selvmord som straffes etter straffeloven § 236 første ledd. I saken hadde to personer hjulpet fornærmede å ta livet av seg selv ved henging. Begge ble domfelt i tingretten, og en av de tiltalte aksepterte dommen. Gjerningspersonen som anket, var under 18 år da lovbruddet fant sted. Han hadde hatt en aktiv rolle under lovbruddet og var den som hadde festet kjettingen til treet hvor fornærmede ønsket å henge seg, og latt fornærmede stå på sine skuldre mens hun festet kjettingen rundt halsen. Etter at dette var gjort, stakk begge uten å se seg tilbake. Hovedspørsmålet i saken var om det kunne idømmes samfunnsstraff for lovbruddet. Tingretten dømte tiltalte til fengsel i 2 år, hvor 1 år og 6 måneder ble gjort betinget. Anken ble i lagmannsretten forkastet, og det samme ble resultatet i Høyesterett.

Etter straffeloven § 236 første ledd straffes den som medvirker til at noen tar livet av seg selv på samme måte som for medvirkning til drap begått mot en som samtykker. Medvirkning til drap straffes etter straffeloven § 233 første ledd, som har en minstestraft på 8 års fengsel. Straffen for drap som er forøvet med samtykke fra den drepte, kan settes under det ellers bestemte lavmål og til en mildere straffart, jf. straffeloven § 235 første ledd. Det er derfor klart at retten hadde anledning til å idømme en mildere straff enn 8 års fengsel, uavhengig av tiltaltes alder.

Begrunnelsen for at medlidenhetsdrap og drap med samtykke ikke er tillat, er at i norsk rett er menneskeliv anset å være den høyeste verdien i samfunnet.³⁰⁴ Denne oppfatningen av menneskeliv som ukrenkelig, også om den det gjelder har et ønske om å dø, er kulturelt betinget, og har en svært sterk forankring i norsk rett.³⁰⁵ Det vil likevel kunne være stor forskjell i straffverdighetene av ulike handlinger som kan karakteriseres som medvirkning til selvmord alt etter hvilke situasjon den som ønsker selvmord er i og andre forhold rundt lovbruddet.

I Rt. 2012 s. 34 startet Høyesterett med å tolke reglene for samfunnsstraff og unge lovbrøyttere.³⁰⁶ Etter å ha gjennomgått de relevante bestemmelsene i straffeloven og rettsregelen som Høyesterett oppstilte i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15, kom retten til at vilkåret om at hensynet til straffens formål ikke må tale imot en reaksjon i frihet, i utgangspunktet ikke utelukker at det idømmes samfunnsstraff ved overtredelse av straffeloven § 236.³⁰⁷ Det avgjørende måtte etter rettens mening, være en vurdering av omstendighetene i den enkelte sak vurdert opp mot vilkåret i bokstav b.

Da retten gjennomgikk hvilke hensyn som etter straffeloven § 28a første ledd bokstav b kan tale mot at det idømmes samfunnsstraff, ble det uttalt at:

"Den formulering som er benyttet, gjør det imidlertid også klart at det ikke bare er hensynet til allmennprevensjonen i snever forstand som må tillegges vekt. Det må også vektlegges den betydning straffen må forutsettes å ha for den alminnelige etiske vurdering av den aktuelle handling og for den alminnelige respekt for det aktuelle retts gode."³⁰⁸

Retten mener altså at ulike verdinormer, i tillegg til hensynet til allmennprevensjon, er en del av hensynene til straffens formål som kan utelukke samfunnsstraff etter straffeloven § 28a første ledd bokstav b. Disse verdinormene retter seg mot de etiske vurderingene av handlingene og rettsgodets verdi.

³⁰⁴ Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbejdet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896, 22 kapittel ad § 236, Rt. 1999 s. 1898 på s. 1901 og Rt. 2000 s. 646.

³⁰⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 187 og 189.

³⁰⁶ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 6 og 10.

³⁰⁷ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 11.

³⁰⁸ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 13.

Videre uttalte retten at:

"Jeg tilføyer likevel at det i Norge hvert år er flere hundre som selv avslutter sitt liv. Det at det meget sjelden reises straffesak for overtredelse av straffeloven § 236, gir ikke noe sikkert holdepunkt for at medvirkning i en eller annen form, er lite utbredt. Det kan være grunn til å frykte at mørketallene her er betydelige."³⁰⁹

Hvilken betydning disse mørketallene har for allmennprevensjon eller de etiske vurderingene av den aktuelle handlingen sier ikke retten noe om, men det synes nærliggende at retten mener mørketallene er aktuelle for vurderingen av om hensynet til straffens formål taler imot en reaksjon i frihet. Retten uttalte at det "kan" være "grunn til å frykte" at mørketallene her er betydelig. Det er altså ikke fakta som legges frem, men noe det kan være grunn til å frykte at er tilfellet.

Av lagmannsrettens dom kommer det frem at hensynet til allmennprevensjon ble tillagt stor betydning ved denne instansen. Lagmannsretten utalte som begrunnelse for sitt standpunkt at:

"Alvorligheten av domfeltes handling taler etter lagmannsrettens syn i sterk grad mot anvendelse av samfunnsstraff. De allmennpreventive hensyn på dette området må gis meget betydelig gjennomslagskraft, sett i lys av behovet for særlig sterk beskyttelse av menneskelivet som rettsgode."³¹⁰

Når det gjelder de konkrete omstendighetene i saken, fremhevet Høyesterett tiltaltes aktive rolle i handlingen som førte til fornærmedes død. Retten mente han hadde god anledning til å overveie konsekvensene av de handlingene som ble foretatt og at han viste en nærmest uforståelig likegyldighet.³¹¹

Avslutningsvis utalte retten at:

³⁰⁹ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 14.

³¹⁰ LG-2011-90404.

³¹¹ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 23–25.

"Vår strafferettspleie bygger på at fengselsstraff av en viss lengde er den reaksjon som klarest uttrykker at samfunnet ikke kan akseptere den aktuelle handlemåte, og jeg er kommet til at bruk av samfunnsstraff i dette tilfellet ikke vil innebære en tilstrekkelig klar avstandtagen fra tiltaltes handlemåte." ³¹²

Begrunnelsen for at Høyesterett kom til samme resultat som de andre instansene var at straffverdighetene ved tiltaltes handlemåte var av en slik karakter at "hensynet til straffens formål" utelukket bruk av samfunnsstraff. ³¹³

Slik rettens uttalelse om mørketall står, kan uttalelsen peke i retning av at retten mente, at på grunn av mørketallene er det ekstra viktig å vise avstand gjennom en streng straff, når det først foreligger et slikt tilfelle. Dette kan tolkes slik at retten mener det må straffes hardere, for å kompensere for at det muligens kan være personer som går fri, slik at straffen skal oppfylle sin funksjon. Andenæs mente at å straffe hardt, fordi det er vanskelig å idømme straff i enkelte typer saker, ikke er etisk akseptabelt. ³¹⁴ Enda vanskeligere blir det å stille seg bak et slikt standpunkt om det benyttes overfor unge mennesker som skal vokse opp, og lære seg å leve med de feilene som er begått. I denne dommen er likevel ikke sikkert rettens uttalelse var ment som en begrunnelse for strengere straffer. Det kan også være kommentaren bare var en del av utgreiingen av lovbruddets karakter.

I dommen er ikke hensynet til allmennprevensjon direkte nevnt, noe som tyder på at Høyesterett la betydelig mindre vekt på allmennprevensjon enn lagmannsretten. Men det er uttalelser som tyder på at hensynet hadde en viss betydning. Dette gjelder særlig når retten avslutningsvis viser til at fengselsstraff er nødvendig for å gi klart uttrykk for at samfunnet ikke aksepterer den aktuelle handlemåten. ³¹⁵ At hensynet til allmennprevensjon er tillagt mindre plass enn i lagmannsrettens dom, virker fornuftig. Det synes noe unødvendig å vektlegge hensynet til allmennprevensjon og straffens moraldannende effekt i en slik sak, fordi de aller fleste borgerne i et samfunn allerede setter verdien av liv så høyt at slike tilfeller er sjeldne.

³¹² Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26.

³¹³ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26.

³¹⁴ Andenæs (1990b) s. 97.

³¹⁵ Rt. 2012 s. 34 avsnitt 26.

Det kan være at retten mener det ligger noe mer i straffens signalfunksjon enn hensynet til allmennprevensjon. En del av straffens signalfunksjon kan være at det reageres med forholdsmessige straffer ved lovbrudd mot høyt verdsatte rettsgoder, slik at straffen også ivaretar hensynet til gjengjeldelse. Staten må vise at slike handlinger ikke tolereres for å oppfylle strafferettens funksjon. Om det skulle være slik at retten vektlegger gjengjeldelse og forholdsmessighet i vurderingene av hvilke straff som er egnet, savner argumentasjonen vurderinger av domfeltes unge alder og hvilke innvirkning dette har på skyldgraden. Dette er jo som nevnt forhold som fremheves av FNs barnekomité.³¹⁶

I dommen vektla også retten hensynet til straffverdighet og de kulturelleverdiene som straffebudet er satt til å verne. I hensynet til straffverdighet trekkes særlig tiltaltes handlemåte frem. Og av det som ovenfor er sitert avslutningsvis, ser det ut til at retten mener handlemåten til domfelte var så straffverdig at ubetinget fengsel ville være en forholdsmessig straff. Når hensynet til straffverdighet og forholdsmessighet trekkes inn, blir det i stor grad de konkrete forholdene som vektlegges, noe som synes fornuftig og rimelig.

En svakhet med dommen er at retten rettens vurderinger omkring hensynet til individualprevensjon og hensynet til barnets beste ikke kommer frem. Riktig nok viser henvisningen til Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15, at retten er klar over de særskilte hensynene som gjør seg gjeldende. Men når det ikke er tegn til at disse hensynene er vurdert eller vektlagt i avgjørelsen, tyder dette på at hensynet til individualprevensjon har spilt en liten, om noen som helst rolle i avgjørelsen. Om retten hadde benyttet rettsregelen i Rt. 2010 s. 1313 mer direkte, ville argumentasjonen i dommen kunne fått en klarere ramme og vært noe enklere å tolke. Når retten ikke direkte tar direkte stilling til enkelte relevante rettsregler, tyder dette på at de lovendringene som ble vedtatt 20. januar 2012 er viktig, selv om disse anses å være en kodifisering av rettspraksis.³¹⁷ Hadde dommen kommet etter at straffeloven § 18 var trådt i kraft ville vurderingene kanskje kunne blitt noe annerledes, fordi retten da måtte vurdert om det var særlig påkrevd med ubetinget fengsel.

³¹⁶ Punkt 3.2.3 og 3.3.

³¹⁷ punkt 4.4.1.

At retten allerede etter å ha vurdert lovbruddets art kommer til at samfunnsstraff ikke kan benyttes, uten å gå innpå regelen i Rt. 2010 s. 1313, tyder på at retten mener enkelte handlinger i seg selv utelukker bruk av samfunnsstraff. I dommen tar retten utgangspunkt i de konkrete handlingene og ikke i typen lovbrudd slik som i forarbeidene til straffeloven § 28a.³¹⁸ At det tas utgangspunkt i de konkrete handlingene synes fornuftig, fordi det kan være stor forskjell på hvor alvorlig ett lovbrudd må anses, selv om det omfattes av samme straffebud.

Saken har et meget spesielt faktum. Domfeltes handlinger var sjokkerende og opprørende. Likevel var det ingen forhold som tilsa at han kom til å begå alvorlige lovbrudd igjen. Som retten selv sa, er det meget sjelden det idømmes straff for medvirkning til selvmord. Kanskje var det nettopp på grunn av at saken har så spesiell faktum at retten benytter seg av hensyn som ikke så ofte er nevnt direkte under straffutmålingen. Uansett illustrerer dommen at hvilke verdi straffebudet er satt til å verne, innvirker på hvilke straff som velges. Og at de kulturelle verdiene som vår rettsorden bygger på, også vil ha betydning i konkrete tilfeller.

4.4.4 Rt. 2013 s. 67, vilkåret om at ubetinget fengsel må være særlig påkrevd

I Rt. 2013 s. 67 ble betydningen av straffeloven § 18 og vilkåret om at fengsel bare kan benyttes når det er "særlig påkrevd" vurdert. Saken gjaldt tre overtredelser av straffeloven § 229 første straffalternativ, jf. 232, en overtredelse av straffeloven 229 annet straffalternativ og flere andre lovbrudd av litt mindre alvorlig karakter, alle begått mens gjerningspersonen var under 18 år. I tingretten ble det idømt samfunnsstraff, mens i lagmannsretten og Høyesterett ble domfelte dømt til fengsel i 1 år og 6 måneder, hvorav 6 måneder ble gjort ubetinget.

Retten gjennomgikk i denne dommen de endringene som har funnet sted gjennom rettspraksis og lovgivning de siste årene, og uttalte at etter lovgivers tilslutning til rettssetningen i Rt. 2010 s. 1313, er det ikke lenger grunnlag for den tvil som retten ga uttrykk for i denne

³¹⁸ 4.2.1.

dommen.³¹⁹ Videre uttalte retten at Rt. 2010 s. 1313 heller ikke nødvendigvis trenger å utgjøre noe ytterpunktet for hvilke straffbare handlinger som kan medføre samfunnsstraff.³²⁰ Dette innebærer at retten mente at det også i mer alvorlige tilfeller enn i Rt. 2010 s. 1313, kan idømmes samfunnsstraff om omstendighetene tilsier dette. Også Rt. 2012 s. 34 ble trukket inn i rettens gjennomgang av reglene for samfunnsstraff overfor unge personer, og retten pekte på at førstvoterende i denne dommen ga uttrykk for at den straffbare handlingen danner utgangspunktet, men at det avgjørende må være de konkrete omstendighetene.

Om betydningen av økningen i straffenivået som har funnet sted de siste årene, uttalte retten at:

"Jeg finner samtidig grunn til å peke på at reaksjonsvalget også for mindreårige lovbrøyttere må avspeile det forhøyede straffenivået for alvorligere volds- og seksualforbrytelser som er etablert gjennom de siste års lovgivning og høyesterettspraksis, og den økte vektleggingen av behovet for samfunnsvern og av de allmennpreventive hensyn som ligger til grunn for denne utviklingen. Også på andre områder kan hensynet til samfunnsvernet eller allmennprevensjonen være så gjennomgående og sterkt at det i praksis blir lite rom for ytterligere utvidelser av området for samfunnsstraff. Jeg antar at dette for eksempel vil være tilfellet for veitrafikkrelatert kriminalitet, jf. særlig Rt-2010-1317 avsnitt 33."³²¹

Retten la altså til ikke bare til grunn at det økte straffenivået som har funnet sted ved enkelte lovbrudd skal gjelde i saker med barn, men at den økte vekten på hensynet til allmennprevensjon og samfunnsvern som ligger til grunn for denne utviklingen, også kan få følger ved straff av andre typer lovbrudd. Virkningen av dette kan i så fall være at det, til tross for lovgivers tilslutning til rettssetningen i Rt. 2010 s. 1313, ikke blir rom for ytterligere utvidelse av bruk av samfunnsstraff ved enkelte typer lovbrudd. Men ettersom retten i 2013-dommen uttalte at det er de konkrete omstendighetene i saken som er avgjørende, må det være de konkrete omstendighetene som gjør at ulike hensyn utelukker bruk av samfunnsstraff ved enkelte typer alvorlige lovbrudd.

³¹⁹ Rt. 2010 s. 67 avsnitt 17.

³²⁰ Rt. 2013 s. 67 avsnitt 17.

³²¹ Rt. 2013 s. 67 avsnitt 18.

I dommen fra 2013, ga retten uttrykk for at den nærmere grensen mellom ungdomsstraff og samfunnsstraff må trekkes når ungdomsstraffen trer i kraft. Fordi ungdomsstraff også er tenkt som et alternativ til en del tilfeller hvor det i dag anvendes ubetinget fengsel, vil denne grensen også ha betydning for når det kan idømmes ubetinget fengsel.³²²

Når retten kom til at det var "særlig påkrevd" med ubetinget fengsel, var det etter en samlet vurdering, hvor utgangspunktet var at det var tale om "temmelig alvorlig, gjentatt og eskalerende voldskriminalitet". Retten vektla også at domfelte ikke kunne sies å være i noen rehabiliteringssituasjon og at han tidligere hadde blitt både bøtelagt og idømt betinget fengsel. Det var etter rettens mening lite sannsynlig at domfelte ville ha nytte av en dom på samfunnsstraff. Hans kriminelle utvikling hadde kommet til et punkt hvor det av hensynet til individualprevensjon, allmennprevensjon og samfunnsvern var påkrevd med den skarpe markeringen som ligger i ubetinget fengsel.

At retten mente det var nødvendig med ubetinget fengsel av individualpreventive grunner, tolker jeg som at retten i første rekke sikter til straffens uskadeliggjørende virkning. Samtidig kan det ut fra hvilke sammenheng uttalelsen står i, se ut til at retten mener at ubetinget fengsel, er nødvendig fordi det viser en skarpere markering overfor domfelte. Det er som tidligere nevnt lite som tyder på at fengsel som en skarp markering, får unge lovbytere til å bli mer lovlydige. Fengsel vil derfor kunne virke mot sin hensikt. Det er selvsagt klart at samfunnet har rett til å bli vernet mot nye lovbrudd fra samme gjerningsperson, men en dom på ubetinget fengsel for en kort periode slik som i denne saken, vil kunne gi et svært midlertidig vern. At hensynet til allmennprevensjon, slik det er antatt at dette hensynet virker, krever en skarpere markering enn samfunnsstraff, når lovbyteren har begått gjentatt og eskalerende kriminalitet, og er blitt gitt flere sjanser, er mer forståelig.

Det er ikke overaskende at retten benyttet disse hensynene som argumenter for å idømme ubetinget fengsel. Dommen skiller seg fra de som er gjennomgått ovenfor fordi det er snakk om gjentatt og eskalerende kriminalitet, hvor andre reaksjoner var prøvd uten virkning. Om denne saken sammenlignes med Rt. 2012 s. 43 og Rt. 2010 s. 1317, synes fengsel i langt

³²² Prop. 135 L (2010-2011) s. 115 og 116.

større grad å være påkrevd i denne, enn i disse to. Et hensyn som muligens kunne vært trukket inn som begrunnelse for resultatet, er hensynet til forholdsmessighet. Det er klart at det ved gjentatte alvorlige lovbrudd ikke kan bli gitt ubegrensede sjanser ved å idømme straffereaksjoner i frihet. Slik at retten kunne nok også ha kommet til samme resultat med litt annen argumentasjon. Dette gjelder muligens selv uten å ta hensyn til det økte straffenivået.

At det skjerpede straffenivået legges til grunn i saker med unge lovbytere, er i utgangspunktet ikke særlig problematisk. Dette vil bare være utgangspunktet for hvilke straffer som normalt vil idømmes ved bestemte typer handlinger. Straffen kan igjen tilpasses unge lovbytere ved at rettsregelen i Rt. 2010 s.1313 benyttes. Også andre hensyn som forholdsmessighet, utvist skyld og konkrete omstendigheter kan føre til at det idømmes straff som er tilpasset unge lovbytere, selv om det økte straffenivået legges til grunn. Om det økte straffenivået skulle føre til at samfunnsstraff automatisk var utelukket ved enkelte lovbruddene, vil dette vært mer uheldig. Men ettersom retten i Rt. 2013 s. 67 vurderte de konkrete forholdene i saken, og det ble understreket at det er disse som er utgangspunktet, er dette neppe meningen.³²³ Det ble også understreket i forarbeidene til straffeloven 2005,- hvor det først ble gitt uttrykk for et ønske om økte straffer ved grove volds- og sedelighetsforbrytelser, - at ønsket om skjerpet straff ikke er ment å gjøre straffutmålingen mer statisk og detaljregulert.³²⁴ Straffefastsettelsen skal uansett bero på en konkret vurdering som gjenspeiler den til enhver tid rådende oppfatningen av hva som er riktig straff.³²⁵

4.5 Barnets beste, individualprevensjon og allmennprevensjon

I rettspraksis før Rt. 2010 s. 1313, var det stor variasjon i hvordan Høyesterett benyttet barnekonvensjonen ved straffutmålingen.³²⁶ Selv om det også etter Rt. 2010 s. 1313 varierer noe hvordan barnekonvensjonen benyttes, viser dommen at det har skjedd en modningsprosess hvor rettskildene som følger av barnekonvensjonen, får en mer direkte betydning i konkrete saker. Modningsprosessen har skjedd parallelt på flere rettsområder, hvor det særlig er straffesaker og utlendingssaker som benyttes i sammenheng med hverandre.

³²³ Rt. 2013 s. 67 avsnitt 19.

³²⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 177–178.

³²⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 177–178.

³²⁶ Før dommen i 2010 var det få dommer hvor barnekonvensjonen ble benyttet, Se likevel Rt. 2005 s. 29 hvor mindretallet benyttet barnekonvensjonens artikkel 37 b i sin argumentasjon.

Utviklingen på disse områdene gjelder særlig hvilke tyngde hensynet skal ha fremfor andre samfunnsinteresser. En viktig utlendingssak i tilknytning til dette temaet er Rt. 2009 s. 1261 som retten i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 13 viste til. I Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2012 s.1985 benytter førstvoterende for mindretallet Rt. 2010 s. 1313 som utgangspunkt for tolkning av hensynet til barnets beste, og også flertallet viser til denne dommen ved tolkning av hensynet.³²⁷ Rt. 2010 s. 1313 er derfor viktig ved tolkning av hvilke betydning hensynet til barnets beste skal ha, også utenfor strafferettens område.

I valget mellom samfunnsstraff og fengsel, er hensynet til barnets beste og individualprevensjon, helt sentrale. Likevel nevnes ikke hensynet til barnets beste direkte i de fleste av de nyere dommene. Men fordi rettssetningen i Rt. 2010 s. 1313 legges til grunn i disse også, vil hensynet likevel ha betydning.

Hensynet til allmennprevensjon, har som forventet, betydning i valget mellom fengselsstraff og samfunnsstraff, men hensynet til individualprevensjon fører til at hensynet ofte må vike. At hensynet til allmennprevensjon i seg selv bør ha mindre betydning i saker med barn, er kun nevnt direkte noen få ganger, men at problematikken i det hele tatt berøres, er positivt.

Både i Rt. 2012 s. 34 og Rt. 2013 s. 67 fremheves det at de konkrete forholdene i sakene er avgjørende for om hensynet til straffens formål utelukker bruk av samfunnsstraff. Fordi hensynet til allmennprevensjon retter seg mot forhold utenfor det konkrete lovbruddet, og de konkrete forholdene i utgangspunktet skulle ha liten betydning for en eventuell allmennprevensjon effekt, kan dette tyde på at andre hensynet enn allmennprevensjon har betydning her. Hensyn hvor de konkrete forholdene kan tale for at det bør idømmes ubetinget fengsel, er for eksempel hensynet forholdsmessighet, rettferdighet, den alminnelige rettsfølelse og utvist skyld. Når Høyesterett understreker at de konkret omstendighetene er sentrale, tyder dette på at også slike hensyn innvirker på om hensynet til straffens formål utelukker samfunnsstraff.

³²⁷ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 135 og 186.

5 LENGDEN PÅ FENGSELSSTRAFFEN

5.1 Innledning

Det kan være saker som også når gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet, er så alvorlige at domstolen ikke vurderer andre typer straff enn fengsel. Når det er klart at lovbruddet er av en slik alvorlig karakter, vil spørsmålet om betydningen av ung alder på gjerningstidspunktet rette seg mot lengden av den samlede fengselsstraffen, og hvor stor del av denne som skal gjøres betinget.

Når barn begår lovbrudd, idømmes ubetinget fengsel særlig ved alvorlige lovbrudd som innebær grove fornærmelser mot ofrene, og utgjør et inngrep i deres grunnleggende rett til liv, frihet og integritet. Dette er forbrytelser som ikke bare påvirker de som er direkte berørt, men også samfunnet generelt. Slike lovbrudd kan derfor sies å være kjernen av de typene lovbrudd, hvor straff fra staten skal opprettholde den sosiale ro og orden, erstatte privat gjengjeldelse og verne samfunnet mot nye overgrep. Samtidig er dette, kanskje med enkelte unntak, typisk moralsk forkastelige lovbrudd, såkalte moralstøtende lovbrudd, hvor det er antatt at hensynet til allmennprevensjon har mindre betydning, enn ved moralnøytrale lovbrudd.³²⁸

Problemstillingen i kapittel 5 er hvilke hensyn som innvirker på valg av fengselsstraffens lengde, og hvilke betydning de har ved dette valget. Fordi dette temaet er langt større enn hva denne avhandlingen har plass til, vil denne problemstillingen bli noe overfladisk behandlet, og jeg vil kun gå inn på en dom.³²⁹

³²⁸ Nygaard (1982) s. 233.

³²⁹ Rt. 2011 s. 774.

5.2 Lengstestraff og muligheten til å gå under det fastsatte lavmål

Om barn idømmes ubetinget fengsel, er det viktig å unngå lange straffer. Begrunnelsen er at lange straffer i enda større grad enn korte straffer, virker uheldig med tanke på reintegrering og rehabilitering, og kan være skadelig for barnet. Straffeloven § 18 fastslår at fengselsstraffen ikke kan overstige 15 år for personer som var under 18 år på gjerningstidspunktet. En fengselsstraff på 15 år er likevel svært lang, og selv i alvorlige drapssaker har domstolen når lovbrøyteren var under 18 år på gjerningstidspunktet, ikke idømt stort lengre straffer enn 8 års ubetinget fengsel.³³⁰ Selv om det er også er drapssaker hvor det har blir idømt lengre fengselsstraffer.³³¹

Etter straffeloven § 55 kan fengselsstraff etter § 17 første ledd bokstav b, som er fengsel i 21 år, ikke anvendes for straffbare handlinger begått før fylte 18 år, og straffen kan innen samme straffart settes under det bestemte lavmål for handlingen, og, når forholdene tilsier det, til en mildere straffart. At det står "kan" tilsier at det er opp til rettens skjønn om straffen skal settes ned, men som følge av de øvrige relevante reglene, og da særlig barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, vil det i praksis være en plikt til å dømme kortest mulig straff, og benytte frihetsberøvelse som siste utvei.

Ved at straffeloven § 55 fastslår at retten dersom "forholdene tilsier det", kan sette ned straffen til en mildere straffart, skiller bestemmelsen seg fra den ellers tilsvarende bestemmelsen i straffeloven 2005. Etter straffeloven 2005 § 80 første ledd jf. bokstav i, er det ikke noe slikt vilkår for at straffen skal kunne settes til en mildere straffart. Dette passer bedre sammen med de øvrige reglene for når samfunnsstraff skal idømmes, bestemmelsene i barnekonvensjonen og straffeloven § 18. Straffeloven § 55 må tolkes med dette som utgangspunkt, slik at vilkåret om "når forholdene tilsier det" ikke kan ha noen stor betydning.

Straffeloven § 55 gjør ikke unntak fra straffeloven § 17 første ledd bokstav a om konkurrans, og det skulle derfor i utgangspunktet være mulig å idømme fengsel i 20 år, men her får straffeloven § 18 selvstendig betydning, slik at heller ikke ved konkurrans kan straffen

³³⁰ Se Rt. 2011 s. 774, RG-2008-20 og Rt. 1994 s. 346.

³³¹ Se Rt. 1993 s. 833.

overstige 15 år. Dette er også regelen i straffeloven 2005 § 79 første ledd. Ved fortsatte forbrytelse som ikke opphører etter at gjerningspersonen er fylt 18 år gjelder likevel ikke straffeloven § 55.³³²

Under utarbeidelsen av straffeloven 2005, foreslo flertallet i straffelovsutvalget, at det skulle settes en grense på maks åtte års fengsel for lovbrøtere under 18 år.³³³ Begrunnet var at hensynet til allmennprevensjon vil være godt nok ivaretatt ved lengstestraff på 8 år. Mindretallet derimot, mente det vil stride mot "alminnelige folks rettsfølelse" om barn kan få betydelig kortere fengselsstraff enn voksne for samme type lovbrudd, og gikk derfor inn for lengstestraff på 15 år.³³⁴ Flertallet av høringsinstansene sluttet seg til mindretallet, og det samme gjorde departementet, som i proposisjonen la særlig vekt på hensynet til den alminnelige rettsfølelsen.³³⁵ Etter min mening hadde synet til flertallet i straffelovutvalget mest for seg. Deres argumentasjon var i større grad basert på konkrete hensyn og fakta enn argumentasjonen til mindretallet.

Da Barn og straff-utvalget på nytt tok opp spørsmålet, mente de lengstestrafen burde være på 15 år. Utvalget pekte på at det kunne tenkes tilfeller hvor lovbruddets grovhet og hensynet til samfunnsvern tilsier en strengere straff enn 8 år.³³⁶ At hensynet til samfunnsvern ble vektlagt, må som utvalget understreket, sees i sammenheng med at utvalget gikk inn for å oppheve adgangen til å benytte forvaring overfor personer som på gjerningstidspunktet var under 18 år.³³⁷ Muligheten til å idømme forvaring når gjerningspersonene var under 18 på gjerningstidspunktet ble imidlertid videreført, om enn under strengere vilkår, jf. straffeloven 39. Det ble ikke gjort noen vurdering av om det dermed ikke var nødvendig å beholde lengstestrafen på 15 år.

³³² Se Andenæs (2010) s. 440.

³³³ NOU 2002: 4 s. 236.

³³⁴ NOU 2002: 4 s. 236.

³³⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 257.

³³⁶ NOU 2008: 15 s. 141.

³³⁷ NOU 2008: 15 s. 141.

Lengstestraff på 8 år ville kunne gitt bedre uttrykk for den reelle rettstilstanden, og det ville sende signal om at Norge følger reglene i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, om å benytte fengsel for kortest mulig periode. Likevel er det ikke slik at regelen slik den er nå nødvendigvis innebærer at det foreligger noen konflikt med regelen i barnekonvensjonen. Det avgjørende må være at det i enkeltsaker ikke idømmes lengre straff en nødvendig.

5.3 Rt. 2011 s. 774, hensynet til utvist skyld ved drap utført under rusutløst psykose

I Rt. 2011 s. 774 hadde en gutt i hasjutiløst psykose drept sin far med gjentatte knivstikk. Psykosen hadde startet omtrent fem dager før drapet, og tiltalte hadde sammen med foreldrene oppsøkt helsevesenet for å få hjelp både dagen før, og samme dag som drapet fant sted. Under psykosen følte tiltalte seg forfulgt og han så svarte øyne overalt. Drapet av faren hendte fordi tiltalte trodde han var blitt en av "dem", det vil si øynene. Domfelte var på gjerningstidspunktet 17 år og 9 måneder. I tingretten ble tiltalte dømt til fengsel i 10 år, mens lagmannsretten satte ned straffen til 7 års fengsel. Høyesterett forkastet anken.

Drap straffes etter straffeloven § 233 første ledd med fengsel i minst 8 år. Barn kan, etter lovendringen fra januar 2012, ikke idømmes lengre straff enn 15 år, jf. straffeloven § 18 annet punktum. Tidligere kunne det idømmes 20 år, jf. straffeloven § 55. Straffenivået i drapssaker hvor gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet har variert fra 3 til 15 år, og de konkrete forholdene i saken er av stor betydning for hvilke straff som idømmes.³³⁸

Etter straffeloven § 44 straffes ikke den som var psykotisk på gjerningstidspunktet. Psykose som skyldes selvforskyldt rus likestilles med bevisstløshet som skyldes selvforskyldt rus og fritar likevel ikke for straff, jf. straffeloven § 45.³³⁹

I Rt. 2011 s. 774 var et av spørsmålene om drapet var begått under "særdeles skjerpene omstendigheter" slik at straffeloven § 233 annet ledd kom til anvendelse. I lagmannsretten

³³⁸ Se blant annet Rt. 1985 s. 912, Rt. 1992 s. 833, Rt. 1994 s. 346 og Rg. 2008 s. 20.

³³⁹ Rt. 2008 s. 549 avsnitt 31–40.

mente flertallet at dette var tilfellet, men det ble lagt til grunn av både flertallet og mindretallet at det likevel ikke ville ha noen betydning for straffens lengde. Straffen måtte fastsettes ut fra de konkrete omstendighetene i saken, og her ville både omstendighetene som knyttet seg til selve drapshandlingen, og tiltaltes unge alder være av betydning. Høyesterett kom under dissens 4-1 til at drapet ikke var begått under særdeles skjerpene omstendigheter. Begrunnelsen for flertallets standpunkt var at tiltaltes tilstand på drapstidspunktet var relevant for vurderingen av om det forelå særdeles skjerpene omstendigheter, og etter en konkret vurdering av tiltaltes psykiske tilstand, førte dette til at retten mente at vilkåret ikke forelå.³⁴⁰

Førstvoterende konstaterte at fengselsstraff i en slik sak ikke er til å unngå, men at lengden på fengselsstraffen må fastsettes i lys av de prinsippene som fremgår av straffeloven 2005 § 33, som er at fengselsstraff bare kan benyttes når det er særlig påkrevd. Dette gjaldt selv om ikke denne bestemmelsen var trådt i kraft.³⁴¹ Videre viste hun også til uttalelsen i Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15, og fastslo at denne rettssetningen langt på vei må gjelde også ved fastsetting av fengselsstraffens varighet. Noe som innebærer at også ved fastsetting av fengselsstraffens lengde, må individualprevensjon tillegges betydelig vekt. Etter dette nevnte førstvoterende at FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 10 fra 2007 i avsnitt 10, tar opp at barn i konflikt med loven er mindre å bebreide enn voksne.³⁴² Tiltaltes alder alene tilsa derfor at straffen ble satt betydelig lavere enn 15 år. Andre momenter førstvoterende trakk frem som begrunnelse for å la lagmannsrettens straff bli stående, var at tiltaltes alder måtte spille inn også i vurderingen av hvor mye han var å bebreide for å ha ruset seg og at han selv ble meget hardt rammet av drapet.

Argumentasjonen som førstvoterende benytter bærer lite preg av generelle hensyn. Dette kommer også frem i avsnitt 30 hvor førstvoterende uttalte:

"Aktor har påpekt at det er viktig å sende et signal - særlig til ungdom - om faren ved å røyke hasj. Dette mener jeg denne saken gjør, uavhengig av om det skjer en endring av fengselsstraffens lengde."³⁴³

³⁴⁰ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 22.

³⁴¹ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 24 og 25.

³⁴² Rt. 2011 s. 774 avsnitt 26.

³⁴³ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 30.

Her avviser altså førstvoterende at straffen bør heves av hensynet til allmennprevensjon, nettopp fordi saken i seg selv er så tragisk at den vil virke avskrekkende uavhengig av straffens lengde. At saken i seg selv står til skrekk og advarsel mot bruk av hasj er ganske klart. Drapet ble begått av en som var psykotisk og det var ikke en ønsket handling.

Heller ikke den dissenterende dommeren ønsket lengre straff enn lagmannsretten. Til tross for at hun mente at drapet var begått under særdeles skjerpene omstendigheter, uttalte hun at:

"Etter mitt syn er det da klart at en straff på fengsel i syv år i alle fall ikke er for mild, når tiltaltes alder og de tragiske omstendighetene tas i betraktning."³⁴⁴

Også hun bygde argumentasjonen for sitt standpunkt på at tiltalte var mindre å bebreide og hun mente at de hensyn som førstvoterende trakk inn i vurderingen av om særdeles skjerpene omstendigheter forelå, må trekkes inn i straffutmålingen.³⁴⁵ I sin begrunnelse vektla annenvoterende særlig tiltaltes unge alder og sluttet seg til førstvoterendes syn på betydning av dette. I tillegg vektla hun at drapet utelukkende var forårsaket av psykosen og at det ikke var noe som tydet på at det forelå et motsetningsforhold mellom far og sønn.³⁴⁶ Om skyldgraden uttalte hun:

"Det var hans vrangforestillinger, utløst av psykosen, som forårsaket ugjerningen. Fordi psykosen var en følge av rusmisbruk, skal han straffes for handlingen. Men skyldgraden er likevel en helt annen enn om drapet hadde blitt begått av en person som var ved sine « fulle fem »."³⁴⁷

Annenvoterende trakk også frem at tiltalte ikke hadde grunn til å regne med at hasjen kunne utløse en psykose, noe som også gjorde at han var mindre å bebreide for å ha ruset seg.

Et moment som går igjen i både flertallets og mindretallets argumentasjon er henvisningen til mindre skyld eller lavere skyldgrad. Når uttrykket *skyldgrad* benyttes under straffutmålingen, kan det se ut til at det benyttes på en lignende måte som begrep *straffverdighet*, og at det er den moralske skyld det siktes til. Dette kan være tilfellet når annenvoterende mener at

³⁴⁴ Rt. 2011 s. 775 avsnitt 35.

³⁴⁵ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 33.

³⁴⁶ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 34.

³⁴⁷ Rt. 2011 s. 774 avsnitt 34.

skyldgraden er en helt annen enn om drapet hadde vært begått av en som ikke var psykotisk. Setningen er imidlertid ikke entydig, og det kan tenkes at annenvoterende her mener at det her er tale om en annen skyldgrad ut fra den juridiske forståelsen av skyld. Det ville selvsagt også vært et poeng, siden det her er snakk om et såkalt *fingert forsett*.³⁴⁸ Graden av skyld vil være et sentralt moment i straffverdigheten, og da også ulike grader innad i de ulike skyldformene.³⁴⁹ Slik at på samme måte som at det er av betydning om det forelå overlegg eller bare alminnelige forsett, vil det også kunne være av betydning om det legges til grunn et fingert forsett. Saken illustrerer i høy grad at den moralske skyld og den juridiske skyld vil ha nær sammenheng under straffutmålingen.³⁵⁰

Uansett hvilke mening retten legger i henvisningen til skyld, innebærer det at mindre skyld vektlegges under straffutmålingen, at hensynet til forholdsmessighet vektlegges. Ved mindre skyld kan det idømmes mildere straffer enn handlingens grovhet alene tilsier.

Et annet hensyn som innvirker når mindre skyldgrad vektlegges i formildende retning, er hensynet til rettferdighet. Når strafferettsinstitusjonen har skyld som et grunnleggende krav, er et av hensynene bak dette at straff uten skyld vil virke urettferdig.³⁵¹ I dommen er det snakk om en psykose det er liten grunn til å klandre domfelte for å ha havnet i. At det i straffutmålingen vektlegges at han var mindre å bebreide, gjør at reglene om rusutløst psykose rammer noe mindre urettferdig.

Til tross for at dommen på mange måter er fornuftig, og retten argumenterer godt for sin løsning, uten å benytte generelle hensyn som allmennprevensjon og samfunnsvern, kunne det kanskje vært en fordel om hensynet til individualprevensjon fikk noe mer plass. I en slik sak som dette, er hensynet til reintegrering svært viktig. Sakens karakter og fraværet av særlig moralsk skyld, gjør også at en straff som normalt ville vært svært mild for et slikt drap, er vanskelig å legitimere. Saken illustrerer den nære sammenhengen mellom skyld både i moralsk og juridisk forstand, og straff.

³⁴⁸ Andenæs (2010) s. 317.

³⁴⁹ Eskeland (2006) s. 132.

³⁵⁰ punkt 2.2.

³⁵¹ punkt 2.2.

5.4 Hensyn som vektlegges i lovgivning og av Høyesterett

Selv om jeg i dette kapitlet kun har analysert en dom, slik at det ikke kan trekkes noen generelle slutninger ut av dette, er det klart at svært mange hensyn virker inn på vurderingen av fengselsstraffens lengde. Ved at rettsregelen i Rt. 2010 s. 1313 også langt på vei må gjelde ved fastsetting av fengselsstraffens lengde, vil hensynet til individualprevensjon og hva som i det lange løp tjener til barnets beste også her være sentral. I Rt. 2011 s. 774 var det likevel hensynet til utvist skyld som var sentralt, noe som langt på vei skyldes de konkrete forholdene i saken.

I lovgivningsprosessen nevnes særlig samfunnsvern og den alminnelige rettsfølelse som hensyn som kan føre til lang fengselsstraff.

6 FORVARING OG HENSYNET TIL SAMFUNNSVERN

6.1 Innledning

For at forvaring skal kunne idømmes, er det et grunnvilkår at tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig for å verne samfunnet, jf. straffeloven § 39c første ledd. I tillegg må vilkårene i § 39c første ledd nr. 1 eller 2, være oppfylt. Vilrårene i første ledd nr. 1 og 2, fastsetter at forvaring bare idømmes når tiltalte har begått bestemte typer alvorlige lovbrudd.

Grunnvilkåret i straffeloven § 39c første ledd om at tidsbestemt straff ikke må anses tilstrekkelig for å verne samfunnet, viser at det er hensynet til samfunnsvern forvaring primært skal ivareta. I straffeloven 2005 § 40 som viderefører adgangen til å idømme forvaring, er ordlyden til dette vilkåret endret til "Når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet". Dette er gjort for at det klarere skal fremgå hva som ligger i vilkåret.³⁵² Ordlyden i straffeloven 2005 får frem at hensynet til samfunnsvern ikke innebærer at det er samfunnet som sådan som må være truet, men at det er borgerne i

³⁵² NOU 2002: 4 avsnitt 8.11.2.

samfunnet som skal beskyttes mot overgrep. Det kreves ikke at noen bestemte personer er truet.³⁵³

Problemstillingen i kapittel 6 er hvilken betydning hensynet til samfunnsvern i form av forvaring har ved ung alder.

6.2 Vilkåret om at det må foreligge helt ekstraordinære omstendigheter

Straffeloven 39c annet ledd slår fast at forvaring ikke kan benyttes overfor personer som på gjerningstidspunktet var under 18 år, med mindre det foreligger "helt ekstraordinære omstendigheter". At forvaring bare kan benyttes ved "helt ekstraordinære omstendigheter", viser at det kun er i meget spesielle tilfeller forvaring kan idømmes overfor barn.

Barn og straff-utvalget foreslo forbud mot å idømme forvaring i saker hvor gjerningsmannen var under 18 år på gjerningstidspunktet.³⁵⁴ Begrunnelsen for dette var at de samme hensynene som gjør seg gjeldende i mot ubetinget fengsel, i enda større grad taler mot å benytte forvaring overfor barn. Tidsubestemt frihetsberøvelse anses å innebære en ekstra belastning for domfelte. I tillegg anså utvalget det negativt for barns utvikling å bli stemplet som farlig for samfunnet.³⁵⁵ Forvaring vil være uegnet for å oppnå reintegrering, og utvalget mente det vil være tilstrekkelig å benytte ubetinget fengsel for å verne samfunnet.³⁵⁶ Også under arbeidet med straffeloven 2005, mente straffelovkomisjonens flertall at det var ønskelig med et forbud mot å idømme personer under 18 år forvaring. Begrunnelsen var stort sett den samme som Barn og straff-utvalgets, men i tillegg vektla flertallet i straffelovkomisjonen at det er vanskelig å forutse om unge mennesker vil være farlige etter soning, og hvilke potensiale de har for modning og endring.³⁵⁷

³⁵³ NOU 2002: 4 avsnitt 8.11.2.

³⁵⁴ NOU 2008: 15 s. 147.

³⁵⁵ NOU 2008: 15 s. 147.

³⁵⁶ NOU 2008: 15 s. 147.

³⁵⁷ NOU 2002: 4 avsnitt 8.11.2.

Ingen av gangene det er foreslått et forbud mot å idømme barn forvaringen, er forslagene fulgt opp. Men på grunn av de negative sidene ved forvaring mente departementet at forvaring tilnærmet aldri bør benyttes overfor barn.³⁵⁸ Departementet foreslo derfor vilkåret som nå er vedtatt, om at forvaring bare kan benyttes når det er helt ekstraordinære omstendigheter, jf. straffeloven 39c annet ledd.³⁵⁹ Denne svært begrensede adgangen til å idømme barn forvaring, viser at hensynene til barnets beste og individualprevensjon har hatt betydning. Samtidig har også hensynet til samfunnsvern noe betydning, ved at adgangen til tross for tungtveiende argumenter for å fjerne den, er opprettholdt. Når lovgiver må tenke på alle mulige scenarier, er det ikke overaskende at en snever adgang til å idømme forvaring opprettholdes.

Når det ble videreført en lengstestraff på 15 år, kan det argumenteres for at det er mindre behov for en adgang til å benytte forvaring overfor barn. Men det er likevel ikke slik at forvaring i utgangspunktet er ment å benyttes på alvorlige lovbrudd som kan føre til svært lange fengselsstraffer. I saker hvor den alternative fengselsstraffen er lang vil det også være vanskelig å vurdere om det er fare for nye lovbrudd etter endt soning.³⁶⁰ Ved lange fengselsstraffer er det antatt at ubetinget fengsel vil dekke eventuelle behov for samfunnsvern.³⁶¹ I utgangspunktet er forvaring ment å skulle benyttes når den ubetingede fengselsstraffen som er aktuell, er fra noen måneders- til 6-8 års fengsel.³⁶² Hvor lang fengselsstraff som kan idømmes barn, trenger derfor ikke ha betydning for hvordan adgangen til å benytte forvaringer skal bedømmes.

Slik adgangen til å idømme forvaring nå er, kan lovgiver sies å ha funnet en rimelig balanse mellom de motstridende hensynene. Samtidig ville et forbud kunne sendt signaler om at hensynet til barn i konflikt med loven tas på alvor, uten at dette nødvendigvis ville gått ut over hensynet til samfunnsvern.

³⁵⁸ Prop. 135 L (2010–2011) s. 104.

³⁵⁹ Prop. 135 L (2010–2011) s. 104.

³⁶⁰ Rt. 2007 s. 187 avsnitt 23.

³⁶¹ Ot.prp.nr.87 (1993-1994) s. 86 og Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 110.

³⁶² NOU 1990: 5 s. 112 og Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 110.

6.3 Høyesterettspraksis og forvaring ved ung gjerningsperson

Forvaring har ikke blitt idømt i tilfeller hvor gjerningspersonen var under 18 år på gjerningstidspunktet. Den gamle straffereaksjonen sikring, har derimot blitt benyttet i flere slike saker. Et eksempel på dette er **Rt. 1983 s. 1194**. I dommen ble en 15 år gammel gutt idømt sikring etter han hadde startet flere branner, hvor den første brannen førte til at en person omkom. Retten mente at selv om ung alder var et tungtveiende moment mot sikring, var det likevel nødvendig på grunn av faren for at han på ny skulle starte branner. Hensynet til samfunnsvern var altså avgjørende selv om gutten var svært ung.

I **Rt. 2006 s. 641** uttalte retten at domfeltes unge alder er av vesentlig betydning i vurderingen av om vilkårene for forvaring er oppfylt. I saken var domfelte fylt 18 år på gjerningstidspunktet, men retten vektla likevel hans alder som ett av flere momenter i vurderingen av om forvaring skulle idømmes. Saken gjaldt overlagt drap og det ble ikke idømt forvaring.

Et annet eksempel er **Rt. 2002 s. 1677**. Her ble det vurdert om forvaring skulle idømmes etter at en gutt som var under 18 år på handlingstidspunktene, hadde begått gjentatte alvorlige lovbrudd. Av den psykiatriske erklæringen som ble fremlagt i rapporten, fulgte det at domfelte hadde moderat høy risiko for gjentatte kriminelle handlinger. Retten kom til at domfeltes unge alder gjorde det usikkert om det var fare for gjentakelse, og at usikkerheten gjorde at betingelsene for forvaring ikke var oppfylt. I et obiter dicta uttalte retten også at ettersom straffeloven § 39c er en "kan" bestemmelse, kan retten selv om vilkårene for forvaring skulle være oppfylt, særlig når den konkrete rettsanvendelsen skaper tvil og det dreier seg om en ung lovbrøyer, unnlate å idømme forvaring.³⁶³ At retten åpner for at ung alder kan være et moment mot forvaring selv om vilkårene for forvaring skulle foreligge, viser at de innvendingene som kan reises mot bruken av forvaring, i stor grad vektlegges fremfor samfunnsvern.

³⁶³ Rt. 2002 s. 1677 på s. 1683.

I Rt. 2007 s. 791 som gjaldt fire voldtekter begått i tiden fra domfelte var 15 år og til han var rundt 20 år, ble det heller ikke idømt forvaring. Begrunnelsen var domfeltes unge alder og at han ikke var tidligere straffet, noe gjorde retten i tvil om det var tilstrekkelig grunn til forvaring.³⁶⁴

Dommene som her er gjennomgått, viser at Høyesterett legger stor vekt på alder i vurderingen av om forvaring skal idømmes. Det kan se ut som det er to hensyn som henger nært sammen som er viktig i vurderingen. Domfeltes mulighet til å rehabiliteres og usikkerheten med om vedkommende vil begå nye forbrytelser etter at fengselsstraffen er sonet. At det er usikkert om domfelte vil begå nye lovbrudd, kan være begrunnet både i at det er større håp med tanke på rehabilitering av unge lovbrøyttere og at det er vanskelig å se et klart mønster når domfelte er så ung. At usikkerheten med om det er behov for samfunnsvern vektlegges, henger nok nært sammen med rimelighet. Det vil lett kunne være urimelig å idømme forvaring når det ikke er sikkert at samfunnet trenger ytterligere vern enn fengselsstraffen gir. Det kan også være et tegn på at forvaring blir ansett som en uforholdsmessig reaksjon. Både fordi det er usikkert om det er behov for en så inngripende reaksjon, og fordi forvaring kan være ekstra belastende for unge lovbrøyttere.

Slik jeg tolker høyesterettspraksisen, er det både av hensynet til barnet, individualprevensjon, forholdsmessighet og rettferdighet, at domstolen er tilbakeholden med å idømme forvaring i saker med barn.

Et annet moment som kommer frem av disse dommene, er at i motsetning til ved valget mellom samfunnsstraff og fengsel, eller utmåling av lengden på ubetinget fengsel, er det ikke utelukkende alder under 18 år som er relevant. Også i saker hvor gjerningspersonen på gjerningstidspunktet var noen år over 18 år, er ung alder et sentralt moment i vurderingen av om det skal idømmes forvaring. Dersom denne rettstilstanden videreføres, vil forvaring også benyttes sjelden i saker hvor domfelte i alle fall er opp til 20 år.

³⁶⁴ Rt. 2007 s. 791 avsnitt 34.

6.4 Betydningen av hensynet til samfunnsvern i form av forvaring

Etter det som er gjennomgått i dette kapittelet, følger det at hensynet til samfunnsvern i form av forvaring, har liten betydning når unge mennesker begår alvorlige lovbrudd. Både lovgiver og Høyesterett anser belastningene for så store og faren for nye lovbrudd for så usikker, at andre hensyn til nå har hatt større betydning i denne vurderingen.

7 UNGDOMSSTRAFF OG GJENOPPRETTENDE PROSESS

7.1 Egen straffereaksjon for unge lovbrøyttere

Ungdomsstraff skal være en egen straffereaksjon beregnet for barn mellom 15 og 18 år som har begått alvorlige lovbrudd.³⁶⁵ Etter ikrafttredelse vil ungdomsstraff høre til de ordinære straffereaksjonene i straffeloven § 15, og skyldspørsmålet må derfor være avgjort før reaksjonen kan idømmes av domstolen. Fordi ungdomsstraff er utformet direkte med tanke på unge lovbrøyttere, skiller straffereaksjonen seg fra de øvrige alminnelige straffene i straffeloven § 15.³⁶⁶ Det er for det første ikke, slik som ved de øvrige reaksjonene, kriminalomsorgen som har hovedansvaret for gjennomføringen. Ansvar er her lagt til en ungdomskordinat, jf. konfliktrådsloven § 2a.³⁶⁷ Utformingen av ungdomsstraff kan tilpasses behovene til domfelte, og selv om det også er enkelte muligheter for tilpasning ved samfunnsstraff og ubetinget fengsel, skiller ungdomsstraff seg ved at reaksjonen er direkte utformet for å benyttes ved alvorlige lovbrudd, hvor domfelte har behov for mye hjelp for å få orden på livet sitt. Intensiteten er høyere enn ved de andre reaksjonene som gjennomføres i frihet, og sosial kontroll skal erstatte fengslets murer.³⁶⁸ Ungdomsstraff er også den eneste av straffereaksjonene som er ment for alvorlige lovbrudd, og samtidig basert på gjenopprettende prosess.

For å undersøke hvilke hensyn som har hatt betydning i utformingen av reglene om ungdomsstraff, skal jeg i kapittel 7 se på hvilke hensyn ungdomsstraff er ment å ivareta. På

³⁶⁵ Jf. straffeloven § 28c som tilføyes ved lov 20. januar 2012.

³⁶⁶ NOU 2008: 15 s. 148.

³⁶⁷ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

³⁶⁸ NOU 2008: 15 s. 148.

grunn av at ungdomsstraff er basert på gjenopprettende prosess, vil jeg starte med å si noe nærmere om hva gjenopprettende prosess er, og hvilke hensyn gjenopprettende prosess hovedsakelig skal ivareta.³⁶⁹ Etter dette vil jeg si noe om vilkårene for å idømme ungdomsstraff, innholdet i reaksjonen og de gjenopprettende sidene ved ungdomsstraff.³⁷⁰ Til sist vil jeg se på hvilke hensyn ungdomsstraff kan ivareta.³⁷¹

7.2 Gjenopprettende prosess i strafferetten

7.2.1 Ide og anvendelsesområdet

Ideen om gjenopprettende prosess vokste frem på 1970 og 1980-tallet, som en reaksjon på kritikken mot straff som behandling og avskrekkende straffer.³⁷² Mye av de grunnleggende tankene bak gjenopprettende prosess, stammer fra Nils Christies artikkel *konflikt som eiendom* fra 1977.³⁷³ I artikkelen argumenter Christie for at konflikten tilhører ofrene for lovbrudd, som i det tradisjonelle rettssystemet har tapt sin sak til staten og dermed er uten mulighet til å delta i egen sak.³⁷⁴ Også for samfunnet har konflikter en egenverdi, som går tapt når staten tar over.³⁷⁵ Fokuset på offerets rolle i konflikten er i dag en sentral del av gjenopprettende prosess.³⁷⁶

Gjenopprettende prosess kan være ulike programmer eller metoder som benyttes etter et lovbrudd, eller det kan være et syn på en alternativ måte å møte konflikter på i privatrettslige tvister. Som reaksjon på et lovbrudd kan gjenopprettende prosess bli sett på som alternativer til straff, eller som alternative straffereaksjoner. Gjenopprettende prosess er ikke ment å være forbeholdt mindre alvorlige lovbrudd, men er også høyst egnet ved alvorlige lovbrudd, slik som temaet er i denne avhandlingen.³⁷⁷ Som Howard Zehr understreker, trenger nødvendigvis

³⁶⁹ Punkt 7.2.

³⁷⁰ Punkt 7.3 og 7.4.

³⁷¹ Punkt 7.5.

³⁷² Ross London, "A new paradigm arises" i *A Restorative Justice Reader*, second edition, Oxon 2012, s. 5–12 (s. 5).

³⁷³ Nils Christie, "Konflikt som eiendom", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1977 s. 113–132.

³⁷⁴ Christie (1977) s.116 og 123.

³⁷⁵ Christie (1977) s.122 og 123.

³⁷⁶ Howard Zehr, *gjenopprettende ret - en lille bok om ret, uret og retfærdighet*, København 2008 s. 33.

³⁷⁷ Prop 135 L (2010-2011) Vedlegg 1 s.196 og Zehr (2008) s. 21.

ikke reaksjoner som bygger på gjenopprettende prosess å være et alternativ til fengsel, det kan også benyttes i forbindelse med fengselsstraff.³⁷⁸

For å forklare hva gjenopprettende prosess er, tar Zehr og flere andre forfatter utgangspunkt i hva som skiller gjenopprettende prosess fra den tradisjonelle strafferetten.³⁷⁹ Howard Zehr skriver at tradisjonell strafferett ser på forbrytelse som en overtredelse begått mot staten, denne overtredelsen skaper skyld, og rettferdighet krever dermed at staten konstaterer at det foreligger skyld og påfører smerte i form av straff.³⁸⁰ Gjenopprettende prosess ser på forbrytelse som en overtredelse begått mot mennesker og felleskaper, overtredelsen skaper forpliktelser.³⁸¹ Rettferdighet krever at ofre, gjerningspersoner og medlemmer av det berørte felleskapet involveres, og sammen forsøker å finne en måte å gjøre reparere skadene etter lovbruddet.³⁸² Zehr trekker frem at det sentrale fokuset i tradisjonell strafferett er at lovbrutere får hva de fortjener, mens i gjenopprettende prosess er fokuset på offerets behov og gjerningspersonens forpliktelser i å reparere skaden.³⁸³

Dette er likevel bare et utgangspunkt, og skillet mellom tradisjonell strafferett og gjenopprettende prosess er ikke alltid like absolutt.

7.2.2 Hovedhensyn og formål med gjenopprettende prosess

Howard Zehr fremhever at hovedformål med gjenopprettende prosess er rettferdighet.³⁸⁴ Rettferdighet krever at vi stiller spørsmålene om hvem som er skadet av lovbrudd, hvilke behov de har, hvem er ansvarlig for å oppfylle disse behovene, hvem er berørt og hvilken prosess kan benyttes for å finne en løsning.³⁸⁵ I denne sammenhengen er offerets behov

³⁷⁸ Zehr (2008) s. 23.

³⁷⁹ Zehr (2008) s. 13.

³⁸⁰ Zehr (2008) s. 33.

³⁸¹ *ibid.*

³⁸² *ibid.*

³⁸³ Zehr (2008) s. 33.

³⁸⁴ Zehr (2008) s. 86 og 87.

³⁸⁵ Zehr (2008) s. 87.

viktig. Dette gjelder både offerets behov i å bli hørt, få informasjon, være involvert i saken og å få oppreisning av en eller annen karakter.³⁸⁶

Samtidig er også gjerningspersonens behov viktig, noe som nok er en av grunnene til at gjenopprettende prosess anses å være passende i saker med unge lovbytere. Lovbryterne skal oppfordres til å forstå konsekvensen av sin adferd, og til å gjøre skadene gode igjen.³⁸⁷ Zehr skriver at det er et mål at gjerningspersonen stilles til ansvar på en måte som fremmer empati og ansvarsfølelse, og at skammen behandles.³⁸⁸ Gjerningspersonen skal også få støtte til å gjennomgå en personlig utvikling hvor de traumer som har bidratt til de kriminelle handlingene behandles og de skal gis mulighet til behandling mot misbruk av rusmidler.³⁸⁹ De skal oppmuntres til å bli integrert i samfunnet igjen og for noen gjerningspersoner innebærer også straffen en tidsbegrenset frihetsberøvelse.³⁹⁰ Gjerningspersonenes behov for reintegrering er dermed et viktig hensyn i gjenopprettende prosess.

Gjenopprettende prosess inkluderer flere parter enn det tradisjonelle strafferettsystemet, og det er ønskelig at samfunnets behov ivaretas. Utformingen av reaksjonen kan variere ut fra om det legges til grunn et *micro-community* perspektiv, eller et *macro-community* perspektiv.³⁹¹ I et *micro-community* perspektiv er det de konkrete behovene til de som er personlig berørt av lovbruddet, slik som fornærmede og andre berørte, som er i fokus.³⁹² Behovene i dette perspektivet vil være konkrete og tilknyttet de særskilte forholdene ved lovbruddet. I et *macro-community* perspektiv er det behovene til personer som ikke er personlig tilknyttet noen av partene, men som likevel berøres av lovbruddet, som er i fokus.³⁹³ Det kan være personer i nabolaget, i samme by, samme yrke eller samme land.³⁹⁴ Her vil behovene være av

³⁸⁶ Zehr (2008) s. 25–27.

³⁸⁷ Zehr (2008) s. 28.

³⁸⁸ Zehr (2008) s. 29.

³⁸⁹ *ibid.*

³⁹⁰ *ibid.*

³⁹¹ Paul McCold, "What Is The Role of Community In Restorative Justice Theory And Practice?" i *Critical Issues in Restorative Justice*, London 2010 s. 155–173 (s.155).

³⁹² McCold (2010) s.156.

³⁹³ *ibid.*

³⁹⁴ *ibid.*

mer generell karakter, slik som beskyttelse mot nye lovbrudd.³⁹⁵ Et *macro-community* perspektiv er særlig relevant ved offerløs kriminalitet.

Hovedformålet med gjenopprettende prosess er ikke å forbygge nye lovbrudd, men fordi gjerningsmannens behov også skal ivaretas, kan rehabiliterende tiltak være viktige.³⁹⁶ Forskning har vist at gjenopprettende prosess ofte virker individualpreventivt, særlig i saker med unge lovbrystere.³⁹⁷ Gjenopprettende prosess har vist seg mest effektiv for å oppnå rehabilitering i saker hvor det er noen som er personlig fornærmet, noe som kan tyde på at del av den denne effekten kan komme av at konsekvensene av lovbrudd belyses ved hjelp av de berørte.³⁹⁸

7.3 Anvendelsesområdet for ungdomsstraff

7.3.1 Oversikt over vilkårene for å idømme ungdomsstraff

Når ungdomsstraff trer i kraft, vil straffeloven § 28c første ledd bokstav a til d, angi vilkårene for at ungdomsstraff skal kunne idømmes.³⁹⁹ Etter første ledd bokstav a, kan gjerningspersoner som var under 18 år på handlingstidspunktet idømmes ungdomsstraff. At gjerningstidspunktet er avgjørende gjør at enkelte vil kunne være over 18 år ved straffegjennomføringen. Bokstav b fastsetter at reaksjonen kan idømmes ved alvorlige eller gjentatt kriminalitet. At straffen skal benyttes ved alvorlig kriminalitet, gjør det klart at den ikke skal benyttes ved bagatellmessige lovbrudd. Som tidligere nevnt, er reaksjonen ment å benyttes i saker hvor det ellers ville blitt idømt ubetinget fengsel eller samfunnsstraff, noe som tyder på at lovbruddet må være av en slik karakter at det kvalifiserer for disse straffene.⁴⁰⁰ I merknad til straffeloven § 28c redegjør departementet for hva som ligger i begrep "alvorlig lovbrudd", og mener det bør tas utgangspunktet i strafferammene.⁴⁰¹ Departementet mener lovbrudd må ha en øvre strafferamme på tre år eller mer, dersom det skal omfattes av

³⁹⁵ McCold (2010) s.162 og 166–167.

³⁹⁶ Zehr (2008) s. 19.

³⁹⁷ Zehr (2008) s. 19 og Rapport om økt bruk av konfliktråd avsnitt 6.14 og avsnitt 6.8

³⁹⁸ Prop 135 L vedlegg 1 punkt 1 (s. 196).

³⁹⁹ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

⁴⁰⁰ Punkt 1.5.

⁴⁰¹ Prop 135 L (2010–2011) s.164.

vilkåret.⁴⁰² For at vilkåret om gjentatte lovbrudd skal være oppfylt, bemerket departementet at det er nok med to lovbrudd.⁴⁰³ I bokstav c er det videre et vilkår at lovbrøyteren samtykker og har bosted i Norge.

Vilkårene straffeloven § 28c første ledd vil inneholde, er svært like vilkårene for samfunnsstraff i straffeloven § 28a første ledd bokstav b. Vilkårene skiller seg imidlertid fra hverandre ved vilkåret i straffeloven § 28c første ledd bokstav d, som er at straffens formål ikke *med tyngde* må tale mot en reaksjon i frihet. Vilkåret *med tyngde* er ikke tatt med i det ellers tilsvarende vilkåret i bestemmelsen om samfunnsstraff.⁴⁰⁴ Når det står *med tyngde* tyder på at det skal svært mye til før det er utelukket å idømme ungdomsstraff. I vurderingen av om ungdomsstraff kan idømmes kan rettspraksis som gjelder vilkåret i straffeloven § 28a første ledd bokstav b, være relevant. Men på grunn av ordlyden i bestemmelsen om ungdomsstraff skal det enda mer til før hensynet til straffens formål stenger for bruk av ungdomsstraff.⁴⁰⁵ Ordlyden i bestemmelsen om ungdomsstraff er også valgt nettopp for å vise at det skal mer til før fengsel er nødvendig, enn ved samfunnsstraff.⁴⁰⁶

I forarbeidene presiseres det at vilkåret som vil stå i straffeloven § 28c første ledd bokstav d legger opp til en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risikonivå vil være elementer i vurderingen av om ungdomsstraff er egnet i konkret sakene.⁴⁰⁷ Flere av disse momentene er gjenkjennelig fra vurderingen av om samfunnsstraff skal idømmes ved alvorlige lovbrudd, men ettersom ungdomsstraff er utformet annerledes, bør vurderingen tilpasses denne reaksjonen.

⁴⁰² Prop 135 L (2010–2011) s.164.

⁴⁰³ Prop 135 L (2010–2011) s.164.

⁴⁰⁴ punkt 4.2.1.

⁴⁰⁵ Prop 135 L (2010–2011) s.115.

⁴⁰⁶ Prop 135 L (2010–2011) s.164.

⁴⁰⁷ Prop 135 L (2010–2011) s.115.

7.3.2 Ulike hensyns betydning for ved hvor alvorlige lovbrudd ungdomsstraff kan idømmes

Av de hensyn som vil kunne føre til at ungdomsstraff blir utelukket etter straffeloven § 28c første ledd bokstav d, viste departementet i forarbeidene særlig til allmennprevensjon.⁴⁰⁸

Hensynet til allmennprevensjon var også, sammen med hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen, begrunnelsen for å markere den øvre grensen for når ungdomsstraff kan idømmes, i lovgivningen.⁴⁰⁹ Dette viser at hensynet til allmennprevensjon både var en begrunnelse for å fastsette ett øvre vilkår i loven, og er ment å skulle innvirke i den konkrete rettsanvendelsen. At hensynet til allmennprevensjon igjen fremheves som en grunn til å idømme ubetinget fengsel ved alvorlige lovbrudd, er litt overaskende. For det første fordi hensynet til allmennprevensjon som det flere ganger er nevnt i denne avhandlingen, kan være lite egnet ved unge lovbrøyttere.⁴¹⁰ For det andre fordi det i teorien, er ansett at hensyn har minst innvirkning ved alvorlige lovbrudd, fordi andre faktorer er mye viktigere.⁴¹¹ Og for det tredje fordi det flere ganger i forarbeidene er fremhevet at ungdomsstraff er en inngripende reaksjon, slik at det i utgangspunktet ikke skulle være noe i veien for at en dom på ungdomsstraff, kan ivareta hensynet til allmennprevensjon.

Både Barn og straff-utvalget og departementet la i forarbeidene til grunn at det på samme måte som med ved samfunnsstraff, er det enkelte lovbrudd som er av en slik alvorlig karakter, at de i seg selv utelukker bruk av ungdomsstraff.⁴¹² Det sies ikke noe om det er hensynet til straffens formål, eller om det er andre hensyn som gjør at ubetinget fengsel må idømmes. Slik jeg tolker det, er denne begrensningen i bruken av ungdomsstraff i særlige alvorlige tilfeller et utslag av kulturelle verdier.⁴¹³ De kulturelle verdier gjør at handlinger som for eksempel forsettlig drap anses å være så straffverdige, at det bare kan reageres med den sterkeste form for misbilliget som ubetinget fengsel er. Dette gjelder uavhengig av om de øvrige hensynene kan ivaretas med ungdomsstraff. Også hensynet til forholdsmessighet og den alminnelige rettsoppfatningen vil ha nær sammenheng med hvorfor enkelte lovbrudd i seg selv utelukker straff i frihet.

⁴⁰⁸ Prop 135 L (2010–2011) s.164.

⁴⁰⁹ Prop 135 L (2010–2011) s.115.

⁴¹⁰ punkt 2.3.2 og 4.3.

⁴¹¹ punkt 2.3.2.

⁴¹² NOU 2008: 15 s.149 og Prop 135 L (2010–2011) s.115.

⁴¹³ Se punkt 1.6.

Det kan derfor se ut til at i spørsmålet om hvor den øvre grense for når ungdomsstraff kan idømmes skal gå, er det hensynene til allmennprevensjon, straffverdighet, den alminnelige rettsoppfatning og eventuelt andre kulturelle verdier, som har hatt betydning under lovgivningsarbeidet, og som avgjør hvor denne grensen trekkes.

7.4 Utformingen av ungdomsstraff

7.4.1 Oversikt over straffens innhold

Etter at ungdomsstraff er idømt av domstolen, starter straffen med et ungdomsstormøte som skal ledes av en ungdomskoordinator, jf. konfliktrådsloven § 18 første og andre ledd.⁴¹⁴ Under ungdomsstormøtet skal det utformes en ungdomsplan etter konfliktrådsloven § 19. Denne planen skal inneholde de pliktene og tiltakene som fastsettes under ungdomsstormøtet.⁴¹⁵ Ungdomskoordinatoren skal sammen med et oppfølgingsteam være ansvarlig for gjennomføringen av ungdomsplanen, jf. konfliktrådsloven § 20.⁴¹⁶ Etter bestemmelsens andre ledd, fastsetter domstolen straffens lengde, som kan vare fra seks måneder til to år. Dersom den fengselsstraffen som ellers ville blitt idømt klart ville overstige to år, kan gjennomføringstiden settes til tre år. Det vil følge av straffeloven § 28c annet ledd bokstav b at domstolen også skal fastsette en subsidiær fengselsstraff som tilsvarer den fengselsstraffen som ville blitt idømt istedenfor ungdomsstraff.

Som følge av at reaksjonen skal tilpasses det enkelte barn, vil det konkrete innholdet i ungdomsplanen variere fra sak til sak.⁴¹⁷ For å finne ut hvilke tiltak som passer i de enkelte sakene, skal det, med enkelte unntak, foretas personundersøkelse dersom det tas ut tiltale mot en som var under 18 år på handlingstidspunktet jf. straffeprosessloven § 161a første ledd annet punktum.⁴¹⁸

⁴¹⁴ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

⁴¹⁵ Prop 135 L (2010–2011) s. 174.

⁴¹⁶ Tilføyes ved lov 20. januar 2012.

⁴¹⁷ Prop 135 L (2010–2011) s. 174.

⁴¹⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Konfliktrådsloven § 19 bokstav a til i, vil angi enkelte tiltak planen kan gå ut på, men den kan etter bestemmelsens ordlyd, også inneholde andre tiltak enn de som er listet opp der. Etter forarbeidene kan tiltakene som fastsettes i planen være av ansvarliggjørende, rehabiliterende eller kontrollerende art.⁴¹⁹ Ved fastsetting av tiltak vil domfeltes konkrete behov og hensynet til individualprevensjon være av stor betydning.⁴²⁰

7.4.2 Den gjenopprettende delen av straffereaksjonen

For at en reaksjon skal kunne sies å være gjenopprettende, mener Zehr at det er et minimumskrav at ofrenes skader og behov blir tatt i betraktning, at gjerningspersonen får ansvaret for å reparere skaden igjen, og at ofrene, gjerningspersoner og det berørte felleskapet blir involvert i prosessen.⁴²¹

Under gjennomføringen av ungdomsstraffen skal det tas hensyn til domfeltes behov når det avgjøres hvem som skal delta, og hva planen skal gå ut på.⁴²² Dette gjør at reaksjonen på mange måter er egnet til å forholde seg til årsakene til lovbruddet. Å forholde seg til årsakene til lovbruddet, er i følge Zehr en sentral del av gjenopprettende prosess.⁴²³

Samtidig skal reaksjonen også ivareta fornærmedes behov. Fornærmede har rett til å delta på ungdomsstormøtet, jf. konfliktrådsloven § 18 tredje ledd. Av samme bestemmelser følger det at også fornærmedes verge har rett til å delta, men det er ikke et vilkår. For at flest mulig unge skal kunne idømmes ungdomsstraff når det er aktuelt, er det heller ikke et vilkår at fornærmede samtykker til at reaksjonen skal kunne idømmes.⁴²⁴ Dersom ikke fornærmede ønsker å møte, kan en representant for fornærmede møte, eller vedkommende kan formidle konsekvensene av lovbruddet til koordinatoren.⁴²⁵ Det kan også finne sted et møte på et

⁴¹⁹ Prop 135 L (2010–2011) s. 174.

⁴²⁰ Prop 135 L (2010–2011) s. 174.

⁴²¹ Zehr (2008) s. 37.

⁴²² Prop 135 L (2010–2011) s.173 og 174.

⁴²³ Zehr (2008) s. 43.

⁴²⁴ NOU 2008: 15 s.155 og Prop 135 L (2010–2011) s.118.

⁴²⁵ Prop 135 L (2010–2011) s.118 og 119.

senere tidspunkt, om fornærmede heller ønsker det.⁴²⁶ Fornærmede har altså flere muligheter til å få formidlet sine behov ved ungdomsstraff.

Når det gjelder fornærmedes mulighet til å involveres i beslutningen, følger det av ordlyden i konfliktrådsloven § 19 at "ungdomsstormøtet skal utforme ungdomsplanen". I saker hvor fornærmede deltar, er fornærmede en del av ungdomsstormøtet, og skal derfor etter ordlyden være med på å utforme ungdomsplanen. Det samme la Barn og straff-utvalget til grunn, og utvalget mente at fordi fornærmede kan ha særlig interesse i at det fastsettes kompensasjon er det naturlig med innspill fra fornærmede til dette spørsmålet.⁴²⁷ Departementet uttalte derimot at fornærmede som møter som et utgangspunkt ikke skal ta del i planen, med mindre det dreier seg om tiltak som involverer fornærmede.⁴²⁸ Det er ikke enkelt å se noen grunn til at fornærmede skal ha en mer begrenset rolle enn de øvrige deltakerne. Planen som fastsettes, skal uansett godkjennes av både ungdomskoordinatoren, domfelte og domfeltes verge, jf. konfliktrådsloven § 19 siste ledd. De siste årene har det vært økt fokus på fornærmedes rettigheter, og i arbeidet med dette ble det av Fornærmedeutvalget lagt til grunn at fornærmede i større grad ønsker informasjon, og selv å bli hørt i straffesaker.⁴²⁹ Ungdomsstraff vil kunne gjøre at fornærmede får muligheten til dette i større grad, og derfor er det viktig at ikke denne adgangen innskrenkes uten noen fornuftig begrunnelse. Dersom fornærmede skulle ha mindre mulighet til å delta i beslutningene enn resten av ungdomsstormøtet, burde dette ha kommet frem i lovens ordlyd. Det vil være uheldig om en uttalelse i forarbeidene skal hindre fornærmedes deltakelse når lovens ordlyd åpner for dette.

Et annet sentralt element ved gjenopprettende prosess er å forholde seg til skaden, og gjøre denne god igjen.⁴³⁰ Å forholde seg til skaden innebærer at gjerningspersonen påtar seg ansvaret for lovbruddet, og aktivt går inn for å gjøre det godt igjen.⁴³¹ I forarbeidene til lovendringene om ungdomsstraff, er det flere ganger understreket at domfeltes skal gis

⁴²⁶ Prop 135 L (2010–2011) s.173.

⁴²⁷ NOU 2008: 15 s.156.

⁴²⁸ Prop 135 L (2010–2011) s.119.

⁴²⁹ NOU 2006: 10 s.124.

⁴³⁰ Zehr (2008) s. 42.

⁴³¹ *ibid.*

anledning til å gjøre opp for seg.⁴³² Dette kan for eksempel innebære at domfelte under møtet får mulighet til å be om unnskyldning eller at noen av tiltakene går på å reparere den skade gjøre fornærmede har lidt. Å be om unnskyldning kan være et behov domfelte har, men også for fornærmede kan en unnskyldning dekke et behov.

7.5 De ulike hensynene ungdomsstraff kan ivareta

Konfliktrådsloven § 19 første ledd vil inneholde eksempler på ulike tiltak ungdomsplanen kan omfatte. Disse tiltakene gjenspeiler at reaksjonen er ment å ivareta ulike hensyn.

Ungdomsplanen kan for eksempel gå ut på å yte ikke-økonomisk kompensasjon til den som er påført skade, jf. § 19 første ledd bokstav a. Ikke-økonomisk kompensasjon vil være tiltak av gjenopprettende karakter, og kan gjøre at domfelte tar ansvar for sine handlinger. Også bokstav d som går ut på å utføre samfunnsnyttig arbeid, kan gjøre domfelte mer ansvarlig. Et slikt tiltak kan også virke reintegrerende, ved at domfelte får utføre meningsfylt arbeid i samfunnet, hvor positive sider av domfelte kan komme frem og at han eller hun får en følelse av å kunne bidra med noe. Av bokstav e fremgår det at planen kan gå ut på å overholde bestemmelser om oppholdssted, arbeid eller opplæring, noe som kan virke reintegrerende eller rehabiliterende. Andre eksempler på tiltak som kan virke rehabiliterende, er deltakelse i kriminalitetsforebyggende program eller andre tilsvarende tiltak og opphold på institusjon eller annen behandling som står i § 19 bokstav b og c.⁴³³ Også bokstav f om møte for politi eller kriminalomsorg, hvor det kan finne sted fremtidsrettede samtaler, bokstav g om avholdelse fra rus og bokstav h som gjelder bestemmelser om innetid, kan ha forebyggende karakter og dermed hindre nye lovbrudd. Etter bokstav i kan det fastsettes tiltak om at domfelte må unngå kontakt med bestemte personer. I forarbeidene utdypes det at dette kan være et virkemiddel for å beskytte fornærmede i saken, men at det også kan benyttes for å holde domfelte unna et belastende miljø, og dermed virke rehabiliterende.⁴³⁴ De tiltakene som her er nevnt, viser at ungdomsstraff kan ivareta ulike hensyn, og på grunn av at andre tiltak også kan fastsettes, vil reaksjonen være egnet til å møte ulike barns behov.

⁴³² NOU 2008: 15 punkt s.152 og s.153.

⁴³³ NOU 2008: 15 s. 148.

⁴³⁴ Prop 135 L (2010–2011) s. 175.

Både hensynet til reintegrering og at domfelte skal lære å ta ansvar for sine handlinger, er sentrale hensyn som ungdomsstraff er ment å skulle ivareta.⁴³⁵ Disse hensynene vil være viktige når det vurderes hva som er til barnet beste etter barnekonvensjonen artikkel 3. At også andre tiltak kan fastsettes, gjør at reaksjonen i stor grad kan tilpasses det konkrete barnets beste. Ungdomsstraff kan også oppfylle andre krav i barnekonvensjonen. At det blir tilgjengelig en reaksjon som kan benyttes i mer alvorlige saker enn samfunnsstraff, gjør at frihetsberøvelse kan unngås i flere saker hvor barn begår alvorlige lovbrudd, slik at barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b om å benytte frihetsberøvelse som siste utvei, kan ivaretas bedre enn tidligere. Som gjennomgangen av de grunnleggende prinsippene ved straff av barn i punkt 3.3 viser, er det at reaksjonen skal hjelpe barnet å utvikle ansvarsfølelse og respekt for andres menneskerettigheter og frihet i større grad, et viktig prinsipp etter artikkel 40 nr. 1. Dette samme gjelder hensynet til reintegrering. Ungdomsstraffen skal være forholdsmessig, noe også barnekonvensjonen vektlegger.⁴³⁶ Ungdomsstraff kan derfor på mange måter sies å imøtekomme de kravene som oppstilles i barnekonvensjonen og reaksjonen skal ivareta de grunnleggende hensynene til barnet.

At hensynet til barnet blir ivaretatt, er helt klart både i barnets og samfunnets interesse. Samtidig kan det også være behov for å ivareta de strafferettslige hensynene som er gjennomgått i kapittel 2, når barn begår alvorlige lovbrudd.

I utgangspunktet er det ikke noe i veien for at ungdomsstraff kan ivareta flere av de strafferettslige hensynene. Barn og straff-utvalget gir i forarbeidene uttrykk for at utgangspunktet for reaksjonen, er at samfunnet må markere overfor den unge at den straffbare handlingen ikke aksepteres.⁴³⁷ Reaksjonen skal derfor føles som straff og kan være inngripende og tøff å gjennomføre for domfelte, og den subsidiære fengselsstraffen og gjennomføringstiden skal gjenspeile straffenivået på den aktuelle typen forbrytelse, jf. straffeloven § 28c annet ledd bokstav b og konfliktrådsloven § 19 annet ledd. Ettersom ungdomsstraff kan tilpasses den enkelte domfeltes behov, sakens karakter og gjennomføringstiden kan tilpasses lovbruddets art, jf. straffeloven § 28c annet ledd bokstav a,

⁴³⁵ NOU 2008: 15 s. 153.

⁴³⁶ Se punkt 3.3, NOU 2008: 15 s. 152. og Prop 135 L (2010–2011) s. 174.

⁴³⁷ NOU 2008: 15 s.152.

er det derfor ingen grunn til at ikke straffereaksjonen skal kunne ivareta hensynet til forholdsmessighet og rettferdighet selv ved alvorlige lovbrudd. At forholdsmessighet er et hensyn som ble vektlagt under utformingen av ungdomsstraff, støttes av at Barn og straffutvalgte ga uttrykk for at selv om rehabiliteringshensyn kan tilsi en mildere straffereaksjon enn ungdomsstraff, kan det på grunn av lovbruddets grovhet vurderes å idømme ungdomsstraff.⁴³⁸

Som nevnt burde ungdomsstraff også kunne ivareta hensynet til allmennprevensjon, i den grad strenge straffe kan gjøre det.⁴³⁹ At ungdomsstraff idømmes gjennom en vanlig straffesak, slik at gjerningspersonen må gjennom en ubehagelig retts sak, og at det er snakk om alvorlige lovbrudd som det i seg selv kan være stigmatiserende å bli forbundet med å ha begått, støtter også dette. Av rettsregelen som oppstilles av Høyesterett i Rt. 2010 s. 1313, følger det at vilkåret i straffeloven § 28a første ledd bokstav b, bare utelukker bruk av samfunnsstraff dersom hensynet til allmennprevensjon ikke i tilfredsstillende grad kan ivaretas ved en reaksjon i frihet.⁴⁴⁰ Det samme må gjelde for vurderingen etter det lignende vilkåret i straffeloven § 28c.

Hensynet til samfunnsvern kan nok i enkelte tilfeller være vanskelig å ivareta uten frihetsberøvelse, og i forarbeidene ble det antatt at det i enkelte saker er nødvendig med ubetinget fengsel av hensyn til samfunnsvern. Samtidig er det mulig i å ha som vilkår at domfelte oppholder seg på institusjon eller unngår kontakt med enkelte personer i ungdomsplanen, slik at det vil nok bare være i noen spesielle tilfeller at hensynet til samfunnsvern ikke kan ivaretas med ungdomsstraff.

Når ungdomsstraff skal være en følbart, og forholdsmessig reaksjon som også er inngripende og føles som straff, viser det at lovgiver har vektlagt både hensyn fra gjenopprettende prosess og den tradisjonelle strafferetten. At ungdomsstraff i tillegg til å inneholde elementer fra gjenopprettende prosess, også er ment å ivareta enkelte tradisjonelle strafferettslige hensyn,

⁴³⁸ NOU 2008: 15 s.149.

⁴³⁹ Punkt 7.3.2.

⁴⁴⁰ Punkt 4.2.2.

kan være positivt. Kathleen Daly har kritisert fokuset på forskjellene mellom tradisjonell strafferett og gjenopprettende prosess, og hun mener denne karakteristikken er en misledende fordi den er forenklet og upresis.⁴⁴¹ Hun har observert at ulike reaksjoner basert på gjenopprettende prosess inneholder elementer fra den tradisjonelle strafferetten, i form av streng irettesettelse for begåtte lovbrudd, og hun mener at prinsipper om gjengjeldelse og gjenoppretting er avhengige av hverandre.⁴⁴² Etter hennes mening må det en viss korreksjon til for at en lovbrøyer skal kunne reintegreres i samfunnet. Heller ikke Zehr mener at gjenopprettende prosess står i noen motsetning til gjengjeldelse, fordi begge de to teoriene har som mål å oppnå rettferdighet ved å gjenopprette balanse etter et lovbrudd.⁴⁴³ Forskjellen ligger i hvordan balansen skal gjenvinnes.⁴⁴⁴ Ungdomsstraff er en reaksjon som kan sies å inneholde både korreksjon og gjenopprettende elementer, akkurat slik Daly har observert at gjenopprettende reaksjoner ofte gjør. Dette gjør at reaksjonen muligens kan ivareta både enkelte strafferettslige hensyn og hensynet til barnet beste.

7.6 De ulike hensynene som har hatt betydning ved utformingen av ungdomsstraff

Av det som er gjennomgått i dette kapitlet, fremgår det at mange ulike hensyn har hatt betydning ved utformingen av ungdomsstraff. De grunnleggende hensynene bak reaksjonen er hensynet til individualprevensjon i form av rehabilitering og reintegrering og hensynet til barnets beste. De strafferettslige hensyn har også innvirket på utformingen av reaksjonen, noe som ikke er overraskende når det er snakk om en straff som skal benyttes ved alvorlige lovbrudd. Hensynet til forholdsmessighet og rettferdighet kan sies å ha hatt betydning for utformingen. Mens hensynet til allmennprevensjon har hatt betydning for grensene for når ungdomsstraff kan idømmes.

⁴⁴¹ Kathleen Daly, "Restorative justice: The real story" i *A Restorative Justice Reader*, second edition, Oxon 2012, s. 357–373 (s. 357).

⁴⁴² Daly (2013) s.358.

⁴⁴³ Zehr (2008) s. 81.

⁴⁴⁴ *ibid.*

8 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Som det fremgår av denne avhandlingen har det skjedd flere tilpasninger gjennom lovgivning og rettspraksis til straff av barn. Utviklingen går helt klart i riktig retning, med flere alternative straffer til ubetinget fengsel og mulighet til å vektlegge konkrete behov, rehabilitering og reintegrering i større grad enn for noen år tilbake.

Det som er gjennomgått i denne avhandlingen viser at det ikke er noen ensartet oppfatning av hvilke reaksjon barn i konflikt med loven skal møtes med. Oppfatningen varierer mellom de ulike aktørene og fra sak til sak. Generelt er det liten oppfatning av barn som begår alvorlige lovbrudd som så farlige for samfunnet at det er nødvendig med forvaring.

En mer utbredt oppfatning er at lovbrudd begått av barn er et produkt av rasjonelle valg og at straffen skal være rettferdig å ha en allmennpreventiv effekt. På grunn av regelen som Høyesterett oppstiller i Rt. 2010 s. 1313, skal det mer til før ubetinget fengsel kan idømmes ut fra hensynet til allmennprevensjon i saker med barn enn med voksne. I de sakene der ubetinget fengsel blir idømt med begrunnelse i hensynet til allmennprevensjon, ser det ut til at retten mener det er nødvendig enten på grunn av lovbruddets karakter, eller fordi straffen ellers vil bli uforholdsmessig mild. Dette tyder på at det er en oppfatning av at straffen må være forholdsmessig for å ha allmennpreventiv effekt. En slik oppfatning finnes det tegn til både i forarbeidene til lovendringer om straff av barn og i konkrete saker. Når forholdsmessighet vektlegges i rettens vurderinger trekkes også hensynet til utvist skyld inn. Disse hensynene gjør at vurderingen kan tilpasses barn, men på et eller annet punkt blir det etter gjeldende rett nødvendig med ubetinget fengsel ut fra hensynet til allmennprevensjon. Likevel er det tilfeller hvor hensynet til barnet, dets behov og mulighetene for rehabilitering blir så påtrengende at disse hensynene får avgjørende betydning på bekostning av hensynet til allmennprevensjon.⁴⁴⁵ Særskilte forhold rundt barnet kan altså gjøre at andre tungtveiende strafferettslige hensyn må vike selv om lovbruddet i seg selv er svært alvorlig.

⁴⁴⁵ Rt. 2004 s. 327 og Rt. 2000 s. 822 som er nevnt i punkt 4.3 og 4.4.2.

Både i Høyesteretts dommer og i forarbeidene er det lite tegn til vurderinger av hvilken betydning ung alder har for den allmennpreventive effekten. Et problem med måten allmennprevensjon benyttes i saker med barn, er at lovgiver og domstol ofte motiveres normativt av hensynet. Hensynet legges til grunn som begrunnelse for et standpunkt, uten at det er synlig hvilke vurderinger som er foretatt. Samtidig benyttes allmennprevensjon i stor grad for å rettferdiggjøre at det idømmes strengere straffer, og dermed som en slags legitimering av streng straff når andre hensyn taler imot. Når hensynet benyttes for å legitimere et standpunkt, er det problematisk at forhold som taler imot å tillegge hensynet en slik betydning ikke vurderes klarere. En begrunnelse for at hensynet til allmennprevensjon ofte legges til grunn uten at det vurderes hvorvidt det kan legitimere strengere straffer i saker med barn, kan være at det allerede har en så befestet posisjon i norsk rett, at det er en generell oppfatning at det er legitimt å benytte hensynet på denne måten.

Selv om bruken av hensynet til allmennprevensjon kan kritiseres, er det fordeler med at loven åpner for utstrakt bruk av ulike hensyn under straffespørsmålet. På denne måten kan domstolene tilpasse straffen i konkrete saker. Samtidig som domstolen kan idømme en passende straff i hver sak, vil de ulike hensynene kunne gi en viss form for forutsigbarhet. Om domstolene utelukkende skulle fokusere på konkrete formidlende eller skjerpene momenter, ville det kunne blitt svært ulike straffer i tilnærmet like saker. For å ivareta likhetsprinsippet og forutberegneligheten, vil særlig de strafferettslige hensynene kunne være viktige, mens hensyn som retter seg mot den enkelte lovbrøyer er viktige for rettferdige og rimelige straffer. Men selv om ulike strafferettslige hensyn kan være nyttige under straffutmålingen, mener jeg det er grunn til å være varsom med hvordan hensynet til allmennprevensjon benyttes i konkrete saker når barn begår lovbrudd.

Hensynet individualprevensjon og barnets beste, har fått økt vekt på bekostning av hensynet til allmennprevensjon og andre strafferettslige hensyn. Noe som er i tråd med grunnprinsippene for straff av barn som er angitt i barnekonvensjonen.⁴⁴⁶

Barnekonvensjonens rolle, og da særlig artikkel 3 er svært viktig under straffespørsmålet. En av grunnene til at bestemmelsene i konvensjonen er viktig, er at de får frem barnets interesser

⁴⁴⁶ Punkt 3.3.

i saker hvor samfunnet stort sett står fritt til å definere hvilke hensyn som skal vektlegges, og hvilke vekt disse skal ha. En virkning av at konvensjonen i større grad tas i betraktning, er at bestemmelsene, kan utfordre de gjeldende paradigmen om straff av barn.

For at de særskilte hensynene som gjør seg gjeldende når barn begår lovbrudd skal kunne ivaretas, er det viktig at det er tilgjengelig alternative straffereaksjoner beregnet for barn. Ved vedtakelsen av ungdomsstraff, får også det gjenopprettende paradigmet større plass når barn begår alvorlige lovbrudd. Vedtakelsen av ungdomsstraff er i denne sammenhengen meget viktig. Samtidig er det ikke gitt at denne reaksjonen løser alle problemer. Det vil fremdeles kunne være saker hvor barn har begått alvorlige lovbrudd, hvor ungdomsstraff ikke er like egnet. Ut fra erfaringer fra forskning og prøvereaksjoner, ble det i forarbeidene til reglene om ungdomsstraff, antatt at ungdomsstraff vil være mest effektiv når den benyttes for høyrisikokriminelle. Dette vil si de barna som ved kartlegging viser seg å ha et høyt problemnivå.⁴⁴⁷ For barn med lavt risikonivå vil straffereaksjonen kunne øke problematferden.⁴⁴⁸

Noen av de dommene som er gjennomgått ovenfor, omhandler alvorlige lovbrudd hvor domfelte ikke kan sies å falle i gruppen "høyrisikokriminelle".⁴⁴⁹ I slike saker vil valget da stå mellom ungdomsstraff og ubetinget fengsel, som begge kan øke problematferden. Ettersom ungdomsstraff på mange måter kan tilpasses den enkelte domfelte, kan det likevel tenkes at dette ikke vil bli noe problem. Uansett hvordan dette løses i praksis, kan ungdomsstraff sies å være et etterlenget tiltak for barn som begår alvorlige lovbrudd, og det vil bli spennende å se hvordan de ulike grensene trekkes opp i rettspraksis.

Den kanskje viktigste forskjellen mellom ungdomsstraff og de øvrige straffereaksjonene, er at mens de andre reaksjonene som er egnet ved alvorlige lovbrudd, tar utgangspunkt i straff av voksne og de tradisjonelle hensynene, og så må tilpasses barn som begår lovbrudd, tar ungdomsstraff utgangspunkt i de særskilte hensynene som gjør seg gjeldende når barn begår

⁴⁴⁷ NOU 2008: 15 punkt s.149.

⁴⁴⁸ NOU 2008: 15 punkt s.149.

⁴⁴⁹ Se Rt. 2012 s. 34, Rt. 2011 s. 774 og muligens Rt. 2010 s. 1317.

lovbrudd, men likevel slik at de ulike hensynene som gjør seg gjeldende ved alvorlige lovbrudd, i mange tilfeller kan ivaretas. Denne forskjellen gjør at ungdomsstraff muligens kan balansere de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i større grad enn de øvrige straffereaksjonene.

Antall ord i avhandlingen: 37 643

9 KILDER

Lover

Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov 6. juni 1896 om behandling av forsømte børn (vergerådsloven).

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

Almindelig borgelig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (Straffeloven).

Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern.

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

Vegtrafikklov 18. juni 1965 nr. 4 (vegtrafikkloven).

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergang i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 12. juni 1987 nr. 51.

Lov 15. mars 1991 nr. 3 om megling i konfliktrådet (konfliktrådsloven).

Lov 15. mars 1991 nr. 4

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 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).

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

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Lov 25. juni 2010 nr. 46.

Lov 20. januar 2012 nr. 6 om endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

Forarbeid og publikasjoner fra offentlige organer

Rapport om økt bruk av konfliktråd, 30. september 2011, utgitt av Justis- og beredskapsdepartementet.

Norges Fjerde rapport til FNs komité for barnets rettigheter-2008.

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbeidet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896.

NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner.

NOU 2003: 18 Rikets sikkerhet.

NOU 2002: 4 Ny straffelov.

NOU 2008: 15 Barn og straff.

Ot.prp.nr.56 (1989–1990).

Ot.prp.nr.72 (1989–1990).

Ot.prp.nr.44 (1991–1992).

Ot.prp. nr. 5 (2000–2001).

Ot.prp.nr.66 (2001–2002).

Ot.prp. nr. 45 (2002–2003).

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004).

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009).

Prop. 97 L (2009–2010)

Prop.135 L (2010–2011).

Innst.O.nr.60 (2000–2001).

Innst.O.nr.73 (2008–2009).

Rettspraksis

Tingrettspraksis

TOSLO-2009-126711.

Lagmansrettspraksis

LF-2003-3490.

RG 2008 s. 20.

LB-2009-186076.

LG-2011-90404.

LE-2012-98040.

Høyesterettspraksis

Rt. 1977 s. 1207.

Rt. 1985 s. 912.

Rt. 1992 s. 833.

Rt. 1993 s. 833.

Rt. 1994 s. 346.

Rt. 1994 s. 621.

Rt. 1999 s. 1898.

Rt. 2000 s. 646.

Rt. 2000 s. 822.

Rt. 2002 s. 557.

Rt. 2002 s. 742.

Rt. 2003 s. 359.

Rt. 2003 s. 1827.

Rt. 2004 s. 610.

Rt. 2004 s. 804.

Rt. 2005 s. 29.

Rt. 2005 s. 573.

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2006 s. 641.

Rt. 2007 s. 252.

Rt. 2007 s. 1746.

Rt. 2007 s. 791.

Rt. 2009 s. 321.

Rt. 2009 s. 324.

Rt. 2009 s. 903.

Rt. 2009 s. 1261.

Rt. 2010 s. 669.

Rt. 2010 s. 1313.

Rt. 2010 s. 1317.

Rt. 2011 s. 34.

Rt. 2011 s. 206.

Rt. 2011 s. 1428.

Rt. 2011 s. 775.

Rt. 2011 s. 1717.

Rt. 2012 s. 1051.

Rt. 2012 s. 1695.

Rt. 2012 s. 1985.

Rt. 2013 s. 67.

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (menneskerettskonvensjonen).

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (barnekonvensjonen).

The European Union's Charter 18 December 2000 of Fundamental Rights.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.

Dommer fra EMD

EMDs dom 8. juni 1976 Engel med flere mot Nederland.

EMDs dom 6. juli 2010 Neulinger og Shuruk mot Sveits.

EMDs dom 28. juni 2011 Nunez mot Norge.

EMDs dom 7. februar 2012 Von Hannover mot Tyskland.

FNs barnekomité

General Comment No. 5, 27 November 2003, General measures of implementation of the Convention on the rights of the child.

FNs barnekomité, General Comment No. 10, 25 April 2007, Children's rights in Juvenile Justice.

Andre internasjonale kilder

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice 29 November 1985 (Beijing Reglene).

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty 14 December 1990 (Havana reglene eller JDL-reglene).

United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency 14 December 1990 (Riyhadh retningslinjene).

Litteraturliste

- Andenæs (1990a) Andenæs, Johs., "Straff og almenprevensjon" i *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, (Oslo 1990) s. 44–83.
- Andenæs (1990b) Andenæs, Johs., "Ethiske problemer ved almenprevensjonen" i *Festskrift til folketingets ombudsmand Stephan Hurwitz*, Jon Palle Bull (red.) (København 1971) s. 31–54. Her er Johs. Andenæs, *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, (Oslo 1990) s. 92–103 benyttet.
- Andenæs (1996a) Andenæs, Johs., "Straff og lovlidighet" i *straffen som problem*, (Gjøvik 1996) s. 49–63.
- Andenæs (1996b) Andenæs, Johs., "Skyld som straffbarhetsvilkår", i *straffen som problem*, (Gjøvik 1996) s. 87–97.
- Andenæs (1997) Andenæs, Johs., "Prevensjon og rettferdighet i straffeutmålingen" i *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, 70 år*, Magnus Aarbakke, Viggo Hagstrøm og Peter Lødrup (red.) (Oslo 1997) s. 11–21.

- Andenæs (2010) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5 utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn (Oslo 2010).
- Bernt og Doublet (2008) Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister- En innføring* (Bergen 2008).
- Bernt (1995) Bernt, Jan Fridthjof, " Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter", *Kritisk juss*, 1995 s. 10–36.
- Braithwaite (2002) Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation* (New York 2002).
- Christie (1977) Christie, Nils, "Konflikt som eiendom", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1977 s. 113–132.
- Christie (1982) Christie, Nils, *Hvor tett er et samfunn* (Oslo 1982).
- Christie (1996) Christie, Nils, *Pinens begrensning* (Oslo 1996).
- Christie (2004) Christie, Nils, *En passende mengde kriminalitet* (Oslo 2004)
- Daly (2013) Daly, Kathleen, "Restorative justice The real story" i *A restorative justice Reader*. Gerry Johnstone (editor) Second edition (Oxon 2013) s. 357–373.
- Detrick (1999) Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights Child* (Nederland 1999).
- Ericsson (1996) Ericsson, Kjersti, *Forsømt eller forbryterske* (Oslo 1996).
- Eriksen (2007) Eriksen, Mortens "The fair balance - overgrepsofrene og menneskerettigheter", *Lov og Rett*, 2007 s. 46–54.
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 2. utgave (Oslo 2006).
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Steinar, "Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett", *Jussens Venner*, 2011 s. 37–64.
- Fornes (2012) Fornes, Ingun, "Bruk av samfunnsstraff overfor barn nye tendenser i Høyesterettspraksis", *Lov og Rett*, nr. 2 2012 s. 87–103.

- Graham (2010) Graham, John, "Responding to youth crime" i *A New Response to Youth Crime*, David J. Smith (editor) (Devon 2010) s. 104–143.
- Haugli (2012) Haugli, Trude, "Hensynet til barnets beste" i *Barnekonvensjonen, Njål Høstmælingen*, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2012) s. 51–72.
- Jacobsen (2004a) Jacobsen, Jørn RT, *Menneskevern eller menneskeverd* (Oslo 2004).
- Jacobsen (2004b) Jacobsen, Jørn RT, "Diskusjon om allmennprevensjonen sin faktiske verknad" *Tidsskrift for strafferett*, 2004 s. 394–438.
- Jacobsen (2004c) Jacobsen Jørn RT, "Allmennprevensjon og straff", *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2004 s. 311–321.
- Kjønstad (2006) Kjønstad, Asbjørn, "Reelle hensyn som rettskilde", i *Dog Fred er ej det Bedste. Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 357.
- Larsen (2012) Larsen, Mette Yvonne, "Rettigheter for barn i konflikt med loven" i *Barnekonvensjonen, Njål Høstmælingen*, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2012) s. 140–156.
- London (2012) London, Ross, "A new paradigm arises" i *A Restorative Justice Reader*, Gerry Johnstone (editor) second edition (Oxon 2012) s. 5–12.
- Nygaard (1982) Nygaard, Nils, "Grenser mellom rett og urett ved moralstøttande og moralnøytrale straffebod" i *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs 70 år*, Anders Bratholm, Nils Christie og Torkel Opsahl (red.) (Oslo 1982) s. 233–243.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004).
- Mathiesen (2007) Mathiesen, Thomas, *Kan fengsel forsvares*, (Oslo 2007).

- McAra (2010) McAra, Lesley, "Models of youth justice" i *A New Response to Youth Crime*, David J. Smith (editor) (Devon 2010) s. 287–318.
- McCold (2010) McCold, Paul "What Is The Role of Community In Restorative Justice Theory And Practice?" i *Critical Issues in Restorative Justice*, Barb Toews and Howard Zehr (editor) (London 2010) s. 155–173.
- Ryssdal (2007) Ryssdal, Anders, "Den allmenne rettsfølelse-veiviser eller villeder i strafferetten" *Advokatforeningens årstale*, 2007.
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse" i *Nybrott og odling festschrift til Nils Nygaard, 70 år*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.) (Bergen 2002) s. 323–343.
- Smith (2010) Smith, David J, "The need for a fresh start" i *A New Response to Youth Crime*, David J. Smith (editor) (Devon 2010) s. 1–17.
- Smith (2010) Smith, David J, "Changing patterns of youth" i *A New Response to Youth Crime*, David J. Smith (editor) (Devon 2010) s. 17–54.
- Smith (2012) Smith, Lucy, "FNs konvensjon om barnets rettigheter" i *Barnekonvensjonen*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) (Oslo 2012) s. 17–30.
- Strandbakken og Matningsdal (2004) Strandbakken, Asbjørn og Matningsdal, Magnus, " Straffenivå straffeteorier i norsk strafferett 2001", *Jussens Venner*. 2004 s.1.
- Unicef (2007) Unicef, *Implementation handbook for the convention on the rights of the child*, Third edition, (Switzerland 2007).
- Van Bueren (1995) Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child* (Nederland 1995).
- Van Bueren (2006) Van Bueren, Geraldine, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 40 Child Criminal Justice*, (Nederland 2006).

- Vogt (2012) Vogt, David C., "The aims of restorative justice" i *Restorative Justice and Criminal Justice*, Linda Gröning and Jørn Jacobsen (editor) (Sweden 2012) s. 21–41.
- Walker (2013) Walker, Lorenn, "Restorative Justice: Definition and purpose" i *Restorative Justice Today*, Katherine S. Wormer and Lorenn Walker (editor) (United States of America 2013)
- Zehr (2008) Zehr, Howard, *gjenoprettende ret*, (København 2008).

Kilder fra internett

http://www.rb.no/bil/trafikkens_unge_ofre/article5007138.ece.