



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Ungdomsstraff

Er barns rettssikkerhet ivaretatt ved idømmelse og fastsetting av ungdomsstraff?

Anette Lindberg Paulsen

Masteroppgave i Rettsvitenskap. JUR-3902-1. Vår 2020.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet	2
1.2	Avgrensning og presisering	3
1.3	Begrepsavklaring	4
1.3.1	Straff og straffereaksjoner.....	4
1.3.2	Ungdomsstraff og restorative justice/gjenopprettende prosess.....	6
1.3.3	Innholdet i ungdomsstraffen: ungdomsstormøte og ungdomsplan.....	8
1.3.4	Barnets beste	9
1.3.5	Rettsikkerhet og rettsikkerhetsprinsipper	10
1.4	Rettskildebilde og metode.....	13
1.5	Avhandlingens videre fremstilling.....	14
2	Vilkårene for ungdomsstraff.....	14
2.1	Ungdomsstraffens aldersavgrensning	15
2.2	Lovbruddets nedre grense	20
2.2.1	Alvorlig kriminalitet	21
2.2.2	Gjentatt kriminalitet.....	24
2.3	Samtykke- og bostedskriteriet.....	26
2.3.1	Samtykketkriteriet.....	26
2.3.2	Bostedskriteriet	29
2.4	Ungdomsstraffens øvre grense.....	31
3	Fastsettelse av ungdomsstraff.....	35
3.1	Straffens lengde og konsekvenser ved brudd.....	36
3.2	Konfliktrådsloven kapittel IV	39
3.3	Klageadgang	41
4	Er rettsikkerheten ivaretatt?.....	42
4.1	Utfordrende momenter ved vilkårene for idømmelsen av ungdomsstraff.....	43

4.2	Utfordringer ved fastsetting av ungdomsstraff	46
4.3	Avsluttende bemerkninger:	50
	Referanseliste	51

1 Innledning

Fengsel kan for barn virke som

«[...] en sjokkartet opplevelse, som bidrar til å bryte ned selvrespekten og redusere mulighetene til et framtidig liv innenfor dette samfunnets rammer.»¹

Dette ble uttalt av justisdepartementet i forkant av at Stortinget hevet den kriminelle lavalder fra 14 til 15 år i 1987, som trådte i kraft 1. januar 1990.²

Det kan sies å eksistere en oppfatning om at barn ikke bør sitte i fengsel, men det er ikke alltid er mulig å unngå fengselsstraff – selv for unge lovbytere. Ved valg av straffereaksjon for barn og ungdom bør det imidlertid finnes andre alternativer til ubetinget fengselsstraff;

«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 lovbytere. 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.»³

Dette er et sitat fra dommer Lund i dissens i HR-2004-860-A som begrunnelse for hans valg av samfunnsstraff som straffereaksjon fremfor ubetinget fengsel, som også fikk tilslutning av dommer Gussgard og Aasland.

Noen år senere kom en avgjørelse fra Høyesterett HR-2010-1849-A som la om praksisen for bruk av samfunnsstraff utover hva som fulgte tidligere rettspraksis, det ble åpnet for utvidet bruk av straffereaksjonen for mindreårige lovbytere. Bakgrunnen for omleggingen var todelt, dels for å «forskuttere» straffeloven⁴ § 33 om begrenset bruk av ubetinget fengselsstraff for

¹ Ot.prp.nr.50 (1988-1989) s. 8.

² Lov 12. juni 1987 nr. 51 om endringer i straffeloven m.m. (heving av den kriminelle lavalder).

³ HR-2004-860-A avsnitt 25.

⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter omtalt straffeloven eller strl.)

unge lovbrytere, og dels for å imøtekomme de føringer som barnekonvensjonen⁵ gir.⁶ Avgjørelsen fra 2010 ble senere fulgt opp av Høyesterett i en rekke avgjørelser.⁷

Norge har fått kritikk av FNs barnekomite og andre FN-organer vedrørende håndtering av barn som lovbrytere.⁸ Fengsel er belastende for barn, særlig i deres viktige utviklingsfase. Barn er lett påvirkelige i forhold til hvilket miljø de er i, og undersøkelser har vist at et stort antall barn som har sonet fengselsstraff, begår ny kriminalitet senere.⁹

Som et forsøk for å imøtekomme kritikken eller løse utfordringen, trådte den en ny straffart i kraft 1. juli 2014 – ungdomsstraff. Denne gir domstolen adgang til å idømme ungdomsstraff etter nærmere fastsatte vilkår. Det var første gang på 20 år at Norge fikk en ny straffart, noe som tyder lovgivere tar kritikken og problematikken på alvor. Den nye straffereaksjonen er imidlertid ikke helt uproblematisk, noe avhandlingen også vil peke på.

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Under Bergen Lecture høsten 2019 deltok jeg på et foredrag med Ton Liefgaard fra Leiden University i Nederland som omhandlet barns rettigheter i straffeprosessen. Det var på dette tidspunkt at jeg ønsket å undersøke nærmere hvorvidt barns rettssikkerhet blir tilstrekkelig ivare tatt i strafferetten/straffeprosessen. Barn er en spesielt sårbar gruppe, som trenger voksne som kan ivareta dem og et straffesystem som ivaretar deres rettssikkerhet.

I en artikkel publisert på forkning.no 18. juni 2016 uttaler Morten Holmboe førsteamanuensis ved Politihøgskolen at;

⁵ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (BK) som gjelder som norsk lov og skal ha forrang ved motstrid etter lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheter i norsk rett (menneskerettsloven) § 3

⁶ HR-2013-143-A avsnitt 14.

⁷ Blant annet i HR-2010-1850-A, HR-2011-356-A, HR-2012-109-A og HR-2012-1695-A.

⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 14.

⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s.12, punkt 2.1.

«Konfliktrådene ivaretar ikke rettssikkerheten til unge som blir dømt til ungdomsstraff».¹⁰

Denne uttalelsen, samt artikkelen i sin helhet, har vært til inspirasjon ved utformingen av problemstillingen i denne avhandlingen.

Avhandlingens problemstilling er som følger;

«er barns rettssikkerhet er ivaretatt ved idømmelsen og fastsettingen av ungdomsstraff?».

Ved å gjøre rede for bestemmelsene i straffeloven og konfliktrådsloven¹¹, hvor fokuset er på barns rettssikkerhet sett opp mot rettssikkerhetsprinsippene legalitetsprinsippet, forutsigbarhet og analogiforbudet samt prinsippet om at domstolene er de som avgjør straffen, så vil avhandlingen forsøke å svare på denne problemstillingen.

Som en ny straffart så er tilgangen til litteratur og Høyesterettspraksis begrenset.

Underrettspraksis fremstår også noe tilfeldig og sprikende på enkelte områder. Det vil på bakgrunn av dette, sammenholdt med at det er få avhandlinger på området – gjøre det til et aktuelt tema i min masteroppgave.

1.2 Avgrensning og presisering

Slik avhandlingens problemstilling er utformet, er avgrensningen i stor grad allerede gjort. På bakgrunn av at problemstillingen tar for seg rettssikkerheten ved idømmelsen og fastsettingen av ungdomsstraff, vil det ikke redegjøres for konsekvensene ved brudd under gjennomføringen av straffen.

Ungdomsoppfølging som er lik ungdomsstraff med tanke på innhold, men som benyttes på mindre alvorlige lovbrudd, og kan gis av påtalemyndigheten der straffeskyld anses bevist, jf.

¹⁰ Holmboe (2016).

¹¹ Lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (heretter omtalt som konfliktrådsloven eller konfrådl.)

strpl.¹² § 71a første og annet ledd, vil ikke vil blir behandlet. Ei heller de andre straffereaksjonene som kan benyttes overfor barn/ungdom – de vil kun tjene som eksempler underveis. Adgangen til å varetaktsfengsle ungdom etter strpl. § 174 vil heller ikke bli tematisert i avhandlingen.

Oppgaven vil i all hovedsak fokusere på nasjonal lovgivning, selv om internasjonal rett og rettspraksis vil bli nevnt. Det vil dermed ikke gjøres en fullstendig redegjørelse av internasjonale rettskilder.

Etter nasjonal¹³ og internasjonal rett¹⁴ er man «barn» og «mindreårig» til fylte 18 år. Samtidig er barn etter norsk strafferett er strafferettslig tilregnelig etter fylte 15 år, jf. strl. § 20 bokstav a. Lovbryterne er altså over den kriminelle lavalder samtidig som er under myndighetsalder. Ungdom, mindreårig, barn og unge lovbrøtere vil være begreper som blir brukt om hverandre om denne gruppe barn (mellom 15-18 år) videre i avhandlingen.

1.3 Begrepsavklaring

Det vil under dette punkt bli redegjort for begreper som går igjen i løpet av avhandlingen. Disse er straff og straffereaksjoner, ungdomsstraff og restorative justice, ungdomsmøte og ungdomsstraff og barnets beste. Sentrale rettssikkerhetsprinsipper på strafferettens område vil også bli kommentert særskilt helt til slutt.

1.3.1 Straff og straffereaksjoner

Straff er ikke definert i straffeloven, men Andenæs har definert det slik:

¹² Lov 22. mai 1981 nr. 25 lov om rettergangsmåten i straffesaker (heretter forkortet til straffeprosessloven eller strpl.)

¹³ Lov 26. mars 2010 nr. 8 om vergemål (vergemålsloven) § 2 bokstav a og § 8 og lov 17 juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven) § 1-3.

¹⁴ Jf. BK art. 1

*«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som en onde».*¹⁵

Høyesterett har senere gjengitt definisjonen til Andenæs som dekkende for straffeinstituttet.¹⁶ Det er derimot en oppfatning i dag at å «påføre et onde» ikke er formålet i seg selv, men heller å styre borgerne i en retning hvor de følger påbud og forbud.¹⁷

Tidligere var det sagt at årsaken til at staten straffet var på bakgrunn av prevensjon, samt for å gjengjelde krenkelsen som lovbruddet representerer. Lovgiver har imidlertid uttalt at gjengjeldelse ikke kan være straffens formål, men at det bygger på prevensjon som har et dobbelt formål;

*«[...] å forebygge uønsket atferd og å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje».*¹⁸

Straffens tilsiktede virkninger er individualprevensjon (forhindre at den individuelle lovovertrederen skal begå ny kriminalitet senere), allmennprevensjon (motvirke at andre begår kriminalitet) samt bidra til den sosiale ro. Hvordan disse vektet opp mot hverandre ved idømmelsen av ungdomsstraff vil bli behandlet i avhandlingens punkt 2.4.

De ulike straffereaksjonene vi har etter norsk rett er listet opp i strl. § 29 (a) fengsel, (b) forvaring, (c) samfunnsstraff, (d) ungdomsstraff, (e) bot og (f) rettighetstap. Det vil kort redegjøres for de ulike straffartene som vil kunne tjene som eksempler videre i avhandlingen. Ungdomsstraff vil bli redegjort i neste punkt i avhandlingen.

Forvaring er den strengeste straffen som eksisterer i Norge. Det er en tidsbestemt fengselsstraff som benyttes på særlig farlige lovbrøyttere.¹⁹ Etter strl. § 40 kan mindreårige kun idømmes forvaring dersom det foreligger «ekstraordinære omstendigheter». Det må forstås som at terskelen er særdeles høy for å idømme denne straffereaksjonen for unge lovbrøyttere.

¹⁵ Andenæs, Rieber-Mohn, Sæther (2016) s. 9

¹⁶ Rt. 1977 s.1207 på side 1209

¹⁷ Eskeland (2017) s. 41

¹⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77

¹⁹ NOU 2008:15 punkt 6.1.7.8. s. 83.

Fengselsstraff kan kun idømmes dersom det er fastsatt i straffebudet, jf. strl. § 31. Ubetinget fengselsstraff er en av de strengeste straffartene vi har, da det er en frihetsberøvelse for domfelte. I strl. § 33 er det inntatt en begrensning for bruk av ubetinget fengsel for unge lovbrøyttere, hvor det fremgår at ubetinget fengsel kun kan idømmes når det er «særlig påkrevd». Slik som det ble påpekt innledningsvis, er det en oppfatning om at barn ikke bør sone fengselsstraff, med mindre det er «særlig påkrevd».

Etter strl. § 34 har en også betinget fengselsstraff som straffereaksjon, som inngås på visse vilkår med en prøvetid på normalt 2 år. Dette er å anses som mildere enn ubetinget fengsel da straffen ikke avsones i fengsel med mindre vilkårene brytes. Det oppstilles ingen vilkår for når betinget fengselsstraff kan benyttes. Det er derfor opp til domstolene til å vurdere når dette er anvendelig med de retningslinjer Høyesterett har gitt. Domstolene idømmer ofte en mildere straff for ungdom enn hva som ellers er praksis, alder vil derfor være av betydning ved vurderingen om straffereaksjonen skal benyttes på barn.²⁰

I HR-2010-1849-A ble det åpnet for økt bruk av samfunnsstraff for barn under 18 år, dette for å imøtekomme strl. § 33 og internasjonale forpliktelser etter barnekonvensjonen.

Samfunnsstraff er en reaksjon som sones i frihet ved å gjøre nytte for seg i samfunnet i et visst antall timer. Etter strl. § 48 kan samfunnsstraff kun idømmes dersom straffen ville ha kvalifisert til mindre enn 1 års fengsel, dette kan derimot fravikes dersom lovbrøytteren er under 18 år. Samfunnsstraff er derfor en mildere reaksjonsform enn ubetinget fengsel og ungdomsstraff.

Bot er en straffereaksjon som er mildere enn samfunnsstraff igjen. Etter strl. § 53 kan bot ilegges som reaksjon der det er uttrykkelig bestemt i straffebudet.

Videre i nesten punkt vil det redegjøres kort for hva ungdomsstraff er.

1.3.2 Ungdomsstraff og restorative justice/gjenopprettende prosess

Ungdomsstraff er en av de seks strafferettslige reaksjonene vi har i norsk rett, og den eneste som er forbeholdt lovbrøyttere under 18 år, jf. strl. § 52a bokstav a). Straffarten skal være

²⁰ NOU 2008:15 punkt 6.1.7.5.2. s. 75.

alternativ til ubetinget fengselsstraff og strenge samfunnsstraffer.²¹ Straffen avtjenes i frihet med tett oppfølging av konfliktrådet.

Straffarten er ment å ivareta de internasjonale forpliktelsene etter BK art 37 som også er nedfelt i strl. § 33 – som begrenser adgangen til bruk av ubetinget fengsel som straffereaksjon hvor tiltalte er under 18 år.

Begrepet ungdomsstraff er ikke definert i straffeloven, men ut ifra strl. § 52a inneholder straffarten et ungdomsstormøte og ungdomsplan. Ungdomsplanen oppstiller krav til hva domfelte skal gjøre under gjennomføringstiden. Se nærmere om dette under neste punkt.

Straffereaksjonen bygger på prinsippet om «restorative justice».²² Tankegangen vokste opp rundt 1970-tallet og bygger på konfliktløsningstradisjoner fra urfolk.²³ Teorien går ut på å prøve å gjenopprette skaden som er påført ved den kriminelle handlingen, hvor dette best gjennomføres som et samarbeid mellom partene som er berørt.²⁴ Ved bruk av restorative justice i strafferettspleien er det behandling i konfliktrådet som brukes.²⁵

De 4 kjerneverdier som ligger til grunn for restorative justice er;

- «(1) Legge til rette for et frivillig møte mellom offer, gjerningsperson og medlemmer av lokalsamfunnet der en drøfter den kriminelle handlingen og dens ettervirkninger,*
- (2) gjerningspersonen forventes å forplikte seg til å reparere skaden vedkommende har forårsaket,*
- (3) offer og gjerningsperson skal reintegreres som fullverdige, bidragende medlemmer av samfunnet og*
- (4) partene som er direkte involvert i eller berørt av en kriminell handling, får et tilbud om å delta i løsningen av problemet».*²⁶

²¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 108-109.

²² Prop. 135 L (2010-2011) s. 105.

²³ NOU 2008: 15 s. 25.

²⁴ NOU 2008: 15 s. 24.

²⁵ NOU 2008: 15 s. 25.

²⁶ NOU 2008: 15 s. 25

På bakgrunn av dette er gjennomføring av straffereaksjonen tillagt konfliktrådet og ikke til kriminalomsorgen som normalt har ansvaret for straffegjennomføringen. Konfliktrådet har lang erfaring med mekling og innehar kunnskap om tiltak som kan være gjenopprettende.²⁷

I konfliktrådsloven omtales restorative justice som gjenopprettende prosess.²⁸

Gjenopprettende prosess vil videre bli brukt som begrep i avhandlingen ved omtale av prinsippet.

1.3.3 Innholdet i ungdomsstraffen: ungdomsstormøte og ungdomsplan

For å bedre forstå hva ungdomsstraff er og hva det består av vil det være nødvendig å ta en begrepsavklaring på hva ungdomsstormøte og ungdomsplan er, som etter konfrådl. § 22 er straffereaksjonens innhold. Dette gjennomføres etter dom er avsagt, slik som straff generelt. Det som har særlig betydning her er at selve innholdet i straffen, herunder ungdomsplanen, først blir fastsatt etter at dommen er rettskraftig etter strpl. § 50.

Konfrådl. § 24 definerer ikke nærmere hva ungdomsstormøte er, men bestemmelsen må ses i sammenheng med § 25. Etter konfrådl. § 24 skal en ungdomskoordinator påse at relevante parter og aktører er representert i ungdomsstormøte, og oppstiller hvem som er pliktig å møte.

Domfelte og hans verge eller setteverge (jf. konfrådl. § 24 femte ledd) og representant fra politi og kriminalomsorgen skal delta på møtet. Fornærmede har rett til å være tilstede, men er ikke gitt en plikt til å stille. Forsvarer og bistandsadvokat har også anledning til å delta på møtet. Det skal også sikres at aktuelle aktører er tilstede på møtet, herunder for eksempel skole, barnevernet, personer med tilknytning til domfelte o.l. Disse vil kunne bidra med tiltakene i ungdomsplanen.²⁹

Etter konfrådl. § 25 skal det utformes en ungdomsplan under ungdomsstormøte. I bestemmelsen er det listet opp flere tiltak som gir en henvisning til hva en slik plan blant annet skal inneholde, og hvilke krav som stilles av domfelte. Det er altså i ungdomsplanen at vilkårene og restriksjonene i ungdomsstraffen kommer til uttrykk. utfordringen rundt dette er

²⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 112.

²⁸ Prop. 57 L (2013-2014) s. 15

²⁹ Prop. 57 L (2013-2014) s. 90.

at straffens innhold defineres av andre enn den dømmende makt – som vil bli et moment av betydning i avhandlingens punkt 3 og 4.

1.3.4 Barnets beste

Barnets beste er et sentralt prinsipp i norsk rett, og da særlig i barneretten. Prinsippet er hjemlet i Grunnloven³⁰ § 104, jf. BK art. 3 hvor det står;

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

Men i hvilken grad er dette et hensyn som skal vektlegges ved straffutmålingen, og hvilken betydning det har i tilfeller ved vurderingen om ungdomsstraff skal benyttes eller ikke.

Det er kort konstatert i forarbeidene til straffeloven at;

*«Barnets beste skal ivaretas, også ved fastsettelsen av straff».*³¹

Prinsippet vil særlig gjøre seg gjeldende i den skjønsmessige vurderingen av strl. § 52a bokstav d) hvor tyngdepunktet mellom allmennpreventive og individualpreventive hensyn forskyves. Barnets beste trer da i forgrunnen og kan kun settes til side hvor «særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn» taler for en annen straffereaksjon.³² Det er dermed ikke umulig at unge lovbrøyttere blir idømt ubetinget fengselsstraff.³³

I utredningen Barn og straff ble det uttalt at;

«Strafferettspleien er et område som skiller seg ut ved at den type hensyn som er antatt å kunne gå foran hensynet til barnets beste, står særlig sterkt. Behovet for samfunnsvern og rettferdighetsbetraktninger ligger til grunn for strafferettssystemet. Dette er altså et område der motstriden mellom de konkurrerende hensyn i stor grad

³⁰ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814, gitt i riksforsamling på Eidsvoll den 17. mai 1814, slik den lyder etter senere endringer, senest stortingsvedtak av 24. mai 2016 (heretter omtalt som Grunnloven eller Grl.)

³¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 116.

³² Prop. 135 L (2010-2011) s. 100 samt HR-2010-1849-A avsnitt 15.

³³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

vil bli satt på spissen. Det stiller skjerpede krav til de myndigheter og private som er pålagt å ta hensyn til barnets beste i alle handlinger som berører barn.»³⁴

Det kan dermed virke som at det ikke er konkret fastsatt når barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og hvordan hensynet skal vektas i forhold de de strafferettslige hensyn. Det må likevel kunne sies at det skal være et hensyn av betydning, noe som støttes opp av bakgrunnen til ungdomsstraffens opprinnelse.

Men hva er barnets beste? Det finnes ingen «felles og entydig definisjon av begrepet «barnets beste».³⁵ Det vil variere ut ifra kultur (også sannsynligvis forskjellig innad i en kultur, da det er ulike miljøer innad), mellom ulike fagområder, over tid og vil være individuelt for hvert enkelt barn. For å finne ut hva som er barnets beste må det gjøres en helhetsvurdering på det konkrete forhold.³⁶ Slik vi kan se senere i avhandlingen brukes ofte personundersøkelse, jf. strpl. § 161a for å forsøke å finne ut hva som er til barnets beste.

Strafferetten og prinsippet om barnets beste vil kunne «kollidere», men straff er en nødvendig konsekvens av straffbare handlinger.

1.3.5 Rettssikkerhet og rettssikkerhetsprinsipper

En sentral del av avhandlingen er å se hvordan rettssikkerheten er ivaretatt ved idømmelse og fastsettelse av ungdomsstraff. Hva er rettssikkerhet i denne sammenheng og hvilke prinsipper bygges rettssikkerhet på?

Rettssikkerhet er et vidt begrep, som omfatter en rekke forhold som bør ivaretas ved avgjørelser som treffes av myndighetene. Rettssikkerhet skal være rettferdig og forutsigbar, som skal verne den enkelte overfor myndighetene, slik at det unngås vilkårlighet og myndighetsmisbruk. For å ivareta rettssikkerheten har vi en rekke rettssikkerhetsprinsipper som sikrer dette. Det må presiseres at det ikke nødvendigvis bare er lovovertræderens rettssikkerhet som skal ivaretas, men den enkelte borger som opptre i en straffesak, herunder

³⁴ NOU 2008:15 s. 103

³⁵ Bendiksen og Haugli (2018) s. 24

³⁶ Bendiksen og Haugli (2018) s. 24

fornærmede, vitner m.m. Likevel vil det kun være lovovertrедers rettsikkerhet som er teamet for denne avhandlingen.

En skal ikke her foreta noen fullstendig gjennomgang av hvilke prinsipper som ivaretar rettssikkerhet, men i avhandlingens sammenheng vurderes de følgende prinsipper; legalitetsprinsippet – særlig om klar lovhjemmel, prinsippet om at den dømmende makt skal fastsette straff og likhetsprinsippet.

I Grl. § 113 er legalitetsprinsippet hjemlet, hvor det fremgår at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gjøre inngrep overfor den enkelte. Ingen kan heller dømmes uten lov eller straffes uten dom, og man er uskyldig frem til det motsatte er bevist (uskyldspresumsjonen) jf. Grl. § 96 jf. EMK³⁷ art. 7. På strafferettens område er dette presisert i strl. § 14, hvor det fremkommer at strafferettslige reaksjoner bare kan idømmes dersom det er hjemmel i lov. Som et utslag av legalitetsprinsippet på strafferettens område stilles det i tillegg et krav om en klar lovhjemmel, herunder at straffebudet ikke kan være for upresist formulert, samt et analogiforbud, som sier at straffebud ikke kan anvendes på tilfeller som er fjernt fra ordlyden.³⁸

Men hvor klar må lovhjemmelen være? I Grl. § 96, jf. EMK art. 7 må det derfor forstås at det ikke bare er krav om hjemmel i formell lov, men også at den skal være tilstrekkelig klar og tydelig. Bakgrunnen for klarhetskravet er at en ikke skal dømmes etter «alminnelige rettsgrunnsetninger».³⁹ I rettspraksis i HR-2012-409-A er det uttalt;

*«Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovskravet i Grunnloven § 96 og i EMK artikkel 7, slik dette er forstått blant annet i Rt-2011-469».*⁴⁰

³⁷ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) Roma 4. november 1950 som gjelder som norsk lov og skal ha forrang ved motstrid etter Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheter i norsk rett (menneskerettsloven) § 3

³⁸ Frøberg (2015) s. 46-47, som også viser til Sandbakken (2004) s. 192 flg. og s. 195 flg.

³⁹ Fliflet (2005) s. 391.

⁴⁰ HR-2012-409-A avsnitt 29.

Om analogiforbudet er det i juridisk teori uttalt at det også gjelder for utvidende tolkning av ordlyden. Videre fremgår det at prinsippet også må komme til anvendelse ved utmåling av straff, som for eksempel ved frihetsberøvelse eller innskrenking av personlig frihet.⁴¹ Dette tolkes som at det må utvises forsiktighet med å bruke analogi på strafferettens område.

Legalitetsprinsippet i strafferetten må kunne sies å være strengere enn utenfor strafferettens område. Dette fordi straff er noe av det mest inngripende tiltaket myndighetene kan gjøre overfor enkeltpersoner.

Et spørsmål som gjør seg gjeldende i denne avhandlingen er hvorvidt rettssikkerhetsprinsippet om at domstolen, som den dømmende makt, er den som skal fastsette straffen, jf. Grl. §§ 86 og 88. Etter Grl. § 96 så kan ingen straffes uten etter dom, og domstolene er den dømmende makt. For å se om rettssikkerheten er ivaretatt må det også vurderes hvorvidt det reelt sett er domstolene som fastsetter ungdomsstraffen, eller om det reelle innholdet i straffen fastsettes av andre enn den dømmende makt.

Likhetsprinsippet er hjemlet i Grl. § 98 som konstaterer at alle er like for loven og at ingen må utsettes usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. På ungdomsstraffens område kan det konstateres at barn behandles ulikt enn voksne. Saklig forskjellsbehandling er det derimot anledning til.⁴² I straffeloven er det åpnet for nettopp dette, både i strl. § 33 om begrenset bruk av fengselsstraff for ungdom under 18 år og i § 78 bokstav i som sier at det er en formildende omstendighet dersom lovbrøteren var under 18 år på gjerningstidspunktet. Alder er derfor et moment som kan begrunne forskjellsbehandling, akkurat slik høy alder er en formildende omstendighet etter strl. § 78 bokstav g). Et moment av interesse i avhandlingen, er om likhetsprinsippet er overholdt imellom ungdommer.

⁴¹ Fliflet (2005) s. 391.

⁴² Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 9.

1.4 Rettskildebilde og metode

Avhandlingen er rettsdogmatisk og er en redegjørelse av gjeldende rett ved bruk av juridisk metode etter rettskildelæren til Eckhoff.⁴³ Det vil også bli gjort rede for noen rettspolitiske vurderinger underveis og avslutningsvis i avhandlingens punkt 4.

Rettskilder skal hjelpe oss med å finne gjeldende rett. Loven får derfor en sentral rolle, herunder både straffeloven og konfliktrådsloven. Det vil bli gjort tolkning av lovens ordlyd ved hjelp av normal språklig forståelse. Dette i tråd med strafferettens prinsipp om en klar lovhjemmel. Forarbeidene vil også bli sentral ved tolkningen av gjeldende rett – da dette gjerne speiler lovgivers intensjon og lovens formål, samt bakgrunnen for den.

Ifølge Eckhoff har rettspraksis lenge hatt en viktig betydning som rettskildefaktor i norsk rett, herunder særlig prejudikatsavgjørelser.⁴⁴ Tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser har langt fra samme autoritet som avgjørelser fra Høyesterett.⁴⁵ Det er derimot lite Høyesterettspraksis om temaet ungdomsstraff, men samtidig er det en rekke avgjørelser som belyser tenkningen rundt barn og straff. Relevant rettspraksis vil bli redegjort for i løpet av avhandlingen.

Selv om avgjørelser ikke kan anses som prejudikat vil de være relevante argumenter for et standpunkt.⁴⁶ Det vil derfor bli vist til underrettspraksis fra lagmannsrettene for å belyse noen av problemstillingene med gjeldende rett.

Menneskerettsloven med relevante traktater, herunder barnekonvensjonen og de europeiske menneskerettighetene vil også bli en del av avhandlingen, ettersom de har forrang i norsk rett ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Det vil ikke gjøres en fullstendig redegjørelse av forpliktelsene etter internasjonal rett, men vil bli tatt inn i vurderingen av om rettssikkerheten er ivaretatt.

Det er begrenset med litteratur på området, noe som vil gjenspeiles videre i avhandlingen. Det er imidlertid skrevet noen avhandlinger på området, som til dels tar opp samme problemstilling.

⁴³ Eckhoff (2001)

⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 159

⁴⁵ Eckhoff (2001) s. 162

⁴⁶ Eckhoff (2001) s. 171

1.5 Avhandlingens videre fremstilling

For å forsøke og svare på om barns rettssikkerhet er ivaretatt ved idømmelse og fastsetting av ungdomsstraff, er det hensiktsmessig å først se til strl. § 52a (punk 2), hvor vilkårene for ungdomsstraff redegjøres. Det vil bli pekt på de momenter som styrker rettssikkerheten til barn, og vist til de potensielt problematiske sider av ungdomsstraffen.

I punkt 3 vil det således redegjøres for fastsetting av ungdomsstraff, hvor både bestemmelser i straffeloven og konfliktrådsloven vil behandlet. I likhet med punkt 2, vil det også under dette punkt bli pekt på positive og negative sider ved rettssikkerheten til barn/ungdom.

Tilslutt, i punkt 4, vil det vurderes hvorvidt rettssikkerheten er ivaretatt, først ved idømmelsen så ved fastsettelsen av ungdomsstraff. Her vil også rettspolitiske betraktninger komme inn.

2 Vilkårene for ungdomsstraff

Forutsetningen for å utmåle straff etter norsk strafferett er at skyldansvar er konstatert ut over enhver rimelig fornuftig tvil,⁴⁷ ved at de fire straffbarhetsvilkårene – både de subjektive og objektive vilkår – er oppfylt. De fire straffbarhetsvilkårene er **(1)** det må være overtrådt et straffebed nedfelt i lov, jf. strl. § 14, **(2)** det må ikke foreligge straffrihetsgrunner som etter strl. §§ 17 til 19, **(3)** gjerningspersonen må ha utvist den nødvendige grad av subjektiv skyld i form av forsett eller uaktsomhet, jf. strl. §§ 21, 22 og 23 og **(4)** tiltalte må være tilregnelig etter strl. § 20. Det legges til grunn at vilkårene for straff er oppfylt videre i avhandlingen.

Når en person er funnet skyldig i en straffbar handling skal det utmåles en passende straff for vedkommende.

For å se hvordan rettssikkerheten er ivaretatt ved idømmelsen av ungdomsstraff må man først se nærmere på vilkårene for straffereaksjonen.

⁴⁷ HR-2003-227-A, avsnitt 34.

Etter strl. § 52a er det fire kumulative vilkår som må være oppfylt for å idømme ungdomsstraff, der skyldansvar er konstatert;

- a) «lovbryteren var under 18 år på handlingstidspunktet,
- b) lovbyteren har begått gjentatt eller alvorlig kriminalitet,
- c) lovbyteren samtykker og har bosted i Norge, og
- d) hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet.»

Ettersom bestemmelsen har flere vilkår, vil de bli redegjort hver for seg under dette punkt. Problemstillinger med tanke på rettssikkerhetsspørsmål vil bemerkes underveis og drøftes nærmere i avhandlingens punkt 4.

2.1 Ungdomsstraffens aldersavgrensning

Et av vilkårene for å bli idømt ungdomsstraff som straffereaksjon er at lovbyteren må ha vært under 18 år på gjerningstidspunktet, jf. strl. § 52a bokstav a). Alderskriteriet er etter lovens ordlyd forbeholdt ungdom mellom 15-18 år, jf. strl. § 20.

Lovens ordlyd refererer til «gjerningstidspunktet» og det har derfor ingen betydning hvor gammel lovbyteren er på tidspunktet før domsavsigelsen, dette er også støttet opp i forarbeidene.⁴⁸

Det ble derimot rettet kritikk av enkelte høringsinstanser vedrørende alderskriteriet til den nye straffereaksjonen, hvor det ble fremholdt at departementet skulle vurdere et unntak fra aldersbegrensningen.⁴⁹ Det ble påpekt at det kan oppfattes som forskjellsbehandling i tilfeller som for eksempel omfatter gjengkriminalitet, hvor enkelte er under og over 18 år.

Departementet holdt likevel fast ved at ungdomsstraff bare kan idømmes for ungdom mellom 15-18 år. Det ble fremholdt at alderskriteriet kunne gi reaksjoner i grensetilfeller hvor tiltalte var like over eller under 18 år, men at det på tidspunktet ikke var hensiktsmessig å fravike denne. Det står videre at det på et senere tidspunkt kunne være aktuelt å utvide

⁴⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 163

⁴⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 113

aldersavgrensningen, etter at det var gått litt tid, og det var dokumentert at ungdomsstraff var et godt virkemiddel for å forbygge kriminalitet.⁵⁰

Det finnes ingen støtte i rettspraksis for å kunne si at det åpnes for om idømmelse av ungdomsstraff på forhold som tiltalte i sin helhet har begått etter fylte 18 år, og alderskriteriet må anses og praktiseres strengt.

Prinsippet om en klar lovhjemmel støtter opp om at alderskriteriet må praktiseres strengt. En absolutt aldersgrense er nødvendig for å unngå vilkårlighet i idømmelsen for ungdomsstraff.

Når man først ser på bestemmelsen, vil den i utgangspunktet oppfattes som enkel og klar, men det er imidlertid flere grensetilfeller og problemstillinger som er knyttet opp mot alderskriteriet.

Et av disse er hvor det er knyttet usikkerhet ved lovbrysterens alder. Dette vil i all hovedsak ikke omhandle norske statsborgere, da fødselsdatoen blir registrert ved fødsel, men Norge har for eksempel mange mindreårige asylsøkere i Norge med ukjent fødselsdato.

På bakgrunn av at dette ikke er problematisert eller avklart på ungdomsstraffens område, er et forslag for å løse denne problemstillingen å se hen til beviskravet i strafferetten. Da konsekvensene for partene er særdeles belastende, samt at straffarten innskrenker friheten til ungdom, vil det ikke være naturlig å se til beviskravet i sivile saker. Et slikt beviskrav krever i utgangspunktet 51% sannsynlighet for at faktum er korrekt.⁵¹ Beviskravet i strafferetten er ikke hjemlet i straffeloven, men i rettspraksis.⁵²

Høyesterett har i HR-2003-227-A formulert beviskravet slik;

*«for at noen skal kunne bli dømt til straff, kreves at det ikke finnes rimelig tvil om at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt».*⁵³

⁵⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 114

⁵¹ HR-1992-8-B s. 70 (ppilledommen).

⁵² HR-2003-227-A.

⁵³ HR-2003-227-A, avsnitt 34.

I utgangspunktet gjelder det overstående for bedømmelsen av skyldspørsmålet, hvorvidt en kan dømmes til straff. Spørsmålet er således om det kan anvendes ved straffutmåling.

Høyesterett har i HR-1998-59-A uttalt at beviskravet ved vurderingen av skyldspørsmålet også gjør seg gjeldende også ved utmålingen av straff. I saken var det drøftet hvilket beviskrav som skulle legges til grunn ved kvantum av narkotika i en domfellelse for narkotikalovbrudd, og hvilken straffebestemmelse handlingen skulle subsumeres under – herunder hvor streng straffen ville blitt. Det ble uttalt at;

*«Ved avgjørelsen av hvor stort kvantum A kan dømmes for å ha innført og omsatt, må rimelig tvil komme tiltalte til gode på samme måte som hvor det er spørsmål om hvorvidt handlingen er begått».*⁵⁴

Alderen til lovbrøyteren er dog ikke en omstendighet ved handlingen, men det er en omstendighet rundt lovbrøyteren. Slik det utledes av rettspraksis så må det stilles et strengt beviskrav også under spørsmålet om tiltalte oppfyller alderskriteriet.

Det har vært noen saker i lagmannsretten som har drøftet de konkrete problemstillingene, hvor det i Agder lagmannsretts i LA-2019-37662 støttes opp om et beviskrav, som Høyesterett la til grunn i overnevnte avgjørelse, ved vurderingen av om tiltalte er under 18 år eller ikke, når det er knyttet usikkerhet opp mot ungdommens alder.

*«Selv om den omstendighet som tvilen knytter seg til ligger utenfor handlingen som sådan, og ikke er av betydning for skyldspørsmålet, er spørsmålet er av stor betydning for utmålt straff ved en domfellelse for et så alvorlig straffbart forhold som i herværende sak».*⁵⁵

Slik rettspraksis tolkes, kan et forslag for løsning av problematikken være at enhver tvil må komme tiltalte til gode i saker hvor det er knyttet usikkerhet opp mot ungdommens alder. Ettersom at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i straffesaker, må det være opp til dem å bevise at lovbrøyteren er over 18 år.

⁵⁴ HR-1998-59-A nederst på s. 1948.

⁵⁵ LA-2019-37662, som også viser til LA-2014-41979 og LB-2017-67261.

Det må likevel presiseres at de rettskilder som er presentert over ikke direkte tar for seg hvordan problemstillingen skal løses på ungdomsstraffens område. Det må utvises forsiktighet med å anvende analogi på strafferettens område. En avklaring fra lovgiver eller Høyesterett vil harmonere bedre med rettssikkerhetsgarantier etter norsk rett.

En annen utfordring ved alderskriteriet er om det kan idømmes ungdomsstraff i de saker hvor ungdom har begått straffbare handlinger både før og etter fylte 18 år. Selv om dette vil være en relativt vanlig problemstilling så er det ikke problematisert i forarbeidene. Spørsmålet blir så om ungdommen er avskåret muligheten for ungdomsstraff dersom en begår nye lovbrudd etter man blir myndig, da det fremgår av forarbeidene at ungdomsstraff ikke kan kombineres med fengsel eller bot.⁵⁶

I en avgjørelse fra Høyesterett HR-2017-579-A var dette er spørsmålet til behandling, hvor det ble uttalt at;

*«Når de forhold som eventuelt kan begrunne bruk av ungdomsstraff, i sin helhet har funnet sted før fylte 18 år, finner jeg det klart at ungdomsstraff ikke kan utelukkes bare av den grunn at A samtidig dømmes for mindre vesentlige forhold begått etter fylte 18 år. Jeg viser i denne forbindelse til straffeloven 1902 § 18, og til Magnus Matningsdal, Straffeloven, Alminnelige bestemmelser, Kommentartutgave, 2015 side 489».*⁵⁷

I denne sak skulle Høyesterett ta stilling til straffutmåling for seksuell omgang til samleie med barn under 14 år, hvor tiltalte var 17 år og 9 måneder på gjerningstidspunktet. Det skulle også måles straff for nye forhold begått etter ungdommen var fylt 18 år, herunder for bedrageri av 10.000 kr og identitetskrenkelse.

Slik det fremgår av Høyesteretts avgjørelse over, så vil ikke ungdomsstraff automatisk være avskåret som straffereaksjon. Høyesterett stopper imidlertid drøftelsen av hva som anses som «mindre vesentlige forhold», og gir dermed ikke videre veiledning til hva som inngår i begrepet. Retten henviser også kun til juridiske teori i deres konklusjon.

⁵⁶ Prop. 135 L (2010-2011) nederst på side 166 og starten av side 167.

⁵⁷ HR-2017-579-A avsnitt 19

Ifølge juridisk teori fremgår det at ungdomsstraff ikke automatisk kan utelukkes i slike tilfeller som nevnt over. Det må ifølge Matningsdal⁵⁸ bero på en vurdering av lovbruddets karakter, herunder grovheten og omfanget, når det skal tas stilling til om ungdomsstraff kan idømmes på de forhold som er begått etter ungdommen fylte 18 år. Matningsdal viste så til en avgjørelse fra Høyesterett (HR-2010-1850-A) hvor det var uttrykt at det på slike forhold bør kunne idømmes ungdomsstraff i dag.⁵⁹ Lovbryteren var i den aktuelle sak tiltalt for uaktsomt drap, som var begått før han var 18 år og en kroppskrenkelse etter han var blitt myndig – altså over 18 år.

Hvordan dette skal vurderes er ikke helt klart etter rettspraksis, selv om det er gitt en viss veiledning både fra Høyesterett og juridisk teori. Aldersvilkåret er dermed ikke absolutt på dette området – dersom gamle og nye forhold skal pådømmes samtidig. Dette er derimot en snever unntaksregel.

Et annet spørsmål som gjør seg gjeldende under dette punkt, er hvilken alder som skal legges til grunn i likeartet realkonkurrens, herunder ved sammenhengende forhold – der de straffbare handlingene strekker seg over tid, fra før og etter lovbryteren fylte 18 år.

I likhet med problemstillingen over er det heller ikke tatt stilling til, eller problematisert i forarbeidene eller rettspraksis hvilken alder som skal legges til grunn i vurderingen ved fortsatt forhold. Avgjørelsen fra Høyesterett HR-2017-579-A under forrige spørsmål kan til en viss grad tas til inntekt her. Høyesterett åpner her for å idømme ungdomsstraff som straffereaksjon selv om lovbryteren har begått straffbare forhold også etter myndighetsalder. Dette kan tale for at Høyesterett på et senere tidspunkt kan komme frem til at dette kan tillattes i tilfeller hvor vesentlige deler av lovbruddet var begått før fylte 18 år. Det er derimot ingen holdepunkter for å kunne si noe konkret om dette på nåværende tidspunkt, da dette er en problemstilling som ikke er avklart per dags dato.

Under denne problemstilling må det også presiseres at det skal utvises forsiktighet ved anvendelse av analogi. Å få en avklaring på hvilken alder som skal legges til grunn ved fortsatt forhold vil være ønskelig.

⁵⁸ Matningsdal (2015)

⁵⁹ Matningsdal (2015) s. 489

Foreldelsesfristen kunne vært et bidrag for tolkningen av den overnevnte problemstilling. Men på bakgrunn av at ungdomsstraff ikke foreldes, slik det tolkes ut ifra straffelovens kapittel 15, kan det ikke tas til inntekt ved vurderingen av om ungdomsstraff kan benyttes ved sammenhengende forhold.

I utgangspunktet løper fristen for foreldelse når den straffbare handlingen opphørte, jf. strl. § 87, men etter strl. §§ 86 og 91 kan det virke som at dette har gått lovgiver «hus forbi» i prosessen. At ungdomsstraffen tilsynelatende ikke har en foreldelsesfrist harmonerer dårlig med aldersbegrensningen, som ut ifra redegjørelsen over, praktiseres streng.

Ved å innta en foreldelsesfrist i strl. § 86 vil det styrke opp om et strengt praktisert aldersvilkår. Dette vil også legge et større press på konfliktrådet for å starte straffegjennomføringen. Poenget er jo at ungdom under 18 år ikke skal sone fengselsstraff, men dersom gjennomføringen drar ut i tid – uten at straffereaksjonen foreldes – kan en konsekvens være at domfelte starter med ungdomsplanen først en god stund etter han er fylt 18. Dette kan ikke antas å være intensjon til lovgiver.

2.2 Lovbruddets nedre grense

Ungdomsstraff er forbeholdt lovbrutere mellom 15-18 år, jf. drøftelsen over, som domfelles for alvorlig eller gjentatt kriminalitet, jf. strl. § 52a bokstav b). Etter bestemmelsens bokstav b), sett i sammenheng med bestemmelsens bokstav d) om ungdomsstraffens øvre grense, er straffarten med det forbeholdt et spenn av lovbrudd mellom de mindre alvorlige forhold oppad til de forhold som er så alvorlige at andre straffereaksjoner må benyttes.

Under dette punkt vil det likevel bli redegjort for vilkårene isolert sett etter bokstav b), uavhengig av de vurderinger som gjøres etter bokstav d). Det skal undersøkes hvor den nedre grensen går og om det oppstår noen rettssikkerhetsmessige utfordringer ved vilkårene.

Bokstav b) lyder slik:

«lovbryteren har begått gjentatt eller alvorlig kriminalitet».

På bakgrunn av at det er tale om to alternative vilkår, vil disse bli redegjort for hver for seg under.

2.2.1 Alvorlig kriminalitet

Med «alvorlig kriminalitet» må det etter ordlyden forstås at bagatellmessige lovbrudd avskjæres, og at det forhold som er begått må kunne kvalifisere til en strengere straffereaksjon enn bot eller samfunnsstraff – altså fengselsstraff. Dette på bakgrunn av at ungdomsstraff er en strengere straffereaksjon enn de overnevnte, samt et alternativ til ubetinget fengsel for de under 18 år.

I forarbeidet er det uttalt at begrepet «alvorlig kriminalitet» er implementert fra EU-retten, men at det ikke finnes en entydig definisjon på hva som inngår i begrepet i verken nasjonal eller internasjonal rett.⁶⁰ Det vises til en rammebeslutning⁶¹ fra internasjonal rett som gir en veiledning på hvilke typer lovbrudd som havner inn under begrepet, herunder de lovbrudd som har en strafferamme på 3 års fengsel eller mer. Videre fremgår det at det er hensiktsmessig å legge den nedre grensen for «alvorlig kriminalitet» til å omhandle lovstridige handlinger som kan føre til 3 års fengsel eller mer.⁶²

Lovbrudd som har en lavere strafferamme – og som dermed ikke kvalifiserer til ungdomsstraff – er eksemplifisert i forarbeidet. Noen av eksemplene er blant annet kroppskrenkelse etter strl. § 271 – strafferamme på inntil 1 år, narkotikaovertrødelse etter strl. § 231 – strafferamme på inntil 2 år og skadeverk etter strl. § 351 – inntil 1 års fengsel.⁶³

⁶⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 163

⁶¹ 2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision

⁶² 2002/584/JHA: art. 2 (2)

⁶³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164 (det vises i forarbeidet til lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven (1902)), men de eksempler som er listet opp i avhandlingen er straffebud i straffeloven av 2005 og paragrafene vil derfor være andre enn de som er opplistet i preposisjonen.)

Eksempler på straffebud med en strafferamme på 3 år eller mer er for eksempel; vold mot offentlig tjenestemann etter strl. § 155 som har en strafferamme på inntil 3 år, grov narkotikaovertrødelse etter strl. § 232 hvor strafferammen er på inntil 10 års fengsel.⁶⁴

Det er her, som på resten av området lite rettspraksis fra Høyesterett. Det er likevel tatt stilling til om vilkåret «alvorlig kriminalitet» var oppfylt i HR-2017-579-A. Problemstillingen ble dog drøftet helt kort. Saken gjaldt blant annet straffutmåling for seksuell omgang til samleie med barn under 14 år, hvor tiltalte var 17 år og 9 måneder på handlingstidspunktet. Han var tiltalt for overtrødelse av strl. (1902) § 195, herunder å ha hatt flere vaginale samleier barn under 14 år – som har en strafferamme på inntil 10 år. I tingretten ble det idømt ungdomsstraff for forholdet, med en gjennomføringstid på 3 år, i lagmannsretten ble det dømt fengselsstraff hvorav 2 år var betinget og 1 år ubetinget.⁶⁵ A anket straffutmålingen til Høyesterett hvor han gjorde det gjeldende at det skulle reageres med ungdomsstraff.

I denne avgjørelsen gjør Høyesterett en grundig vurdering av hvert vilkår. I vilkåret om «alvorlig kriminalitet» blir det dog kort konstatert at vilkåret var oppfylt, da handlingen hadde en strafferamme på 10 år. Det ble henvist til forarbeidene, som støtter opp om at alvorlig kriminalitet bør forbeholdes straffebud som har en strafferamme på 3 år eller mer.⁶⁶ Det som kan utledes av den korte vurderingen som ble gjort av Høyesterett under dette vilkåret, er at rettskildene gir en klar veiledning på hvor grensen skal trekkes.

I underrettspraksis, herunder en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett LE-2019-43778 ble det sagt at fire kroppskrenkelser, tre alvorlige trusler og to tilfeller av skadeverk ikke var alvorlig nok til å reagere med ungdomsstraff.

Det er derimot grunn til å kritisere lagmannsretten på kvaliteten av drøftelsen, samt begrunnelsen til hvorfor ungdomsstraff ikke var anvendelig som straffereaksjon. Det fremgår ikke av avgjørelsen hvorvidt det ble vurdert om lovbruddenes karakter ble ansett å være innenfor eller utenfor den strafferamme som er oppstilt i forarbeidene, men det ble henvist til

⁶⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164 (bestemmelsene i avhandlingen er fra strl. 2005, og ikke strl. 1902 som er listet opp i preposisjonen.)

⁶⁵ TMOSS-2016-38199 og LB-2016-87440

⁶⁶ HR-2017-579-A avsnitt 20.

forarbeidene som hvor det er uttalt at det må utvises forsiktighet med å benytte ungdomsstraff på tilfeller som kunne kvalifisert til en mildere reaksjonsform.⁶⁷

Avgjørelsen kan på den andre siden tas til inntekt når valg av straffereaksjon skal vurderes, herunder når en mildere reaksjonsform skal benyttes. Dette er imidlertid en vurdering som skal gjøres etter bokstav d).

Med bakgrunn i likhetsbetraktninger fremgår det av forarbeidene at bestemmelsens vilkår til en viss grad tolkes likt som vilkårene i politiregisterloven⁶⁸ § 41 og dens forskrift.⁶⁹ Det presiseres derimot at det på strafferettens område kan få ulikt utslag på vurderingen, da tolkningen i straffeloven kan være noe mer skjønnspreget.

Andre deler av lovgivningen som kan tas til inntekt ved tolkningen av vilkåret i strl. § 52a bokstav b), er bvl. § 4-24. Politiregisterforskriften blir tatt til inntekt for tolkning av lovens ordlyd i politiregisterloven § 41 under dette punkt. Det må likevel presiseres at bestemmelsen i politiregisterforskriften omhandler behandling av personopplysninger og ikke hvilken straffereaksjon som skal benyttes.

Bestemmelsen tilsier at også den nedre grensen for alvorlig kriminalitet etter politiregisterforskriften er trukket ved en strafferamme på 3 års fengsel, dersom lovbrøteren var under 18 år på gjerningstidspunktet.

Rettskildene er ved tolkningen av vilkåret «alvorlig kriminalitet» samstemte. Entydig rettspraksis, rettslikhet og forutsigbarhet – slik som redegjørelsen viser – er momenter som styrker rettssikkerhet.

⁶⁷ LE-2019-43778, se særlig de siste avsnittene i avgjørelsen.

⁶⁸ Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) og forskrift 20 september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften)

⁶⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 163

2.2.2 Gjentatt kriminalitet

Videre skal det vurderes hvor den nedre grensen trekkes ved «gjentatt kriminalitet», og hvorvidt det reiser rettssikkerhetsmessige utfordringer ved praktiseringen av vilkåret.

«Gjentatt kriminalitet» må etter en naturlig språklig forståelse tilsi at det har blitt begått mer enn 1 lovbrudd, eller at kriminelle handlinger blir gjort gang på gang.

I forarbeidene fremgår det at vilkåret må tolkes vidt, det kan da omfatte 2 lovbrudd eller flere. Bakgrunnen for dette er at man skal forsøke å fange opp lovbrøyteren på et tidlig stadium for å kunne forebygge at vedkommende havner i en «*kriminell løpebane*».⁷⁰

I en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett LE-2019-43778 var en gutt tiltalt for fire kroppskrenkelser, tre alvorlige trusler og to tilfeller av skadeverk. Tiltalte var 15 år på handlingstidspunktet og spørsmålet var om det skulle utmåles ungdomsstraff eller samfunnsstraff for de forhold han stod tiltalt for.

Under vurderingen av vilkåret i bokstav b); «gjentatt eller alvorlig kriminalitet» virker det til at lagmannsretten kun har vurdert hvorvidt det var tale om «alvorlig kriminalitet». Det vises til forarbeidene, dog kun på de punkter som omhandler alvorligheten av lovbruddene.

Lagmannsretten sa avslutningsvis at

«Når betinget fengsel ikke er en tilstrekkelig reaksjon, og lovbruddene ikke er av en slik alvorlighetsgrad at ungdomsstraff er anvendelig, er samfunnsstraff etter lagmannsrettens syn den eneste anvendelige reaksjon i dette tilfellet.»⁷¹

Vurderingen om hva som inngår i alvorlig kriminalitet ble således heller ikke drøftet grundig. I denne sak kunne lagmannsretten også tatt stilling til hvorvidt disse tilfellene eventuelt kunne havnet inn under vilkåret om «gjentatt kriminalitet». Det var i denne sak tale om mer enn 2 lovbrudd, som etter forarbeidene ville forholdene kunne gå inn under vilkåret.

Avgjørelsen er derimot illustrerende når det skal vurderes om mildere reaksjonsformer er mer passende. Dette er likevel et spørsmål som går inn i vurderingen av bokstav d).

⁷⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 16.

⁷¹ LE-2019-43778, se særlig avsnitt 7-11 under lagmannsrettens bemerkninger

I en annen avgjørelse fra Agder lagmannsrett LA-2018-112662 var en 15 år og 7 måneder gammel jente (på handlingstidspunktet) tiltalt for drap, forsøk på drap på en annen kvinne, vold/trusler mot offentlig tjenestemann og arbeidere på institusjon samt skadeverk. Det fremstår som at lagmannsretten ikke gjør en grundig drøftelse av vilkårene for ungdomsstraff, da utmålingen for drap og forsøket på drap var bærende for straffeutmålingen. I avgjørelsen ble det derimot uttalt at vold/trusler mot offentlig tjenestemann og arbeidere på institusjon, samt skadeverk, isolert sett ville gitt en dom på ungdomsstraff.

Underrettspraksis vurderer i liten grad om forholdene kan gå inn under «gjentatt kriminalitet», og fokuserer heller på om lovbruddet er alvorlig nok. Slik som avhandlingen viser, er ikke den nedre grensen for hva som omfattes av vilkåret om gjentatt kriminalitet dratt av rettspraksis.

Det ses derfor til politiregisterforskriften for å se om denne kan gi veiledning på hvor grensen dras. Det presiseres også her at politiregisterforskriften omhandler behandling av personopplysninger og ikke hvilken straffereaksjon som skal benyttes. Slik det fremgår av forarbeidene kan det få ulikt utslag på vurderingen da tolkningen i straffeloven kan være noe mer skjønnspreget enn ved behandlingen av personopplysninger.⁷²

Etter politiregisterforskriften § 30-3 nr. 2, jf. politiregisterloven § 41 er gjentatt kriminalitet definert som 5 lovbrudd eller flere – hvor strafferammen er inntil 1 år, og 3 lovbrudd eller flere – hvor strafferammen er 1 år eller mer.

Forskriften gir en mer presis veiledning på hva som omfattes av vilkåret etter politiregisterloven. Ved vurderingen om mildere straffereaksjoner bør benyttes vil bestemmelsen kunne bidra til veiledning. I vurderingen om vilkåret isolert sett er oppfylt etter bokstav b), så virker det til at i politiregisterforskriften oppstiller en høyere grense på hva som omfattes av gjentatt kriminalitet enn etter forarbeidene.

Det må således også presiseres hva lovgivers vilje og intensjon var på dette området.

Bakgrunnen for å tolke vilkåret vidt er å hindre ungdom fra å havne i en kriminell løpebane. På en annen side viser lovgiver til at politiregisterforskriften kan tas til inntekt for tolkning av ordlyden, men er beskjeden med å gi veiledning utover dette. På bakgrunn av at grensen ikke

⁷² Prop. 135 L (2010-2011) s. 163.

er tydelig vil det være nødvendig med en presisering fra Høyesterett eller underrettspraksis. Det blir derfor spennende å følge med på utviklingen videre.

Det er verd å bemerke at selv om lovbyteren har begått 2 lovbrudd – og dermed oppfylt vilkåret om «gjentatt kriminalitet» etter forarbeidene – så kan dette også være lovbrudd som er av mindre karakter, slik at det kan kvalifisere til samfunnsstraff. Det er særlig en grensedragnings på dette området som ville hatt godt av presisering fra rettspraksis.

2.3 Samtykke- og bostedskriteriet

I bestemmelsens bokstav c) oppstilles det vilkår om at;

«lovbyteren samtykker og har bosted i Norge».

Det vil bli redegjort for gjeldende rett av de to alternative vilkårene hver for seg, samt pekt på styrker og utfordringer ved rettssikkerheten knyttet opp mot disse.

2.3.1 Samtykket

Samtykket er også en helt essensiell del av ungdomsstraffen, og bygger på det hensyn som straffereaksjonen har om gjenopprettende prosess.⁷³

Et spørsmål som gjør seg gjeldende under dette punkt er hva som kreves av samtykke for å idømmes ungdomsstraff, og hvorvidt samtykket reiser noen problemstillinger i et rettssikkerhetsperspektiv.

Lovens ordlyd forstås som at det kun kreves et samtykke fra lovbyteren om at ungdomsstraff kan ilegges som straffereaksjon, og ikke en erkjennelse av skyld. Kriteriet knytter seg videre kun til lovbyteren og ikke til eventuelle fornærmede i saken.

Forarbeidene stiller derimot et krav om at også verger må gi samtykket til ungdomsstraff som reaksjonsform.⁷⁴

⁷³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164.

⁷⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164 punkt 14.1, samt punkt 10.6.3 på s. 117

«I straffeprosessloven § 83 første punktum fremgår det at dersom siktede er under 18 år, har også hans verge partsrettigheter. Dette innebærer at der loven krever samtykke fra siktede, må det foreligge samtykke både fra den umyndige og vergen, siden begge har rett til å nekte. Som regel vil vergene være siktedes foreldre og normalt har begge foreldreansvar og dermed partsrettigheter, jf. lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige § 3 og lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre kapittel 5.»⁷⁵

Det fremgår videre av forarbeidene at tiltalte må samtykke til at de forhold som han blir dømt for blir lagt til grunn i ungdomsstormøte. Samtykket må også være frivillig og informert for å være gyldig.⁷⁶

På bakgrunn av at forarbeidene gir lite veiledning til hva som inngår i samtykket er det naturlig å se til konfrådl. § 11 hvor det står at;

«konfliktrådsbehandling krever samtykke med mindre annet er fastsatt i eller medhold av lov her. Samtykket skal være reelt og informert».⁷⁷

Der presiseres det også at lovbrüterens verge må samtykke.

«Reelt» må etter en normal språklig forståelse tilsi at samtykket er gitt frivillig, uten å bli presset til det, og være et ønske fra tiltaltes side. Med «informert» må det forstås som at tiltalte er gitt informasjon hva han samtykker til, og at han forstår hva det innebærer.

Med reelt og informert er det i forarbeidene uttalt;

«Med dette menes at partene må være klar over hva samtykket gjelder og hva konfliktrådsbehandling innebærer, og de må ikke være utsatt for utilbørlig press. I

⁷⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 117, punkt 10.6.3.

⁷⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

⁷⁷ Konfrådl. § 11

straffesaker er det også viktig at partene informeres om hva som vil være de påtalemessige konsekvensene av at samtykke ikke gis»⁷⁸

Høyesterett har i HR-2016-1364-A uttalt at

«For at reaksjonen skal kunne nå sitt gjenopprettende og rehabiliterende formål må altså omkamp om faktum unngås. Er det aktuelt med idømmelse av ungdomsstraff uten at det foreligger en uforbeholden tilståelse, bør derfor saken forberedes også med sikte på å avklare om siktede ved en eventuelt fellende dom aksepterer at de forhold domfellelsen gjelder legges til grunn i ungdomsstormøtet.»⁷⁹

Slik dette må forstås så stilles det i tillegg et krav til hvordan tiltalte vil forholde seg, herunder om han aksepterer forholdene, etter domfellelse. Dette begrunnes av de hensyn som ligger til grunn for ungdomsstraffen om gjenopprettende prosess, og formålet med straffarten, slik at man unngår uenighet om faktum i ettertid.

I en annen avgjørelse fra Høyesterett HR-2017-579-A var det drøftet (innholdet i avgjørelsen er redegjort for i oppgavens punkt 2.2.1.) om samtykket var reelt. Formelt samtykke forelå, men det ble stilt spørsmål hvorvidt samtykket samsvarte med tiltaltes motivasjon for å gjennomføre programmet i ungdomsstraffen. Personundersøkelsen ble et viktig moment i vurderingen om hvorvidt samtykket var reelt og informert. I personundersøkelsen fremgikk det at tiltalte hadde vanskeligheter med å forholde seg til de faktiske forhold, på bakgrunn av at han hadde fasthold at han ikke kjente til fornærmedes alder. Han hadde erkjent handlingene som var gjort, men retten så det som noe uavklart om han erkjente at han hadde vært uaktsom. På den andre siden hadde tiltalte uttrykt et ønske om å få en større forståelse for hva som hadde gått galt. Høyesterett kom derfor frem til at det ikke forelå en uenighet i faktum som kunne tale imot bruk av ungdomsstraff.⁸⁰

Etter denne avgjørelsen fremgår det at hensynet til en gjenopprettende prosess, samt tiltaltes motivasjon for en slik straffereaksjon, står sterkt i vurderingen om samtykket er reelt eller ikke.

⁷⁸ Prop.57 L (2013-2014) s. 84

⁷⁹ HR-2016-1364-A avsnitt 30

⁸⁰ HR-2017-579-A avsnitt 21-23.

Et eksempel på hva som ikke skal vektlegges i en slik vurdering kan illustreres med en uttalelse fra Agder lagmannsrett LA-2019-37662 hvor det er skrevet at;

«Flertallet peker endelig på at ungdomsstraffens forutsetning om «restorative justice» synes vanskelig ivaretatt ut fra den holdning tiltalte har inntatt til skyldspørsmålet.»

Slik utsagnet kan tolkes og oppfattes, så virker det til at vurderingen kan ha blitt gjort på et uriktig grunnlag, herunder at lagmannsretten har tatt stilling til hvordan tiltalte forholdt seg til skyldspørsmålet. Det kan på den andre siden være en dårlig formulert setning fra rettens side, og at det faktisk ikke har vært vurdert hvordan tiltalte forholdt seg til skyldspørsmålet.

I flere avgjørelser fra underrettspraksis ser vi også at formelt samtykke ikke alltid er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret.⁸¹ Domstolene bruker ofte personundersøkelsen for å støtte opp om dette, ved å for eksempel legge vekt på hvordan tiltaltes motivasjon fremstår av undersøkelsen eller hvor godt vedkommende er egnet for en slik straffereaksjon. Det må kunne sies at ordlyden til samtykket er relativt vag. Spørsmålet er om ordlyden er tilstrekkelig klar etter legalitetsprinsippet.

Det kan stilles spørsmål om hensynet til ungdomsstraff (gjenopprettende prosess) harmonerer med kravet til samtykke, når det ikke er krav om tilståelse. Hvilken gjenopprettende prosess vil man få ut av det?

På den andre siden vil et krav om samtykke, og ikke en tilståelse, kunne forsvares bedre i et rettssikkerhetsperspektiv. Det vil hindre uriktige tilståelser, og at ungdom under 18 år påtar seg skyld for en som er myndig og risikerer ubetinget fengselsstraff. Et spørsmål som særlig gjør seg gjeldende under dette punkt er om samtykket faktisk er reelt og informert. Merknader rundt dette blir nærmere drøftet i oppgavens punkt 4.

2.3.2 Bostedskriteriet

I strl. § 52a bokstav b) følger det også et kriterium om bosted. I det overnevnte punkt om samtykket ser vi at vilkåret ikke er helt uproblematisk, men hva med bostedskriteriet?

⁸¹ Se for eksempel LE-2019-140657, LB-2018-190240

Hvilke problemstillinger viser det seg med å ha et krav om bosted for gjennomføring av straffen?

Ifølge ordlyden er det ingen krav til hvor lenge vedkommende må ha bodd i landet eller han skal fortsette å bo i Norge.

Det oppstilles vilkår for hva som menes med bosted, i forarbeidene hvor det;

«[...] må forstås slik at bosettingen både har vært av en viss varighet og er ment å vare ved en viss tid. Det er uten betydning om lovbrøyteren er norsk statsborger eller ikke.»⁸²

Bakgrunnen for bostedskriteriet er aktiviteten som domfelte skal gjennomføre.⁸³

På nåværende tidspunkt har jeg ikke funnet avgjørelser som gir noen videre veiledning på hva som menes med «en viss varighet» og «ment å vare en viss tid», i forbindelse med idømming av ungdomsstraff. Det er derimot en lignende ordlyd i strl. § 48 bokstav c) – i vilkårene for samfunnsstraff, hvor det finnes noe underrettspraksis på området.

I en avgjørelse fra Agder lagmannsrett LA-2011-187926 var en gutt på 15 år og 2 måneder tiltalt for overfallsvoldtekt, med betydelig voldsutøvelse og kroppsskade av fornærmede. Det ble i denne sak tatt stilling til hvorvidt samfunnsstraff kunne egne seg som reaksjonsform. Av lagmannsrettens avgjørelse fremgår følgende;

«av en viss relevans for saken her pekes det på at det nå bl.a. er gjort endring i straffeloven § 28 a, slik at samfunnsstraff kan brukes mot mindreårige også der det ellers vil idømmes fengselsstraff utover ett år. Siden domfelte ikke har fast bopel i Norge, vil samfunnsstraff likevel ikke under noen omstendighet kunne anvendes i saken her, jf. straffeloven § 28 a første ledd bokstav c.»⁸⁴

Avgjørelsen fra lagmannsretten kan tas til inntekt for å forsøke å finne ut om bostedskriteriet er oppfylt etter strl. § 52a bokstav c). Både ungdomsstraff og samfunnsstraff er straffereaksjoner som stiller krav til domfelte en viss tid etter domfellelse, «ute i det fri». Det

⁸² Prop. 135 L (2010-2011) s.164.

⁸³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164.

⁸⁴ LA-2011-187926

forstås som at det er viktig at vedkommende ikke skal kunne unngå straffen med å for eksempel forlate landet.

Bostedskriteriet har på en annen side blitt kritisert av blant annet Holmboe⁸⁵. Det fremgår at bostedskriteriet vil kunne skape forskjeller for ungdom basert på status, selv om det ikke skilles etter nasjonalitet. Han viser videre at ungdomsstraffen har som formål å ivareta de forpliktelser de har etter folkeretten, herunder prinsippene i barnekonvensjonen, men at kriteriet om bosted strider mot BK art. 2. Artikkelen oppstiller forbud mot forskjellsbehandling, blant annet på grunn av for eksempel status eller nasjonalitet.

Hensynene bak ungdomsstraff taler for et bostedskrav, slik at den gjenopprettende prosessen kan finne sted – som er et viktig hensyn bak straffereaksjonen. Likhetsprinsippet på sin side vil tale for at det vil bli gjort forskjell mellom ungdommer. Bostedskriteriet kolliderer dog med både folkerettslige og norske rettssikkerhetsprinsipper. Det knyttes betenkeligheter ved at utfordringen ikke er problematisert eller redegjort for av verken høringsinstansene, departementet eller av domstolene.

2.4 Ungdomsstraffens øvre grense

I strl. § 52a bokstav d) finner bestemmelsens siste vilkår for å idømme ungdomsstraff som straffereaksjon;

«hensynet til straffens formål ikke med tyngde taler mot en reaksjon i frihet».

Slik ordlyden forstås må det her foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering for å finne ut hvor ungdomsstraffens øvre grense går. Er det derimot klargjort hvor grensen går, og harmonerer det med rettskildeprensippene etter norsk rett?

Vilkåret i bokstav d) har hatt strl. § 48 (vilkårene for å idømme samfunnsstraff) som sitt forbilde, men ordlyden «med tyngde» er ny. Med begrepet «med tyngde» er meningen å understreke at det skal mer til for å dømme ubetinget fengsel, enn slik ordlyden står nå ved samfunnsstraff.⁸⁶ Etter forarbeidene oppstilles det ingen strafferamme som fastsetter hvor den

⁸⁵ Holmboe (2014) s. 406

⁸⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164.

øvre grensen trekkes, men det må gjøres en vurdering av allmenn- og individualpreventive hensyn av lovbruddets grovhet. Bakgrunnen for at departementet ikke ønsket å avgrense mot konkrete angitte lovbrudd var fordi det

*«avgrenser fleksibiliteten ved valg av straffereaksjon begrenses».*⁸⁷

Videre ble det sagt at

*«Til tross for at det ikke avgrenses mot konkrete lovbrudd, vil departementet bemerke at enkelte lovbrudd i seg selv normalt vil være av en slik alvorlighetsgrad at fengselsstraff vanskelig kan erstattes av alternativer. For eksempel vil dette kunne være tilfelle der barn har begått drap eller alvorlige seksuallovbrudd.»*⁸⁸

Hva som inngår i den skjønnsmessige vurderingen har departementet uttalt følgende;

*«I denne skjønnsmessige helhetsvurderingen vil lovbruddets art og grovhet, ungdommens alder, konkrete behov og risikonivå være elementer i den individuelle vurderingen av om den enkelte ungdom er egnet til å gjennomføre ungdomsstraff. Det presiseres at vanskelig livssituasjon og utfordringer knyttet til flerkulturell- og flerspråklig bakgrunn ikke skal være diskvalifiserende.»*⁸⁹

Det er presisert at det ikke vil være umulig for domstolene å idømme ubetinget fengselsstraff i spesielle tilfeller. Hensyn som gjør seg gjeldende i slike tilfeller er allmennpreventive hensyn samt at samfunnsvern gjør det nødvendig med en slik reaksjon fordi vedkommende har begått svært alvorlige lovbrudd.⁹⁰

I forarbeidene vises det særlig til en avgjørelse fra Høyesterett HR-2010-1849-A som drøfter dette inngående, samt de forpliktelser Norge har overfor folkeretten og herunder særlig barnekonvensjonen. Det bemerkes at avgjørelsen er fra før ungdomsstraff ble innført. Spørsmålet i den aktuelle sak er hvorvidt samfunnsstraff skal benyttes som straffereaksjon.⁹¹

⁸⁷ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115.

⁸⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115.

⁸⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 115.

⁹⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

⁹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164 og s. 115-116.

Høyesteretts prinsipielle uttalelser i HR-2010-1849-A, som senere har blitt fulgt opp i rettspraksis⁹², var følgende;

«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.»⁹³

Slik det utledes av Høyesteretts avgjørelse så tillegges domstolene et stort skjønn i vurderingen om hvorvidt vilkåret i bokstav d) er oppfylt eller ikke. Dommen gir således ikke videre veiledning på hvordan disse skal vektas.

Høyesterett har til en viss grad i HR-2016-1364-A prøvd å definere den øvre grensen ved å komme med en prinsipiell uttalelse;

«Jeg oppfatter disse uttalelsene slik at ved drap og alvorlige seksuallovbrudd endres utgangspunktet. For slike lovbrudd må det normalt utmåles ubetinget fengselsstraff også om gjerningspersonen er under 18 år. Slik er forarbeidene også forstått i Rt-2013-776 avsnitt 32. Men jeg understreker at forarbeidene ikke kan oppfattes slik at ungdomsstraff er utelukket selv ved alvorlige seksuallovbrudd. Om reaksjonen kan benyttes ved et slikt lovbrudd vil – som departementet understreker i det jeg allerede har referert – bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor blant annet en nærmere vurdering av lovbruddets grovhet og domfeltes alder må stå sentralt.»⁹⁴

Disse uttalelsene er senere støttet opp i rettspraksis.⁹⁵

⁹² HR-2010-1850 i avsnitt 32, HR-2011-356-A avsnitt 16, HR-2010-109-A avsnitt 12, HR-2012-1695-A avsnitt 8 og HR-2013-143-A.

⁹³ HR-2010-1849-A avsnitt 15

⁹⁴ HR-2016-1364-A, avsnitt 35.

⁹⁵ HR-2016-1365-A, avsnitt 16.

Selv om Høyesterett har gitt veiledning på hvor grensen skal dras og hvordan hensynene skal vektlegges, så er det fortsatt overlatt et stort skjønn til domstolene. Dette gir utslag i underrettspraksis.

I en sak fra Borgarting lagmannsrett LB-2018-183637 var en 15 år og 9 måneder gammel gutt tiltalt for grov voldtekt og ran. Fornærmede var 14 år og 8 måneder. Retten konstaterte kjapt at vilkårene i strl. § 52a bokstav a-c var oppfylt og vurderte om vilkårene i bokstav d) talte for eller imot ungdomsstraff. Lagmannsretten kom frem til at

*«[...] straffens formål «med tyngde» taler imot at det idømmes ungdomsstraff, jf. strl. § 52a bokstav d».*⁹⁶

Det ble særlig lagt vekt på alvorligheten av lovbruddet (allmennpreventive hensyn) og ungdommens motivasjon og egnethet til å gjennomføre straffen.

Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, som valgte å ikke fremme anken.⁹⁷ Det knyttes betenkeligheter ved at anken ikke ble fremmet, særlig på bakgrunn av tiltaltes unge alder, samt at det kunne gitt en henvisning på hva som omfattes av «alvorlige seksuallovbrudd». Ettersom både forarbeidene, rettspraksis og underrettspraksis ikke har definert dette ytterligere ville det kunne avklart gjeldende rett i større grad på området enn det er i dag.

I en annen avgjørelse fra Agder lagmannsrett LA-2019-75567 ble en 18 år gammel mann (17 på gjerningstidspunktet) idømt ungdomsstraff, med gjennomføringstid på 2 år, for å ha gjort en rekke seksuelle handlinger med sin halvsøster under 14 år. Her ble individualpreventive hensyn vektlagt, samt personundersøkelsen som var gjort av tiltalte – som støttet opp om ungdomsstraff som straffereaksjon.

En avgjørelse som kom til det motsatte av Agder lagmannsrett er en avgjørelse fra Frostating lagmannsrett LF-2019-70278. En gutt var tiltalt for seksuell omgang (samleie) med sin lillesøster som var 9-12 år på gjerningstidspunktene. Tiltalte var 15-18 år når dette skjedde, og det skal ha skjedd minst 5-7 overgrep. Det ble konstatert at handlingene var for grov til å kunne tale for en straff i frihet etter bokstav d), hvor det ble lagt vekt på allmennpreventive

⁹⁶ LB-2018-183637.

⁹⁷ HR-2019-769-U.

hensyn. Drøftelsen er dog ikke veldig inngående, men avgjørelsen, sammenholdt med de andre, skildrer at underrettspraksis vurderer dette ulikt.

Hensynet til en klar lovhjemmel tilsier at ordlyden er vag. Det er en rekke momenter som skal vektlegges, som ikke kommer til syne i bestemmelsen. Et spørsmål er om rettssikkerhetsprinsippet om en klar lovhjemmel kunne blitt bedre ivaretatt ved at bestemmelsen uttrykkelig viser til at det må gjøres en helhetsvurdering av en rekke momenter. Et annet forslag vil kunne være å liste opp de momenter som er trukket frem i forarbeidene – uten at denne listen skal være uttømmende – for å bedre ivareta rettssikkerhetsprinsippet om en klar lovhjemmel.

Likhetsprinsippet på sin side taler imot en skjønnsmessig vurdering, som til tider kan mangle veiledning, da ungdommer vil behandles ulikt. På en annen side så vil det støtte opp om en saklig forskjellsbehandling, da ingen ungdommer er like.

At barnets beste skal bli vektlagt i en slik vurdering støtter opp om de internasjonale forpliktelser Norge har påtatt seg etter barnekonvensjonen. Hvert barn/ungdom er unik og må dermed behandles etter hva deres behov er. Om dette taler for at rettssikkerheten er ivaretatt kan diskuteres, da det i enkelte tilfeller går på bekostning av de anerkjente rettssikkerhetsprinsippene i norsk rett.

Domstolene er under dette punkt gitt et vidt skjønn for hvordan vilkåret skal anvendes, og en fastsettelse av ungdomsstraffens øvre grense har derfor vært litt utfordrende. Slik det er per dags dato har Høyesterett kun gitt veiledning om at den øvre grensen trekkes ved alvorlige seksuallovbrudd og drap. Det blir derfor spennende å se om rettspraksis vil komme ytterligere veiledning, og om det vil bli en gresedragning mot andre lovbrudd på et senere tidspunkt.

3 Fastsettelse av ungdomsstraff

Etter å ha sett på vilkårene for idømmelsen av ungdomsstraff, skal avhandlingen ta for seg fastsetting av straffen og bemerke potensielle rettssikkerhetsmessige utfordringer. For å forsøke å finne ut av dette vil det være naturlig å først se om straffeloven gir veiledning på dette.

3.1 Straffens lengde og konsekvenser ved brudd

Straffebudene og strafferammene er som regel, etter straffelovens system, i samme bestemmelse. Ved ungdomsstraff er «strafferammen» eller gjennomføringstiden utskilt i en egen bestemmelse. For å finne ut hvordan ungdomsstraff fastsettes, vil det være naturlig å starte i strl. § 52b første ledd;

«I en dom på ungdomsstraff skal retten fastsette:

- a) en gjennomføringstid mellom seks måneder og to år. Dersom den fengselsstraff som ville ha blitt idømt uten ungdomsstraff er klart lengre enn to år, kan en gjennomføringstid på inntil 3 år fastsettes*
- b) en subsidiær fengselsstraff, som skal svare den fengselsstraff som ville ha blitt idømt uten ungdomsstraff. Ved fastsetting av subsidiær fengselsstraff gjelder strl. § 31 tilsvarende.»*

Ut fra ordlyden i første ledd så skal ikke domstolen fastsette noe annet enn gjennomføringstiden og subsidiær fengselsstraff. Det kan heller ikke tolkes av ordlyden at den gir særlige føringer på hvordan utmålingen av gjennomføringstiden skal fastsettes.

Ifølge forarbeidene skal det nærmere innhold av straffen fastsettes i ungdomsstormøte i konfliktrådet og ikke av domstolen.⁹⁸ Det har derimot vært uenighet i hvilken grad domstolene skal godkjenne ungdomsplanen eller ikke. Utvalgets forslag tilsa en større domstolskontroll enn det som fremkommer av ordlyden i dag, hvor godkjennelse skulle treffes i rettsmøte partene var innkalt til.

«Utvalget foreslår at ungdomsplanen skal sendes domstolen til godkjenning etter at planen er utarbeidet i ungdomsstormøtet. Domstolen kan nekte å godkjenne planen og sende den tilbake til ungdomsstormøtet for endring. Dette skal kunne gjøres to ganger før planen eventuelt underkjennes. Utvalget uttaler at domstolen bør strekke seg langt i å forsøke å få til endring fremfor å nekte godkjennelse. Domstolen bør kun nekte godkjennelse av planen når den er urimelig sett hen til «lovbruddets art og forholdene

⁹⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 164

på domfeltes side» eller der domfelte ikke har vært samarbeidsvillig i gjennomføringen av ungdomsstormøte.»⁹⁹

To av syv høringsinstanser sluttet seg til en domstolskontroll som nevnt over, hvor disse var Sekretariatet for Konfliktrådene og Barneombudet. De mente at det ville gi planen mer autoritet og tyngde, samt at domstolene kunne kontrollere hvorvidt planen var rimelig og proporsjonal i forhold til lovbruddet. På den andre siden mente blant annet Domstolsadministrasjonen at de ikke kunne se hensyn som begrunnet en slik domstolskontroll etter at saken var rettskraftig avgjort. Det ble påpekt at domstolene gikk over på straffegjennomføringens område, noe som ville være problematisk. Dette var også Dommerforeningen enig om.¹⁰⁰

Departementet kom frem til at det ikke skulle være en etterfølgende domstolskontroll da de mente at rettssikkerheten var ivaretatt på andre og mer effektive måter. Det ville også være uheldig for domstolene å blande seg inn i straffegjennomføringen da det harmonerer dårlig med domstolens uavhengige rolle i strafferetten.¹⁰¹ Videre står det at

«Departementet bemerker at det tradisjonelt er domstolen som fastsetter varigheten av en straffereaksjon, mens den nærmere fastsettelsen av innholdet i straffen kan overlates til forvaltningen.»¹⁰²

Ved fastsettingen av gjennomføringstiden skal gjøres ved en helhetlig vurdering

«ut fra barnets individuelle behov og lovbruddets art og grovhet[...]».¹⁰³

De tradisjonelle utmålingsmomenter må her tre i bakgrunnen slik at det ikke utvikler seg en praksis som er fast ut ifra strafferammene.¹⁰⁴

I en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett LB-2019-100952 er helhetsvurderingen kun viet én setning. Det ble kort redegjort for hva ungdomskoordinator mente gjennomføringstiden

⁹⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 128.

¹⁰⁰ Prop. 135 L (2010-2011) s. 129.

¹⁰¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 129.

¹⁰² Prop. 135 L (2010-2011) s. 131.

¹⁰³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 131.

¹⁰⁴ Prop. 135 L (2010-2011) nederst på side 164 og øverst på side 165.

minimum bør være på. Det ble på bakgrunn av en helhetsvurdering kort konstatert av lagmannsretten at gjennomføringstiden ble på 12 måneder.¹⁰⁵

I en sak fra Agder lagmannsrett LA-2019-28459 ble personundersøkelsen av ungdommen brukt i helhetsvurderingen når retten tok stilling til gjennomføringstidens lengde. Det ble i den konkrete sak lagt særlig vekt på hva slags behov barnet hadde for oppfølging.

Utover disse dommene er det lite veiledning i rettspraksis på hvordan gjennomføringstiden fastsettes – da domstolene sjeldent drøfter dette inngående. Ut ifra hva som kan utledes av forarbeidene, er domstolene tillagt skjønn vedrørende fastsettingen av gjennomføringstiden.

Hensynet til barnets beste taler til en viss grad for at selve straffen skal bli bestemt i et ungdomsstormøte, hvor det er fokus på det enkelte barn og dens behov. Spørsmålet er derimot om det er til barnets beste og ikke vite hva straffen går ut på før den er bestemt i ungdomsstormøtet etter at dommen er rettskraftig, jf. strpl. § 50.

Prinsippet om at domstolene skal fastsette straffen, strider mot det som redegjørelsen har vist. Retten skal kun skal ta stilling til gjennomføringstiden (og subsidiær fengselsstraff) og ikke til selve innholdet straffen.

Bestemmelsens annet ledd gir derimot uttrykk for at domfelte skal informeres på et tidlig tidspunkt, da han skal gjøres kjent med hva straffen innebærer og konsekvensene av brudd, når dommen blir forkynt for vedkommende. Hvorvidt dette faktisk er mulig å få gjennomført i praksis er lite sannsynlig. Det kan selvfølgelig gis eksempler på hvordan dette kan gjennomføres i forkant, men en konkret plan vil ikke etableres før ungdomsstormøte – og dermed etter at dommen er rettskraftig.

En konsekvens av at unge lovbrytere ikke får kjennskap til ungdomsstraffens faktiske innhold før han deltar i ungdomsstormøte, vil kunne føre til at ungdommen trekker tilbake samtykke når ungdomsplanen skal godkjennes. Saken kan da sendes tilbake til domstolen, hvor retten skal ta stilling til om hele eller deler av den subsidiære fengselsstraffen skal fullbyrdes, jf. konfrådl. § 25 fjerde ledd. Ytterligere betenkeligheter vedrørende ungdomsstraffens innhold og samtykke vil bli pekt på i oppgavens punkt 4.1 om samtykketkriteriet.

¹⁰⁵ LB-2019-100952 (nederst i dommen)

En annen konsekvens, dersom ungdommen kun samtykker til ungdomsplanen i frykt for å havne i fengsel, vil kunne være brudd fra domfeltes side. Ved et eventuelt brudd på ungdomsstraff kan saken sendes til tingretten hvor det tas stilling til hvorvidt hele eller deler av den subsidiære fengselsstraffen skal fullbyrdes, jf. strl. § 52c.

Det stilles spørsmål om dette var lovgivers intensjon ved innføringen av straffarten, da det ikke harmonerer med de hensyn som ligger bak straffereaksjonen, herunder å begrense ubetinget fengselsstraff for barn.

På bakgrunn av at straffeloven ikke gir veiledning på hva straffen faktisk inneholder, vil det være naturlig, ettersom konfliktrådet er de som fastsetter innholdet og intensiteten til straffen, å søke veiledning utenfor straffelovens bestemmelser.

3.2 Konfliktrådsloven kapittel IV

Som et forsøk på å svare på problemstillingen så vil avhandlingen ta for seg konfliktrådsloven og dens bestemmelser for ungdomsstraff, for å se om den gir videre veiledning på hva det faktiske innhold i straffen er. Etter domfellelse så sendes saken til konfliktrådet, hvor det den nærmere straffen fastsettes.

Ungdomsstraffens innhold består etter konfrådl. § 22 av et ungdomsstormøte, utarbeidelse av ungdomsplan og oppfølging av denne. Etter konfrådl. § 24 fremgår det ikke klart hva ungdomsmøte er, men på bakgrunn av begrepsavklaringen som er gjort i avhandlingens punkt 1.2.3 sammenholdt med hensynet til ungdomsstraff – om gjenopprettende prosess – vil dette bli gjenstand for møtet. Det skal også utarbeides en ungdomsplan, jf. konfrådl. § 25 første ledd.

Konfrådl. § 25 vil derfor være en bestemmelse av særlig interesse. Spørsmålet er om bestemmelsen kan gi veiledning på hva ungdomsstraffen inneholder. Det presiseres at det ikke vil gjøres en fullstendig redegjørelse av bestemmelsen, men brukes som hjelpemiddel for å se i hvilken grad den gir veiledning på hva straffereaksjonen inneholder.

Ordlyden i konfrådl. § 25 første til fjerde ledd er som følgende;

«Ungdomsstormøtet skal utforme en ungdomsplan. Planen skal godkjennes av ungdomskoordinatoren, domfelte eller siktede og domfeltes eller siktedes verger. Planen kan blant annet gå ut på at domfelte eller siktede skal

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

Ved ungdomsstraff kan planen også gå ut på at domfelte skal oppholde seg i institusjon eller gjennomgå annen behandling.

Ungdomskoordinatoren har ansvaret for at ungdomsplanen gjennomføres.

I saker der det er idømt ungdomsstraff etter straffeloven §§ 52 a til 52 c eller ungdomsoppfølging som vilkår for betinget dom etter straffeloven § 37 første ledd bokstav j, sendes saken tilbake til domstolen dersom det ikke oppnås enighet om en ungdomsplan. Domstolen avgjør om hele eller deler av den betingede fengselsstraffen skal fullbyrdes.»

Bestemmelsen lister her opp en rekke tiltak som ungdomsplanen kan inneholde. Etter forarbeidene er ikke listen uttømmende.¹⁰⁶ Det fastslås at planen må fastsettes individuelt ut ifra domfeltes behov, i forhold til livssituasjon og utvikling. Personundersøkelsen bør brukes som utgangspunkt i denne vurderingen. Hensynet til individualprevensjon vil ha stor betydning for valg av tiltak i ungdomsplanen.¹⁰⁷

Videre fremgår det at;

*«Tiltakene kan for eksempel være av ansvarliggjørende, kontrollerende eller rehabiliterende art».*¹⁰⁸

Dette er på bakgrunn av at domfelte kan ha en utfordrende hverdag, hvor det kan være nødvendig å iverksette tiltak som lager rammer for han.

På bakgrunn av at ungdomsplanene ikke offentliggjøres, vil det være vanskelig å kunne si hva praksis er på området. Hvorvidt det foreligger en praksis kan det settes spørsmålstegn ved.

Det som utledes av forarbeidene er at konfliktrådet i disse sakene er tillagt et stort skjønn ved fastsettelsen av ungdomsstraff. Hvordan dette stiller seg i forhold til de rettssikkerhetsprinsipper vi har etter norsk rett kan det stilles spørsmål ved.

Det fremgår også av fjerde ledd i bestemmelsen at dersom det ikke oppnås enighet om ungdomsplanen så blir saken sendt tilbake til domstolen. Retten skal da foreta en vurdering om hvorvidt den subsidiære fengselsstraffen skal fullbyrdes. Dette harmonerer dårlig med begrunnelsen for innføringen av ungdomsstraff, som er å begrense ubetinget fengsel for ungdom under 18 år.

3.3 Klageadgang

På bakgrunn av konfliktrådet er tillagt et vidt skjønn ved fastsettelse av straff, må det stilles spørsmål om hvorvidt det er adgang til å klage på straffens innhold i ungdomsplanen.

¹⁰⁶ Prop. 57 L (2013-2014) s. 92.

¹⁰⁷ Prop. 57 L (2013-2014) s. 92.

¹⁰⁸ Prop. 57 L (2013-2014) s. 92

Konfliktrådet er etter forvaltningsloven¹⁰⁹ § 1 å anse som et forvaltningsorgan. Etter konfrådl. § 8 gjelder forvaltningsloven også for konfliktrådets virksomhet. I fvl. kapittel VI reguleres klage- og omgjøringsadgangen av vedtak. I forskrift¹¹⁰ til konfliktrådsloven § 10 er det derimot konstatert at konfliktrådets avgjørelser ikke kan påklages. Det vil derfor ikke være mulighet for å få overprøvd ungdomsplanens innhold i et overordnet organ.

Etter sivilombudsmannsloven¹¹¹ § 6 kan saken likevel påklages, men sivilombudsmannens uttalelse vil kun være rådgivende, og vil ikke kunne omgjøre avgjørelsene til konfliktrådet. Et spørsmål som gjør seg gjeldende er hvorvidt dette harmonerer med de rettssikkerhetsprinsipper vi har etter norsk rett, samt rettighetene etter BK. Etter BK art. 40 nr. 2 bokstav b punkt v har barn rett til å få prøvd avgjørelser av et overordnet organ;

«If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law.»¹¹²

4 Er rettssikkerheten ivaretatt?

Ungdomsstraff er en straffart som er relativt ny, og som trenger tid for å etablere seg i rettssystemet. Som avhandlingen viser så er det flere punkter ved idømmelse av ungdomsstraff som taler for at rettssikkerheten har vært ivaretatt ved oppbygningen av vilkårene i bestemmelsen. Det er flere momenter som blant annet styrker rettssikkerheten, herunder for eksempel alderskriteriet – som praktiseres strengt og skaper forutsigbarhet, men også samtykkekriteriet som ikke stiller krav om tilståelse. Ved at samtykket ikke krever tilståelse er ivaretas uskyldspresumsjonen etter Grl. § 96 jf. EMK art. 7, som sier at man uskyldig til det motsatte er bevist. I tillegg kan en forhindre uriktige tilståelser.

Slik det fremgår av avhandlingen er det også flere utfordrende momenter ved ungdomsstraffen, som har en uheldig innvirkning på noen av våre grunnleggende

¹⁰⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl.)

¹¹⁰ Forskrift 30. juni 2014 nr. 923 om konfliktrådsbehandling

¹¹¹ Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven)

¹¹² BK art. 40 nr. 2 bokstav b punkt v.

rettssikkerhetsprinsipper. Det fremstår også at det på enkelte områder ikke er ensartet rettspraksis, i tillegg til at det er områder som ikke er tilstrekkelig avklart i rettskildene.

Det vil under dette punkt bli redegjort for både problematiske sider ved vilkårene for idømmelsen av ungdomsstraff, samt fastsettingen av innholdet ungdomsstraffen.

Redegjørelsen vil derimot til dels gå over i hverandre, da det må ses i sammenheng med hverandre for å få et helhetlig bilde av hvorfor de aktuelle problemstillingene byr på utfordringer.

4.1 Utfordrende momenter ved vilkårene for idømmelsen av ungdomsstraff

Alderskriteriet;

Et spørsmål som gjør seg gjeldende ved alderskriteriet er om modenhet burde vektlegges, da man vet at det er stor forskjell i modenhet mellom ungdommer, men også mellom jenter og gutter. Burde det være anledning til å foreta en helhetsvurdering hvor ungdommens modenhet er et av momentene som skal tas stilling ved alderskriteriet?

Faren med å skulle gjøre en slik endring, er at domstolene vil tillegges et stort skjønn ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Dette taler imot likebehandling og forutsigbarhet, da det vil kunne oppfattes som vilkårlig om hvem som kan få ungdomsstraff og ikke.

Et spørsmål er om aldersgrensen bør heves – slik noen av høringsinstansene foreslo, eller om det burde vurderes å åpne et unntak utover 18-års-grensen, med en tydelig aldersavgrensning på for eksempel 23 år. Kunne for eksempel et av momentene i vurderingen av om ungdomsstraff kan anvendes i alderen 18-23 år vært modenhet?

Avhandlingen viser på at det er flere områder i alderskriteriet som er problematiske.

En problemstilling med aldersvilkåret er at rettskildene ikke uttrykkelig har problematisert eller avklart hvilken alder som skal legges til grunn der lovbryterens alder er ukjent, og hvilken alder som skal legges til grunn ved sammenhengende forhold. Analogiforbudet støtter

opp om at spørsmålene burde avklares av lovgiver eller i rettspraksis, da man bør være forsiktig med å anvende analogi på strafferettens område.

I saker hvor flere unge lovbytere er tiltalt i samme sak, der ungdommene er rett under og over 18 år, vil likhetsprinsippet på den ene siden støtte for heving eller utviding av alderskriteriet slik at lovbyterne som har begått kriminalitet i fellesskap kan få lik straffereaksjon. Slik som gjeldende rett er per dags dato, vil i prinsippet en gjerningsperson på 18 år kunne idømmes en vesentlig strengere straff enn gjerningspersonen på 17 år og 364 dager.

På den andre siden vil likhetsprinsippet tale for en absolutt praktisering av alderskriteriet, og tale imot en heving av aldersavgrensning med skjønnspregede momenter. Hensynet om forutsigbarhet vil støtte opp om dette. Ved at kravet til alder praktiseres strengt vil unge lovbytere over 18 år behandles likt, og det kan dermed være enklere å forutberegne sin rettsstilling slik bestemmelsens vilkår er i dag.

Det fremgår av det overnevnte at likhetsprinsippet kan tale både for og imot en skjønnspreget avveining av alderskriteriet. Sammenholdt med de andre rettssikkerhetsprinsippene kan det derimot sies at likhetsprinsippet ivaretas ved idømmelse av ungdomsstraff, da det fremstår at vilkåret praktiseres strengt ut ifra ordlyden.

Samtykkekriteriet;

Slik som avhandlingens punkt 3.1 viser så tar retten kun stilling til gjennomføringstiden og den subsidiære fengselsstraffen i straffutmålingen. Ungdomsplanen skal ikke gjennomgå domstolskontroll, og retten tar derfor ikke stilling til selve innholdet i ungdomsstraffen. Det må derfor stilles spørsmål om samtykket som angis i retten, samt samtykke av ungdomsplanen, er reelt og informert. Under dette punkt vil det bli redegjort for betenkeligheter ved samtykkekriteriet både ved idømmelsen og fastsettingen av ungdomsstraff.

Lovutvalget foreslo at ungdomsstraff skulle idømmes etter at ungdomsplanen var godkjent av domstolene.¹¹³ To høringsinstanser sluttet seg til domstolskontroll, hvorav fem ikke støttet opp om en slik kontroll. Det ble også fremmet forslag om at ungdomsplanene skulle foreligge før pådømmelsen.¹¹⁴ Lovgiver gikk bort fra forslaget og mente at rettssikkerheten, uten domstolskontroll var tilstrekkelig ivaretatt.

Nordlandsforsknings rapport¹¹⁵ har avdekket at informasjonen ungdommene fikk i forkant av samtykket var ulikt, hvor noen ungdommer var fornøyd med informasjon de fikk om hva straffereaksjonen bestod av og de vilkår som kan bli gitt i ungdomsplanen. Andre sa derimot at de ikke var fornøyd med informasjon de fikk i forkant, men samtykket på bakgrunn av at de var stresset, ruspåvirket eller fordi de valgte det de tenkte var best av to onder.¹¹⁶

Ordningen for ungdomsstraff skiller seg her fra narkotikaprogram med domstolskontroll (heretter omtalt som ND), jf. strl. § 37 første ledd bokstav f) hvor det derimot skal utarbeides en plan for første fase av programmet før saken fremmes for retten.¹¹⁷ Et slik forslag kan gi et bedre grunnlag for å gi domfelte god informasjon på forhånd, slik at vedkommende vet hva han samtykker til. Slik det er med ungdomsstraffen i dag, kan det virke som at informasjonen i forkant kan være av ulik karakter.

Holmboe¹¹⁸ har uttalt at det kan virke betryggende at lovbrøyteren må samtykke to ganger, både før idømmelsen og ved godkjennelse av ungdomsplanen, jf. konfrådl. § 25 første ledd,

¹¹³ NOU 2008:15 s. 153-154.

¹¹⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 129

¹¹⁵ Andrews, Therese og Ann Kristin Eide, «Mellom hjelp og straff- fungerer nye straffereaksjoner for ungdommer etter intensjonen?» *Nordlandsforsknings rapport nr.: 2/2019*

¹¹⁶ Andrews, Therese og Ann Kristin Eide, «Mellom hjelp og straff- fungerer nye straffereaksjoner for ungdommer etter intensjonen?» *Nordlandsforsknings rapport nr.: 2/2019* punkt 13.3 s. 162.

¹¹⁷ Forskrift 20. oktober 2017 nr. 1650 om narkotikaprogram med domstolskontroll § 5 annet ledd, jf. § 8 første ledd.

¹¹⁸ Holmboe (2014)

«Men ved det første samtykket har han ikke oversikt over konsekvensene, og ved godkjenningen av ungdomsplanen eller vilkårsendringer er konsekvensene av å nekte samtykke så store at han sjelden vil våge det.»¹¹⁹

Det kan altså stilles spørsmål om samtykket er reelt ved godkjenning av ungdomsplan da alternativet er ubetinget fengsel. Tilbaketrekking av samtykke, både før idømmelse og etter domsavsigelse, vil i teorien vil kunne føre til ubetinget fengselsstraff. Det kan derfor tenkes at noen ungdommer føler seg presset til å godkjenne planen da de vil unngå å sone straffen i fengsel. I verste fall er konsekvensen, ved at samtykket ikke er reelt og informert, at domfelte trekker samtykket og velger ubetinget fengsel fremfor ungdomsstraff. Det kan tenkes at fengselsstraff kan virke å være mer forutsigbart da en kun skal inn og sone, også er han ferdig. Ungdomsstraffen kan imidlertid stille strengere krav til domfeltes aktivitet i løpet av straffegjennomføringen. Dersom dette ikke er kommunisert ut til domfelte i tilstrekkelig grad, kan det knyttes betenkeligheter om samtykket faktisk er reelt og informert.

Dette harmonerer dårlig med bakgrunnen for ungdomsstraffens opprinnelse, herunder å ivareta de internasjonale forpliktelser vi har etter barnekonvensjonen – og hindre at ungdom soner fengselsstraff. Det må kunne spørres om dette var lovgivers intensjon. Loven og/eller systemet må i større grad sikre at samtykket faktisk er reelt og informert, da det fremstår som noe ulikt praktisert fra ungdom til ungdom.

At det i tillegg ikke er anledning til å klage på ungdomsplanen kolliderer med BK art. 40 nr. 2 bokstav b punkt v, og må også klart kunne sies å ikke være i harmoni med rettssikkerhetsprinsippene etter norsk rett. Dersom det hadde vært oppstilt en klageadgang, hvor konsekvensen av å klage ikke betød at den subsidiære fengselsstraffen skulle fullbyrdes, så kan det tenkes at man i større grad hindret ungdom fra å gi et samtykke som ikke er reelt, enn slik det er per dags dato.

4.2 utfordringer ved fastsetting av ungdomsstraff

Det stilles spørsmål ved om prinsippet om at domstolene er de som fastsetter straffen er overholdt, da de overlater en stor del av straffefastsettingen til konfliktrådet. På bakgrunn av

¹¹⁹ Holmboe (2014) s. 404

en stor del av straffutmålingen er lagt til konfliktrådet, vil det under dette punkt drøftes om rettssikkerheten er ivaretatt av konfliktrådet ved fastsetting av innholdet av ungdomsstraffen.

Etter Grl. § 92 fastslår at staten har plikt til å påse at menneskerettighetene blir fullt.

Bestemmelsen er blant annet inspirert av EMK art. 1. Med staten må det forstås alle organer og myndigheter som er underlagt dem, herunder at konfliktrådet også omfattes av Grl. § 92.

Spørsmålet er så om ungdomsstormøtet er bundet av de grunnleggende rettergangskrav som EMK art. 6 oppstiller, og blir de fulgt? Dersom EMK art. 6 kommer til anvendelse, så må konfliktrådet sikre at også disse rettssikkerhetsgarantiene overholdes.

Etter EMK art. 6 nr. 1 er anvendelsesområdet til bestemmelsen;

*«In the determination of ... any criminal charge».*¹²⁰

Dersom straffereaksjonen er klassifisert som straff etter norsk rett vil EMK art. 6 komme til anvendelse uten videre.¹²¹ Om EMK kommer til anvendelse under ungdomsstormøte må derfor bero på Engel-kriteriene som oppstiller hva som anses som straff, også når det ikke direkte er klassifisert som straff etter norsk rett. Det må foretas en helhetsvurdering hvor klassifikasjonen etter nasjonal rett, normens karakter og innholdet og alvoret i sanksjonen skal vurderes.¹²² Juridisk teori omtales Engel-kriteriene som ledende prejudikat.¹²³

Ungdomsstormøte er en del av straffens innhold, jf. konfrådl. § 22, men er ikke direkte klassifisert som straff etter norsk rett, jf. strl. § 29. Dette taler i utgangspunktet imot at EMK art. 6 kommer til anvendelse.

Om normen har et pønalt formål må det kunne anses som strafferettslig. Med normen siktes det her til om lovbruddets karakter har et pønalt formål.¹²⁴ Ungdomsplanen som utarbeides i ungdomsstormøte og kan være ansvarliggjørende, rehabiliterende og kontrollerende etter forarbeidene.¹²⁵ Ungdomsstormøte og ungdomsplanen er selve innholdet i straffen, jf.

¹²⁰ EMK art. 6 nr. 1.

¹²¹ HR-2002-1285-A avsnitt 39.

¹²² Engel and others v. Netherlands, avsnitt 80-85, jf. HR-2001-890.

¹²³ Aall (2017) s. 431.

¹²⁴ Aall (2017) s. 431 og Zolotukhin v. Russland (2009) avsnitt 55.

¹²⁵ Prop. 57 L (2013-2014) s. 92

konfrådl. § 22 og strl. § 52a. Ungdomsplanen som utarbeidet i ungdomsstormøte må kunne sies å ha et pønalt formål, da den innskrenker domfeltes personlige frihet. Det taler for at EMK art. 6 kommer til anvendelse.

Omfanget av begrensinger i den personlige frihet, herunder for eksempel obligatoriske oppmøter i program, vilkår om innetid, restriksjoner på hvor du kan oppholde deg, samt restriksjoner på hvem du kan omgås med, taler for EMK art. 6 kommer til anvendelse på bakgrunn av innholdet og alvoret i reaksjonen.

De momenter som er redegjort for over taler for at EMK art. 6 kommer til anvendelse under ungdomsstormøte. Det presiseres i tillegg at ungdomsplanen som utarbeides i ungdomsstormøte inneholder mange vilkår som begrenser den personlige frihet, samt de vilkår fremgår av konfrådl. § 25 er ikke uttømmende, jf. forarbeidet.¹²⁶ Dette taler for skjerpede rettergangsregler for å forhindre vilkårlig saksbehandling ved utforming av ungdomsplanen. Det fremgår heller ikke uttrykkelig av konfliktrådsloven om hvilke rettergangskrav som stilles til konfliktrådet ved gjennomføringen av ungdomsstraff. Dette er også et moment som taler for at EMK art. 6 må komme til anvendelse.

Spørsmålet er videre om EMK art. 6 nr. 1 følges. Det vil trekkes frem noen momenter som kan være problematiske ved gjennomføringen av ungdomsstormøte og utarbeidelse av ungdomsplanen.

For det første stilles det krav om offentlig rettergang «public hearing» og offentlig domsavsigelse «pronounced publicly» etter EMK art. 6 nr. 1. Det må klart kunne sies at dette ikke praktiseres, da konfliktrådet ikke offentliggjør ungdomsplanene eller gir det offentlige tilgang til ungdomsstormøtene. Både EMK art. 6 nr. 1 og BK art. 40 nr. 2 bokstav b punkt vii oppstiller unntak for offentlighet i slike saker. Ordlyden i artikkel 6 nr. 1 lyder slik;

«[...] Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests [...] where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require [...]»

Hvor det i BK art. 40 nr. 2 bokstav b punkt vii fremgår at barn skal ha;

¹²⁶ Prop. 57 L (2013-2014) s. 92.

«[...] have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings»

Det oppstilles også et unntak etter norsk rett hvor rettens gis anledning til å lukke dørene i helt eller delvis i tilfeller hvor blant annet tiltalte er under 18 år, jf. domstolloven¹²⁷ § 125 bokstav d). Men det fremgår ikke uttrykkelig av konfliktrådsloven at disse ungdomsstormøte skal skje bak lukkede dører. Det må derfor spørres om det er hjemmel for at lukkede dører praktiseres.

Slik det fremgår over så er finnes det en rekke unntak for at ungdomsstormøte ikke skal gjennomføres offentlig. Som støtte for dette har ikke BK har på sin side en bestemmelse om offentlig høring, som kan tale for at ungdommens privatliv bør respekteres.

På den andre siden har vi offentlighetsprinsippet, som et grunnleggende demokratisk prinsipp i norsk rett, som vil tale for at ungdomsstormøte og ungdomsplanene til en viss grad gjøres offentlig. Dette for å få en offentlig kontroll overfor konfliktrådet for å hindre vilkårlige avgjørelser og hindre i overgrep fra den forvaltningen.

På bakgrunn av at konfliktrådsloven ikke uttrykkelig har en hjemmel om at ungdomsstormøte og ungdomsplanen skal unntas offentligheten, sammenhold med at EMD krever at nasjonal lovgivning må ha en mulighet til offentlighet.¹²⁸ så burde det derfor vurderes en viss offentlig tilgang til konfliktrådets avgjørelser. Det kan vurderes å anonymisere ungdomsplaner slik at det offentlige kan få tilgang til disse, og i enkelte tilfeller gis innsyn til de som har legitim interesse i å delta ungdomsstormøte.

Etter EMK art. 6 nr. 1 fremgår det også et krav om en upartisk domstol «*independent and impartial tribunal established by law*». Selv om konfliktrådsloven ikke har bestemmelser knyttet opp mot habilitetsreglene, må det likevel forstås at de er bundet av det forvaltningsrettslige reglene om habilitet på bakgrunn av at de er et forvaltningsorgan, jf. fvl. § 6.

Det hadde derimot vært ønskelig med en presisering av saksbehandlingsregler for ungdomsstormøte og utarbeidelse av ungdomsplan på disse områdene. Dette skal, i likhet

¹²⁷ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstols

¹²⁸ Moser v. Austria avsnitt 96.

med begrunnelsen over, sikre rettstilstanden til domfelte ved å hindre vilkårlighet og overgrep fra forvaltningen. Det vil også kunne bidra som veiledning i konfliktrådets saksbehandling.

Igjen blir reglene om klagebehandling av ungdomsplanen tatt opp. Det vises her til avhandlingens punkt 3.3 for redegjørelsen om manglende klageadgang samt de bemerkninger som ble gjort i avhandlingens punkt 4.1 om konsekvenser ved at det ikke er klageadgang på ungdomsplanen.

Sett hen til drøftelsen over så kan det knyttes betenkeligheter ved om EMK art. 6 anvendes i ungdomsstormøte, og særlig om den blir fulgt. Et spørsmål som kan stilles er om det kan foreligge en krenkelse av sentrale og anerkjente menneskerettigheter, som også har forrang i norsk rett.

4.3 Avsluttende bemerkninger:

Ungdomsstraff er et positivt tilskudd til strafferettspleien. Domstolene har fått flere straffereaksjoner som kan anvendes på barn, hvor dette er en straffart som er laget spesielt for ungdom. Intensjonen fra lovgivers har vært god ved utformingen av straffereaksjonen, selv om det også viser at ungdomsstraffen har sine utfordringer.

Per dags dato har Høyesterett kun gitt veiledning på hvor grensen går for om ungdomsstraff kan benyttes som straffereaksjon ved alvorlige seksuallovbrudd, men det er fortsatt et stort behov for en avklaring veiledning på flere områder. Det blir derfor spennende å følge utviklingen fra Høyesterett videre, men også utviklingen fra lovgivers side – særlig på de områder som avhandlingene peker på ovenfor.

Referanseliste

Lov:

- Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814, gitt i riksforsamling på Eidsvoll den 17. mai 1814, slik den lyder etter senere endringer, senest stortingsvedtak av 24. mai 2016 (Grunnloven)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven (1902))
- Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven)
- Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåter i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåte i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 12. juni 1987 nr. 51 om endringer i straffeloven m.m. (heving av den kriminelle lavalder)
- Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheter i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- Lov 26. mars 2010 nr. 8 om vergemål (vergemålsloven)
- Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandlinger av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)
- Lov 20. juni 2014 nr. 49 om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven)
- Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling- og diskrimineringsloven)

Forskrifter:

- Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften)
- Forskrift 30. juni 2014 nr. 923 om konfliktrådsbehandling
- Forskrift 20. oktober 2017 nr. 1650 om narkotikaprogram med domstolskontroll

Forarbeid:

- Ot.prp.nr.50 (1988-1999) Om å sette i kraft hevingen av den kriminelle lavalderen
- NOU 2008: 15 Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll
- Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- Prop. 135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)
- Prop. 57 L (2013-2014) Lov om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven)

Høyesterettspraksis:

- Rt. 1977 s.1207
- HR-1992-8-B
- HR-1998-59-A
- HR-2001-890
- HR-2002-1285-A
- HR-2003-227-A
- HR-2004-860-A
- HR-2010-109-A
- HR-2010-1849-A
- HR-2010-1850-A
- HR-2011-356-A
- HR-2012-109-A
- HR-2012-409-A
- HR-2012-1695-A
- HR-2013-143-A
- HR-2016-1364-A
- HR-2016-1365-A
- HR-2017-579-A
- HR-2019-769-U

Underrettspraksis:

- LA-2011-187926
- LA-2014-41979
- TMOSS-2016-38199
- LB-2016-87440
- LB-2017-67261
- LA-2018-112662
- LB-2018-183637
- LB-2018-190240
- LA-2019-28459
- LA-2019-37662
- LE-2019-43778
- LF-2019-70278
- LA-2019-75567
- LB-2019-100952
- LE-2019-140657

Traktater:

- FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)
- Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950 (EMK)

Internasjonal rettspraksis:

- Engel and others v. the Netherlands, EMD nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72
- Moser v. Austria, EMD nr. 31176/13
- Zolotukhin v. Russia, EMD nr. 14939/03

Litteratur:

- Aall (2017): Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5.utgave, Fagbokforlaget 2017.
- Andenæs, Riber-Mohn og Sæter (2016): Andenæs, Johs., Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6.utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Bendiksen og Haugli (2018): Bendiksen, Lena R. L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2.utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Eckhoff (2001): Eckhoff, Thorstein, *Rettskildelære*, 5.utgave, Universitetsforlaget 2001.
- Eskeland (2017): Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5.utgave 2.opplag, Cappelen Damm AS 2017.
- Fliflet (2005): Fliflet, Arne, *Grunnloven kommentarutgave*, 1.utgave, Universitetsforlaget 2005.
- Holmboe (2016): Holmboe, Morten, *Fengsel eller frihet*, 1.utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2016.
- Matningsdal (2015): Matningsdal, Magnus, *Straffeloven; alminnelige bestemmelser kommentarutgave*, 1.utgave, Universitetsforlaget 2015.

Annet:

2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision

- Sandbakken (2004) Sandbakken, Asbjørn, «Grunnloven § 96» Jussens venner 39/2004-3-4 s. 166-25.

- Frøberg (2015) Frøberg, Thomas «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet» Jussens venner 01-02/2015 vol. 50 s. 46-71.
- Holmboe (2014) Holmboe, Morten, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: en oversikt over noen kritiske merknader» Tidsskrift for strafferett 2014 4/14 s. 397-414.
- Hombøe (2016): Holmboe, Morten, «Kritisk til ungdomsstraff» Forskning.no 18. juni 2016, <https://forskning.no/politihogskolen-barn-og-ungdom-juridiske-fag/kritisk-til-ungdomsstraff/412945> (sjekket 30. mars 2020)
- Andrews, Therese og Ann Kristin Eide, «Mellom hjelp og straff – fungerer nye straffereaksjoner for ungdommer etter intensjonen», Nordlandsforskningsrapport 2/2019.

