



Det juridiske fakultet

Forvaring av mindreårige lovbrytere

Hvilken adgang har domstolene til å anvende forvaringsstraff overfor mindreårige etter gjeldende rett?

Andrea Husmo

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Nærmere om forvaring	2
1.3	Bakgrunn for valg av tema og aktualitet	3
1.4	Rettskildebildet og metodiske avklaringer	4
1.5	Veien videre	5
2	Den historiske utvikling	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Forvaringsinstituttets opprinnelse og utvikling.....	7
2.3	Generelle utviklingstrekk i behandlingen av mindreårige lovbrøyttere	9
2.3.1	Bruk av straff overfor mindreårige lovbrøyttere	9
2.3.2	Bruk av forvaring overfor mindreårige lovbrøyttere.....	11
3	Hensyn bak straff, forvaringsinstituttet og særlige hensyn når lovbrøytter er mindreårig	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Forholdsmessighetsprinsippet	12
3.3	Straffens formål.....	13
3.3.1	Innledning.....	13
3.3.2	Allmennprevensjon	14
3.3.3	Individualprevensjon	15
3.3.4	Gjengjeldelse	17
3.4	De bærende hensyn bak forvaringsinstituttet	17
3.5	Særlige hensyn når lovbrøytter er mindreårig	19
3.5.1	Innledning.....	19
3.5.2	Fengsling av mindreårige som siste utvei	19
3.5.3	Barnets beste	20

3.6	Sammenfatning.....	20
4	Terskelen for bruk av forvaring overfor mindreårige etter gjeldende rett	21
4.1	Innledning.....	21
4.2	Kort om vilkårene for idømmelse av forvaring.....	22
4.3	Grunnloven og barnekonvensjonen som skranker	25
4.3.1	Innledning.....	25
4.3.2	Barnekonvensjonen artikkel 3	25
4.3.3	Barnekonvensjonen artikkel 37b	29
4.3.4	Grunnloven § 104.....	30
4.4	Alminnelige vilkår for idømmelse av forvaring.....	30
4.4.1	Lovbruddets art	30
4.4.2	Gjentakelsesfare	32
4.4.3	Grunnvilkåret: Ikke tilstrekkelig vern med tidsbestemt straff	36
4.5	Særvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter»	38
4.6	Forsøk på en konklusjon	40
5	Avsluttende vurderinger	43
5.1	Innledning.....	43
5.2	Høyesteretts mangel på klarhet hva gjelder innholdet i særvilkåret	43
5.3	Barnets beste-vurderingen i Vulkan.....	44
5.4	Aldersparadokset.....	45
5.5	Manglende alternativ til sikkerhetstilbud.....	47
6	Kilderegister	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er bruk av forvaringsstraff overfor mindreårige lovbytere.

FNs barnekonvensjon artikkel 1 definerer *barn* som enhver «below the age of eighteen years». ¹ I Norge er den kriminelle lavalder satt til 15 år. ² Det betyr at barn under 15 år ikke kan straffefølges. Når betegnelse «mindreårig», «barn» og «unge lovbytere» benyttes i denne avhandlingen, siktes det derfor til personer i aldersgruppen 15 til 18 år.

Forvaring er en tidsbestemt straff for særlig farlige lovbytere. ³ Straffereaksjonen kan etter straffeloven § 40 benyttes i de tilfeller hvor ordinær fengselsstraff ikke gir samfunnet tilstrekkelig vern, og når det foreligger fare for gjentakelse av lovbrudd. I likhet med ordinær fengselsstraff er forvaring en frihetsstraff, men skiller seg fra alminnelig fengselsstraff ved at domstolene kan forlenge den først fastsatte tidsrammen med inntil fem år av gangen, etter begjæring fra påtalemyndigheten. ⁴ Spørsmålet om forlengelse beror på om domfelte *fortsatt* vurderes som farlig. ⁵ Den som soner en forvaringsdom, vil derfor måtte sone uten sikker kunnskap om hvor lenge soningen vil vare. ⁶ Gitt at vedkommende stadig vurderes som farlig, kan det medføre at domfelte blir underlagt forvaring livet ut. ⁷ Disse omstendigheter har ført til at forvaring har fått betegnelsen «lovens strengeste straff».

Det har i flere år vært debattert hvordan de yngste lovbyterne skal behandles og ivaretas i strafferetten. ⁸ Bakgrunnen for debatten er blant annet at fengselsstraff er ansett som særlig belastende for barn. ⁹ Domstolene er derfor pålagt å være tilbakeholden med bruk av ordinær fengselsstraff overfor unge lovbytere. ¹⁰ I straffeloven § 33 er det fastslått at barn kun skal idømmes fengselsstraff der det anses «særlig påkrevd». For å ilegge en ung lovbyter

¹ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (heretter barnekonvensjonen).

² jf. Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven) § 20.

³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 274.

⁴ jf. straffeloven § 43 fjerde punktum.

⁵ Drake (2019) s. 289.

⁶ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

⁷ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

⁸ NOU 2008: 15 s. 15.

⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

¹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 435.

tidsbestemt fengselsstraff vil kravet være strengere. Det må, i henhold til straffeloven § 40 første ledd siste punktum, foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter».¹¹

Ved innføringen av særvilkåret i straffeloven § 40 første ledd siste punktum ble det i lovforarbeidene presisert at forvaring «tilnærmet aldri» skal benyttes på de lovbrøytene som var mindreårige på handlingstidspunktet.¹² Til tross for uttalelsen i forarbeidene er forvaringsstraff idømt i flere straffesaker mot mindreårige de siste årene, jf. punkt 1.3. Målet med denne avhandlingen er å avklare hva som kreves for at forvaring av mindreårige lovbrøytene kan anses akseptabelt i rettslig forstand. Bruk av straffarten er et kraftig inngrep i gjerningspersonens privatliv og frihet. Både Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 vil sette skranke for bruken av forvaring, som bare kan aksepteres dersom det anses å være *forholdsmessig*.¹³

Problemstillingen jeg ønsker å besvare er hvilken adgang domstolene har til å bruke forvaring som straffereaksjon overfor mindreårige etter gjeldende rett.

1.2 Nærmere om forvaring

Som et utgangspunkt skal en frihetsberøvende straff være avgrenset i tid.¹⁴ Dette gjelder også for forvaring. Siden forvaringsstraffen er ment å være åpen for forlengelse, fastsetter ikke domstolen en endelig straff, men en «tidsramme».¹⁵ I forlengelsen av dette *bør* det også fastsettes en minstetid.¹⁶ Dersom minstetid fastsettes, kan ikke domfelte prøveløslates før minstetiden er utløpt.¹⁷

Straffeloven § 43 tredje punktum oppstiller en særregel vedrørende forvaringens varighet, hvor gjerningspersonen var «under 18 år på handlingstidspunktet». Tidsrammen *bør* ikke overstige 10 år og den *skal* ikke overstige 15 år.

¹¹ Dette særvilkåret ble tilføyd ved lov 20. januar 2012 nr. 6 i Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 (heretter straffeloven 1902) § 39c. Vilkåret er også å finne i den någjeldende straffelov fra 2005.

¹² Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

¹³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grunnloven), Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (heretter EMK). Forholdsmessighetskravet følger ikke direkte av Grunnloven, men er innfortolket av Høyesterett.

¹⁴ Holmboe (2020) s. 235.

¹⁵ Straffeloven § 43, Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

¹⁶ Holmboe (2020) s. 235.

¹⁷ Straffeloven § 44 første ledd.

Begrunnelsen for at det fastsettes en øvre tidsramme for forvaringen var opprinnelig bunnet i ønsket om å minke den uvissheten som en tidsubestemt reaksjon innebærer.¹⁸ Det som skulle være bestemmende for vurderingen av tidsrammen, var faren for gjentakelse av lovbrudd.¹⁹ Tendensen fra nyere rettspraksis synes imidlertid å være at tidsrammen settes tilnærmet lik den ordinære, tidsbestemte straffen; gjerne omtalt som den «alternative straffen».²⁰ Retten tar så utgangspunkt i denne tidsrammen når de vurderer om *fengselsstraff gir tilstrekkelig samfunnsvern*, eller om det vil være nødvendig med forvaring.²¹

1.3 Bakgrunn for valg av tema og aktualitet

I februar 2017 avsa Høyesterett for første gang en forvaringsdom mot et barn.²² En 15 år gammel jente ble idømt ni års forvaring for drapet på en miljøarbeider ved barneverninstitusjonen hun bodde på.²³ Saken ble dekket omfattende og bredt i mediene gjennom alle rettsrundene, og resultatet møtte stor motstand. Mette Yvonne Larsen, leder av advokatforeningens menneskerettsutvalg, var en av flere som uttrykte seg kritisk. Larsen mente at retten manglet hjemmelsgrunnlag for forvaring og at et slikt valg av straffereaksjon var i strid med FNs barnekonvensjon.²⁴

Nærmere to år senere skjedde det igjen. En gutt som på handlingstidspunktet var 17 år og tre måneder, ble av Høyesterett idømt forvaring med en tidsramme på fire år.²⁵ I denne saken var det tale om et drapsforsøk, med 53 knivstikk mot et tilfeldig offer. Under behandlingen av saken gikk Mads Andenæs, professor ved det juridiske fakultetet i Oslo, ut i mediene og understreket at gode grunner taler for en restriktiv bruk av forvaring overfor barn, da forvaring vil være en langt mer alvorlig reaksjon for mindreårige enn for voksne mennesker.²⁶

I tillegg til de to nevnte sakene fra siste instans, avsa lagmannsretten tre rettskraftige forvaringsdommer i 2019 og 2020.²⁷ I disse sakene var det tale om handlinger som drap og

¹⁸ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

¹⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

²⁰ Se HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 35-40, Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 626.

²¹ Se blant annet HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 40.

²² HR-2017-290-A (Vollen).

²³ Avgjørelsen tok utgangspunkt i straffeloven 1902 § 39c. Rettstilstanden er ikke endret med den nye straffeloven og resultatet ville derfor blitt det samme etter bestemmelsen i straffeloven fra 2005.

²⁴ Artikkel på NRKs nettsider: <https://www.nrk.no/norge/15-aring-kan-dommes-til-forvaring-for-forste-gang--brudd-pa-barnekonvensjonen-1.12413714>

²⁵ HR-2019-832-A (Vulkan).

²⁶ Artikkel på Dagbladets nettsider: <https://www.dagbladet.no/nyheter/knivstikker-17-kan-fa-forvarign-derfor-er-dette-ekstremt-sjeldent/70970254>

²⁷ LE-2019-122942 (Vinstra), LG-2019-105200 (Varhaug), LB-2020-34882 (Oslo).

grove seksual- og voldslovbrudd, utført av gjerningsmenn som på handlingstidspunktet var mindreårige.

De seneste års utvikling i rettspraksis har reaktualisert debatten om forvaringsinstituttet og bruken av det overfor barn. Selv om det fremgår av forarbeidene at forvaring «tilnærmet aldri» skal benyttes på mindreårige, har det siden 2017 blitt idømt hele *fem* ganger.²⁸ Det er interessant å merke seg at dette har skjedd i en tid hvor man gjennom inkorporering av barnekonvensjonen og styrking av barnets rettigheter i Grunnloven, har opplevd en økende bevissthet og et større fokus rundt hensynet til barnets beste. Disse omstendighetene gjør det særlig aktuelt å undersøke hvilken adgang det er til bruk av forvaring overfor mindreårige i dag, og i hvilken retning det ser ut til å være på vei.

1.4 Rettskildebildet og metodiske avklaringer

Avhandlingen er i hovedsak rettsdogmatisk, idet siktemålet er å avklare gjeldende rett. I siste kapittel skal jeg foreta noen rettspolitiske vurderinger, med utgangspunkt i resultatene av analysen foran.

Både EMK og barnekonvensjonen består av enkelte viktige bestemmelser for barn som begår lovbrudd. EMK oppstiller i hovedsak prosessuelle rettsgarantier, og i mindre grad materielle krav ved straff av barn. For denne avhandlingen vil barnekonvensjonen være den internasjonale kilden av størst betydning, idet den gir barn som sitter på tiltalebenken særskilte rettigheter.

Om barnekonvensjonen skal det bemerkes at den ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 2003.²⁹ Av denne loven følger det at barnekonvensjonen gjelder som norsk lov og at reglene har forrang foran annen lovgivning.³⁰ Det betyr at barnekonvensjonen som et utgangspunkt skal gå foran ved en eventuell motstrid.

Siden barnekonvensjonen er en traktat, skal den tolkes etter Wienkonvensjonens regler for traktattolkning.³¹ Ved tolkningen er det, som ved konvensjoner ellers, den naturlige språklige

²⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

²⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (heretter menneskerettsloven) § 2 nr. 4.

³⁰ jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

³¹ Vienna Convention on the Laws of Treaties vedtatt 23. mai 1969 (heretter Wienkonvensjonen).

forståelsen av ordene som skal være utgangspunktet.³² Videre skal den tolkes i sammenheng med «objects and purpose», altså dens gjenstand og formål, og som et hele.³³

Barnekomitéen er konvensjonens overvåkningsorgan, og sørger for gjennomføringen og etterlevelsen av barnekonvensjonen.³⁴ Ved ratifikasjon påtar statene seg en rapporteringsplikt, hvorpå de til disse rapportene mottar *avsluttende merknader* med komitéens anbefalinger og potensielle bekymringer til den enkelte stat.³⁵ Disse merknadene er ikke-bindende, noe som innebærer deres betydning og vekt møter sine begrensninger.³⁶ *Smith* har gitt uttrykk for at statenes etterlevelse av de avsluttende merknadene vil avhenge av momenter som ressurser og politisk vilje.³⁷

Artiklene i barnekonvensjonen er ulikt utformet; mens noen er tydelige og presise, er andre mindre klar. Komitéen supplerer derfor disse med *generelle kommentarer*, hvor konvensjonens nærmere innhold ytterligere er blitt klarlagt.³⁸ Det er i praksis fra norsk Høyesterett presisert at barnekomitéens generelle kommentarer ikke er folkerettslig bindende, men at de likevel vil ha vekt som rettskilde.³⁹ Høyesterett har uttalt at denne vekten skyldes den særlige rolle komitéen har som det primære folkerettslige håndhevingsorganet under konvensjonen, og at disse generelle kommentarene bygger på organets årelange erfaring.⁴⁰ Vekten vil ellers variere i de enkelte saker, avhengig av hvor tydelig den generelle kommentaren er, og hvordan den konkrete situasjonen domstolene står overfor samsvarer med det som fremgår av kommentaren.⁴¹

1.5 Veien videre

Den videre fremstillingen er delt inn i fem primærkapitler. I kapittel 2 skal forvaringsstraffen settes inn i en historisk kontekst, hvor straffereaksjonens opprinnelse og utvikling skal belyses nærmere. Det skal også rettes et blikk mot hvordan tradisjonen i norsk rett har vært vedrørende ivaretagelsen av mindreårige som begår kriminelle handlinger. I kapittel 3 vil det

³² jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 1.

³³ jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 1 og 2.

³⁴ jf. barnekonvensjonen artikkel 43 og 45.

³⁵ *Smith* (2020) s. 25.

³⁶ *Smith* (2020) s. 25.

³⁷ *Smith* (2020) s. 25.

³⁸ *Smith* (2020) s. 26.

³⁹ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 271.

⁴⁰ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 272.

⁴¹ *Smith* (2020) s. 31.

foretas en redegjørelse av de hensyn som ligger bak straffen; både på et generelt plan, i relasjon til forvaringsstraffen, og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved straff av barn. Dernest skal jeg i kapittel 4 foreta en nærmere analyse av den gjeldende rett på området ved hjelp av forfatningsreglene, de folkerettslige forpliktelser som følger av barnekonvensjonen og forvaringsbestemmelsen i straffeloven § 40, med det formål å besvare oppgavens hovedproblemstilling. Ved behandlingen av straffeloven § 40 vil de alminnelige vilkår for forvaring oppstilles først, etterfulgt av det særskilte vilkåret for idømmelsen av forvaring overfor barn. I kapittel 5 skal det foretas et dypdykk i noen av funnene fra kapittel fire, hvor særskilte punkter skal løftes frem og underkastes en kritisk vurdering.

2 Den historiske utvikling

2.1 Innledning

Straffereaksjonen forvaring skiller seg fra den ordinære fengselsstraffen. For å legge grunnlag for en bedre forståelse av særtrekkene ved forvaringsstraffen, og bruken av forvaring overfor mindreårige, vil jeg i dette kapitlet gi en kort presentasjon av forvaringsinstituttets opprinnelse og utvikling, samt hvordan utviklingen har vært vedrørende den statlige håndteringen av unge lovbyggere mer generelt.

2.2 Forvaringsinstituttets opprinnelse og utvikling

I kriminalloven fra 1842 fantes det ikke tidsubestemte straffereaksjoner.⁴² Tidsubestemte straffereaksjoner ble introdusert ved vedtakelsen av straffeloven fra 1902, hvor det var to ulike særforanstaltninger for de lovbyggere som var ansett som farlig: «etterforvaring som tilleggstraff for normale forbyggere og sikringstiltak – uten straffekarakter – for abnorme lovbyggere.» (uthevet her).⁴³ Sikringstiltak kunne anvendes på de lovbyggere som var både tilregnelig og utilregnelig, mens etterforvaring figurerte som en *tidsubestemt tilleggstraff* for farlige, tilregnelige lovbyggere.⁴⁴ Dette innebar at etterforvaring ble et tillegg til selve straffen, hvor det tidsubestemte elementet kunne iverksettes etter at selve straffen var sonet.

Sikringsordningen var omstridt, da den ikke ble ansett å gi et tilstrekkelig samfunnsvern, og etterforvaring ble på sin side svært sjeldent benyttet som straffereaksjon.⁴⁵ I 1929 ble det derfor foretatt en revidering av sikrings- og etterforvaringsreglene.⁴⁶

I 1974 foreslo Straffelovrådet i utredningen «Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner» at det skulle være åpning for å idømme tilregnelige gjerningsmenn en tidsubestemt forvaring som et alternativ til fengselsstraff.⁴⁷ Forslaget skilte seg fra det tidligere sikringsinstituttet ved at forvaringen skulle anses som straff, og ved at det ikke skulle være anledning til å ilegge forvaring- og fengselsstraff samtidig.⁴⁸ Utredningen møtte sterk motstand, særlig fra psykiatrisk hold.⁴⁹ Det hersket også uenighet innad i rådet vedrørende

⁴² Lov angaaende Forbyggelser 20. august 1842 (heretter Kriminalloven).

⁴³ NOU 1974: 17 s. 199.

⁴⁴ NOU 1974: 17 s. 199-201, Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 620.

⁴⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 620.

⁴⁶ NOU 1974: 17 s. 205-206.

⁴⁷ Se NOU 1974: 17.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 10.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 10.

forvaringsordningen, hvor et mindretall var imot innføringen.⁵⁰ Straffelovrådets forslag om tidsubestemt forvaring ble derfor ikke fremlagt som et lovforslag.⁵¹

I 1980 ble Straffelovkommisjonen oppnevnt med mandat om å lage utkast til ny straffelov. I sin utredning NOU 1983:57 støttet kommisjonen i stor grad forslagene som tidligere var utarbeidet av Straffelovrådet.⁵² Forslagene møtte igjen stor motstand.⁵³ Fem år etter oppnevnte Justisdepartementet Særreaksjonsutvalget i håp om å finne en løsning. Dette utvalget foreslo å skille særreaksjonene for de tilregnelige og utilregnelig, hvor det skulle være anledning til å ilegge førstnevnte gruppe forvaringsdom.⁵⁴ Det ble da presisert at grunnvilkåret for idømmelsen av en slik særreaksjon måtte være at det ble ansett som nødvendig for å *verne samfunnet*.⁵⁵ Dette forslaget la grunnlaget for forvaringsinstituttet slik vi kjenner det i dag. Dagens forvaringsordning bygger i det vesentlige på forslaget fra Særreaksjonsutvalget.⁵⁶

Departementet sluttet seg til Særreaksjonsutvalgets vurderinger, og pekte på at det av hensyn til samfunnet og beskyttelsen av det forelå et særlig behov for å ha sanksjoner tilgjengelig «etter endt straffetid for enkelte særlig farlige lovbrøtere».⁵⁷ Videre uttrykte Justisdepartementet at det kunne være flere fordeler ved å ha en *tidsubestemt straff* tilgjengelig: Den *tidsbestemte ordningen* hadde den ulempe at retten i en del tilfeller måtte ilegge «svært lange straffer», som igjen kunne ha en «uheldig effekt på det generelle straffenivået».⁵⁸ Uttalelsen kan forstås dithen at departementet mente at i stedet for å idømme lovbrøter en svært lang tidsbestemt straff, ville det heller utmåles en «kortere straff», i form av en forvaringsdom. At det forelå en snever adgang til å kunne idømme en *tidsubestemt særreaksjon*, fremfor at retten i alle tilfeller måtte avsi en tidsbestemt straff, ble følgelig foretrukket både av hensyn til samfunnet og lovbrøteren selv.⁵⁹

⁵⁰ NOU 1974: 17 s. 142-143.

⁵¹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 10.

⁵² NOU 1983: 57 s. 16.

⁵³ Ot.prp. nr. 87 s. 10.

⁵⁴ NOU 1990: 5 s. 17.

⁵⁵ NOU 1990: 5 s. 17.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 274.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

Forvaring som straffart så dagens lys for første gang 1. januar 2002, etter innføring som egen straffart og særreaksjon ved lov 17. januar 1997 nr. 11, jf. 1902 §§ 39c-39h. Særreaksjonen avløste da sikring i fengsel.⁶⁰ Selv etter innføringen fortsatte debatten rundt forvaringsinstituttet. Et mindretall i Straffelovkommisjonen, som var satt til å utrede den nye straffeloven, uttrykte at de var imot forvaring fordi det ville føre til «høyst usikre vurderinger av lovbrysterens farlighet i fjern framtid» og kunne lede til «vilkårlighet og forskjellsbehandling».⁶¹ Forvaringsordningen ble likevel videreført i straffeloven av 2005, men da som en *alminnelig form for straff*.⁶² Om dette ledet til noen endring i realiteten, er vanskelig å si. Det fremgår ingen klar definisjon av ordet «særreaksjon» i utredningene.⁶³ Johnsen mener at selv om forvaring ikke lenger faller inn under definisjonen «særreaksjon», men nå heller betegnes som straff, vil det likevel fortsette å fremstå som en særreaksjon så lenge forvaringsbestemmelsens vilkår tar sikte på å avverge en fremtidig fare eller ordensforstyrrelse.⁶⁴

2.3 Generelle utviklingstrekk i behandlingen av mindreårige lovbryttere

2.3.1 Bruk av straff overfor mindreårige lovbryttere

Kriminalloven fra 1842 fastsatte to ulike aldersgrenser for å anvende straff på barn som begikk kriminelle handlinger. Ti år var satt som den absolutte kriminelle lavalder – og barn i alderen 10 til 15 var bare straffri for mindre lovovertridelser.⁶⁵ Dette innebar at barn fra 10 års alder, som begikk alvorlige forbrytelser, kunne straffes. De mellom 10 til 15 år skulle likevel straffes mildere enn voksne mennesker.⁶⁶ Disse strafferettslige aldersgrensene ble opphevet i 1896, hvorpå den absolutte strafferettslige lavalder ble satt til 14 år.⁶⁷

På 1950-tallet oppsto et økende fokus på vern og behandling av unge lovbryttere. Det ble uttrykt at man måtte utvise forsiktighet med å plassere barn og ungdom i institusjoner da en slik anbringelse kunne lede til at de ble «stemplet», «bitre» og at den «anti-sosiale

⁶⁰ Eskeland (2018) s. 399.

⁶¹ NOU 2002: 4 s. 252.

⁶² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 274, Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 620.

⁶³ Johnsen (2011) s. 4.

⁶⁴ Johnsen (2011) s. 13.

⁶⁵ NOU 2008: 15 s. 15.

⁶⁶ NOU 2008: 15 s. 15.

⁶⁷ NOU 2008: 15 s. 15.

holdningen» ble forsterket.⁶⁸ Denne utviklingen har senere blitt betegnet om et utslag av «behandlingsoptimismens tidsalder» eller «behandlingsideologiens gjennomslag».⁶⁹ Fra 1954 begynte kriminaliteten i aldersgruppen 14 til 17 år å stige, og på tre år var den registrerte kriminaliteten doblet.⁷⁰ I lys av den stigende ungdomskriminaliteten snudde optimismen, og det ble etter hvert ikke lenger ansett som tilstrekkelig å overlate unge lovbrøyttere til barnevernet.⁷¹ På bakgrunn av dette ble det i 1964 foretatt en utredning av Straffelovrådet, hvor det ble foreslått en egen lov med strafferettslige tiltak for ungdom, og en heving av den kriminelle lavalder til 15 år.⁷² Forslaget om heving av den strafferettslige lavalderen ble ikke fulgt opp av Stortinget, i stedet ble Lov om 9. april 1965 om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrøyttere (ungdomsreaksjonsloven) vedtatt.⁷³ Loven ga særreaksjonene for unge lovbrøyttere et *tydeligere strafferettslig preg*.⁷⁴ Den påfølgende tiden er derfor karakterisert som «behandlingstankens død» innenfor strafferettssystemet.⁷⁵

Debatten vedrørende statens håndtering av kriminelle barn og unge fortsatte utover 1970-tallet.⁷⁶ Etter en lengre drøftelsesperiode ble den kriminelle lavalder hevet til 15 år i 1990, jf. lov 12. juni 1987 nr. 51.

I senere tid har det vært færre lovendringer som har hatt vesentlig innvirkning på tilnærmingen til unge lovbrøyttere. Av størst betydning er nok de endringer som har skjedd som følge av inkorporeringen av barnekonvensjonen gjennom menneskerettsloven i 2003. Barnekonvensjonen og dens særlige stilling har ført til et økende fokus på barns særskilte rettigheter.⁷⁷ Dette har videre en sammenheng med grunnlovsreformen fra 2014, hvor Grunnloven § 104, som gir uttrykk for barns rettigheter, ble innført.

⁶⁸ Ericsson (1996) s. 21.

⁶⁹ NOU 2008: 15 s. 16.

⁷⁰ Ericsson (1996) s. 23.

⁷¹ Ericsson (1996) s. 29.

⁷² NOU 2008: 15 s. 17.

⁷³ NOU 2008: 15 s. 15.

⁷⁴ NOU 2008: 15 s. 17.

⁷⁵ Ericsson (1996) s. 37.

⁷⁶ NOU 2008: 15 s. 18.

⁷⁷ NOU 2008: 15 s. 19.

2.3.2 Bruk av forvaring overfor mindreårige lovbrøyttere

Straffeloven fra 1902 oppstilte opprinnelig ingen begrensninger i adgangen til å idømme mindreårige forvaring. Straffereaksjonen kunne således ilegges fra fylte 15 år.⁷⁸

Under utarbeidelsen av straffeloven 2005 foreslo et flertall i Straffelovkommisjonen et forbud mot bruk av forvaring for barn under 18 år.⁷⁹ Forslaget ble ikke fulgt opp av departementet. Justisdepartementet mente at enkelte unge lovbrøyttere utgjorde en så stor fare at tidsbestemt fengselsstraff ikke ville være tilstrekkelig.⁸⁰ *Barn og straff-utvalget* fulgte opp Straffelovkommisjonens forslag i sin utredning fra 2008, og presiserte at forvaring ikke burde benyttes overfor barn som var under 18 år på handlingstidspunktet.⁸¹ *Barn og straff-utvalget* uttrykte bekymring i relasjon til den belastning en slik straffereaksjon ville være for et barn, og mente at en forvaringsdom var lite hensiktsmessig sett til barnets muligheter for reintegrering i samfunnet etter endt soning.⁸² Departementet trosset anbefalingene og presiserte at det kunne oppstå tilfeller av «ekstraordinær karakter», hvor en reaksjon av denne grad ville være riktig.⁸³ De mente likevel at adgangen måtte være snever og fremhevet at forvaring vil være ekstra belastende for barn, at barn fortsatt er i en «modningsprosess» og at det kan være vanskelig å motivere barnet til endring dersom det stemples som «farlig» og blir stigmatisert.⁸⁴ Det ble derfor foreslått en ny formulering i lovteksten om «helt ekstraordinære omstendigheter» for idømmelsen av forvaring der hvor lovbrøytteren var under 18 år på handlingstidspunktet.⁸⁵ Vilkåret ble vedtatt og tilføyd i 2012 i den daværende straffelov fra 1902, jf. 39c annet ledd, og er videreført i straffeloven 2005, jf. § 40 første ledd annet punktum.

⁷⁸ jf. straffeloven 1902 § 46.

⁷⁹ NOU 2002: 4 s. 252.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 281.

⁸¹ NOU 2008: 15 s. 13.

⁸² NOU 2008: 15 s. 147-148.

⁸³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

⁸⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104, HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 71, HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 75.

⁸⁵ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

3 Hensyn bak straff, forvaringsinstituttet og særlige hensyn når lovbryster er mindreårig

3.1 Innledning

Straff i form av frihetsberøvelse er det sterkeste inngrepet staten kan gjøre mot oss som borgere. Det er derfor interessant og viktig å være bevisst på hva som kan legitimere et slikt inngrep. I dette kapitlet ønsker jeg derfor å klarlegge hva som er straffens funksjon og hva som gir den legitimitet. Det skal ses hen til hvilke hensyn som ligger bak straff generelt, herunder av mindreårige, og forvaring spesielt.

Tradisjonelt har straff blitt definert som «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde».⁸⁶ Denne definisjonen gjelder som et utgangspunkt fortsatt, men i dag hersker det en mer utbredt oppfatning om at tilføyelsen av et onde ikke skal være noe formål i seg selv.⁸⁷

Bruk av straff er som nevnt det sterkeste inngrepet staten har anledning til å gjøre i en borgers rettssfære, og det stilles derfor strenge prosessuelle og rettsstatlige krav til bruken.⁸⁸

Legalitetsprinsippet fremgår av Grunnloven § 96 første ledd og EMK artikkel 7. En side ved legalitetsprinsippet fremgår også av Grunnloven § 97, hvor tilbakevirkningsforbudet er knesatt.⁸⁹ Videre krever Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 at et inngrep i borgernes privatliv er *forholdsmessig*. I dette ligger det at straff, som inngrep i privatlivet, må ivareta et legitimt formål, ikke gå lengre enn hva som er nødvendig og at det må være forholdsmessig.⁹⁰ I det følgende finner jeg derfor grunn til å vie forholdsmessighetsprinsippet mer oppmerksomhet.

3.2 Forholdsmessighetsprinsippet

Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 oppstiller skranker for bruk av straff, ved at den ikke skal være *uforholdsmessig*. Kravet om forholdsmessighet er svært viktig ved straffeutmålingen og således også ved valg av straffereaksjon.⁹¹ Hva som mer konkret fremstår som en adekvat og forholdsmessig straff, beror i første rekke på hvilken forbrytelse

⁸⁶ Andenæs (1962) s. 352, Rt. 1977 s. 1207, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

⁸⁷ Eskeland (2018) s. 41.

⁸⁸ Rui (2020) s. 323.

⁸⁹ Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 84.

⁹⁰ Rui (2020) s. 323 med videre henvisning til HR-2018-104-A avsnitt 23 og HR-2018-699-A avsnitt 32.

⁹¹ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 695.

som er begått, og hvordan det har påvirket det vernede rettsgodet, nærmere bestemt straffverdividheten av tiltaltes handling.⁹² Kravet om forholdsmessighet er med andre ord avgjørende for at det i strafferetten opereres med ulike former for straff – klanderer må stå i et proporsjonalt forhold til den forbrytelse som er begått.

Forvaringsstraffen er en særdeles inngripende straffereaksjon. Den blir betraktet som den strengeste og mest belastende formen for straff samfunnsordenen har.⁹³ Klanderverdividheten for den handling forvaring skal være en reaksjon for, må derfor være stor. Som et utgangspunkt må det antas at det bare er de mest alvorlige handlinger som kan møtes med en straffereaksjon av en slik art, da noe annet ikke vil være forholdsmessig.

I forbindelse med Høyesteretts behandling av den kjente NOKAS-saken, uttalte retten at formålet med forvaring ikke nødvendigvis «er å ramme de mest alvorlige forbrytelser med særlig streng straff».⁹⁴ Det finnes flere eksempler på sakstiltfeller som har vært oppe i Høyesterett – av svært alvorlig karakter – som bare har ført til ordinær fengselsstraff, og derav en mildere straff.⁹⁵ Dette innebærer at forvaring blir stående i et slags spenningsforhold til prinsippet om forholdsmessighet ved utmåling av straff. Det er nemlig ingen betingelse at forvaringsstraffen, som betegnes som den strengeste straffen vi har, idømmes i de mest alvorlige tilfellene. Denne omstendighet er i utgangspunktet uheldig, men må kunne sies å være det i desto større grad i de saker hvor det er tale om barn. Årsaken til dette skal utdypes nærmere i det følgende punkt 3.3.

3.3 Straffens formål

3.3.1 Innledning

Det har vært tradisjon for å hevde at strafferetten bare kan begrunnes gjennom de relative strafferettsteoriene.⁹⁶ Disse strafferettsteoriene kjennetegnes i første rekke ved at straffen anses å være et styringsmiddel.⁹⁷ I forarbeidene til straffeloven blir det presisert at det i dette uttrykket ligger at straffens formål er å styre fremtidig atferd og på denne måten bidra til et samfunn og en sameksistens som anses ønskelig.⁹⁸ Det er altså prevensjon og forebyggelse

⁹² Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 607.

⁹³ NOU 2008: 15 s. 83.

⁹⁴ Rt. 2007 s. 1056 avsnitt 110.

⁹⁵ Se bl.a. Rt. 2011 s. 1789.

⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-78, Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 35.

⁹⁷ Eskeland (2018) s. 51.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

det vises til som straffeinstitusjonens fremste formål.⁹⁹ Denne formålsbegrunnelsen har i de seneste år vært gjenstand for kritikk.¹⁰⁰ Dette skyldes at de gitte premissene bak straffens formål ikke i tilstrekkelig grad klarer å begrunne alle sidene ved vår strafferett. Departementet har i forarbeidene til dagens straffelov fremhevet at prevensjonsformålet også er å forebygge «uønsket atferd» og «sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje».¹⁰¹ Det poengteres altså her at det også vil være av betydning hvordan borgerne ser på strafferettssystemet og selve håndteringen av forbrytelser – noe som har en side til gjengjeldelsestenkningen.¹⁰² *Kinander* har tatt til orde for at det derfor finnes et slags pragmatisk element av gjengjeldelse i straffelovgivningen.¹⁰³ I det følgende skal det derfor foretas en redegjørelse av allmennprevensjon og individualprevensjon, men også gjengjeldelse som sådan.

3.3.2 Allmennprevensjon

Av forarbeidene til straffeloven fremgår det at allmennpreventive virkninger kan ses på som «evnen til å påvirke andre til ikke å begå lovbrudd».¹⁰⁴ Disse virkningene knyttes både til selve eksistensen av en straffetrussel, den oppmerksomhet som ligger i straffeforfølgningen, og straffens fullbyrdelse.¹⁰⁵

Det skilles gjerne mellom ulike virkninger; *straffens avskrekkende virkning*, også kalt straffens kost og nyttevirkning, og *den vanedannende og holdningsskapende virkning*.¹⁰⁶ Straffens avskrekkende virkning er ikke ulik den individualpreventive virkningen, men til forskjell følger den avskrekkende virkning av den generelle mulighet for straff, og ikke for å straffes på ny.¹⁰⁷

Høyesterett har ved flere anledninger vist til allmennpreventive hensyn som en del av begrunnelsen for å idømme unge lovbrøyttere fengselsstraff.¹⁰⁸ De har imidlertid også understreket viktigheten av begrensninger i bruken av allmennpreventive hensyn som

⁹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77-78.

¹⁰⁰ Se bl.a. *Kinander* (2013), *Gröning, Husabø og Jacobsen* (2019) s. 39.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰² *Frøberg* (2016) s. 36-37.

¹⁰³ *Kinander* (2013) s. 184.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹⁰⁸ Se bl.a. *Rt.* 2010 s. 1317 avsnitt 33.

begrunnelse for straff av barn, som følge av at «unge mennesker ikke handler ut fra de rasjonelle overveielser hensynet allmennprevensjon forutsetter».¹⁰⁹ Dette aspektet finner vi igjen i *Barn og straff-utvalgets* utredning, hvor det ble presisert at barnets begrensede evne til å se konsekvensene av sine handlinger vil svekke betydningen av allmennprevensjon.¹¹⁰ Departementet har likevel i etterkant av denne utredningen presisert at også allmennprevensjon kan tilsi bruk av en frihetsberøvende reaksjon overfor barn.¹¹¹ Det som på lang sikt vil tjene barnets interesser trer i forgrunnen og kan bare settes til side dersom «det foreligger særlig tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad ivaretas ved andre straffesanksjoner».¹¹²

Barn og straff-utvalget har uttalt at «straff kan ha allmennpreventive virkninger ved at den virker avskrekkende overfor andre».¹¹³ Å bruke barn og forvaringsstraff, som betegnes som lovens strengeste straff, for å statuere et eksempel for allmennheten gjennom straffens «avskrekkende» eller «vanedannende og holdningsskapende» virkning, kan vanskelig ses som *forholdsmessig*. Allmennprevensjon er en funksjon som selve straffeloven – kriminalisering med straffetrussel – oppebærer. Domstolene kan som utgangspunkt ikke utmåle eller benytte forvaringsstraff for å avskrekke andre; det vil forholdsmessighetsprinsippet være til hinder for. Barnets begrensede vurderingsevner og interesser, samt «barnets beste» er ellers noe som skal svekke betydningen av allmennpreventive virkemidler.¹¹⁴ Dette medfører at allmennprevensjon blir stående i et spenningsforhold til hensynet til barnets beste.¹¹⁵ Det er således vanskelig å se hvordan forvaringsinstituttet – eller trusselen om forvaring – kan begrunnes i allmennpreventive hensyn.

3.3.3 Individualprevensjon

De individualpreventive virkninger betegnes som straffens evne til å påvirke den enkelte lovbryster til å avstå fra nye lovbrudd.¹¹⁶ Disse virkningene deles gjerne inn i tre; *straffens uskadeliggjørende* (også kalt inkapasiterende), *avskrekkende* og *forbedrende virkning*.¹¹⁷ Den

¹⁰⁹ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25.

¹¹⁰ NOU 2008: 15 s. 23.

¹¹¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 100.

¹¹² Prop. 135 L (2010-2011) s. 99-100 med videre henvisning til Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15, HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 36-37.

¹¹³ NOU 2008: 15 s. 22.

¹¹⁴ jf. Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.

¹¹⁵ Se Martnes (2015).

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

uskadeliggjørende virkning henger sammen med frihetsberøvelse ved at gjerningspersonen enten varig eller for en viss tid hindres fysisk fra å foreta nye straffbare handlinger, mens den avskrekkende virkning inntreffer når lovbyteren opplever straffen som noe negativt, og derfor velger å avstå fra fremtidige handlinger.¹¹⁸ Den forbedrende virkning oppstår på sin side når gjerningspersonen erkjenner den bebreidelse som ligger i selve straffen, og forstår hvorfor handlingen var uriktig.¹¹⁹

Det er i rettspraksis uttalt at de individualpreventive hensyn har «en særlig tyngde», men at det bør være «svært mye» som skal til for at så unge mennesker sperres inne.¹²⁰ Årsaken til dette er at personer i denne aldersgruppen er sårbare og ellers «lite egnet til å motstå uheldige virkninger av fengselsstraffen».¹²¹ *Martnes* har uttrykt at det vil være i både barnets og samfunnets interesse at det benyttes en straffereaksjon som gjør barnet i stand til å leve et liv uten kriminalitet, og at dette innebærer at hensyn som reintegrering og rehabilitering – som hører under straffens forbedrende virkning – er viktig for valg av straffereaksjon.¹²²

Rettspraksis underbygger uttalelsene til *Martnes*, hvor Høyesterett har uttalt at det vil være til barnets beste at de individualpreventive hensyn ivaretas, og sikter med det til straffens forbedrende virkning.¹²³ Hensynet til barnets beste – og dermed de individualpreventive hensyn – har særlig vekt på bekostning av allmennpreventive hensyn.¹²⁴ *Barn og straffutvalget* har understreket at barn har særlige karakteristikk som skiller seg fra voksne, og at disse særtrekkene kan lede til at fengsling av barn gir individualprevensjonen en negativ effekt.¹²⁵ Denne omstendighet har videre ført til at det i størst mulig grad ønskes unngått at barn idømmes ubetinget fengsel.¹²⁶

Forvaring er en ubetinget fengselsstraff, hvor tidsubestemtheten gir straffereaksjonen et tilleggsmoment. Forvaringsstraff blir ansett å være særlig negativ for mindreårige lovbytere, blant annet som følge av at barnet ved idømmelse av reaksjonen vil betegnes som «farlig».¹²⁷ Det er vist til at denne betegnelsen kan være en hindring i reintegreringen og rehabilitering av

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78-79.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 79.

¹²⁰ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25.

¹²¹ Rt. 2004 s. 804 avsnitt 25.

¹²² *Martnes* (2015) s. 240.

¹²³ *Martnes* (2015) s. 248 med videre henvisning til Rt. 2010 s. 1313 avsnitt 15.

¹²⁴ *Martnes* (2015) s. 249.

¹²⁵ NOU 2008: 15 s. 23.

¹²⁶ NOU 2008: 15 s. 23 med videre henvisning til flertallet i Rt. 2004 s. 804.

¹²⁷ NOU 2008: 15 s. 147, se også punkt 2.3.2.

barnet, ved at det henger igjen og følger barnet videre i livet.¹²⁸ Denne omstendighet kan følgelig ha negativ innvirkning på straffens «forbedrende virkning». På en annen side har det til nå vært svært spesielle og alvorlige handlinger som etter rettspraksis har ledet til forvaringsdom for mindreårige lovbrøyttere.¹²⁹ Forvaringsstraffen har således uansett en individualpreventiv virkning ved at domstolene uskadeliggjør lovbrøytterne for den tid som de underveis anser som nødvendig. De unge lovbrøytterne forhindres da også i å foreta nye alvorlige, straffbare handlinger på ubestemt tid, samtidig som samfunnsvernet ivaretas.

3.3.4 Gjengjeldelse

I forarbeidene til straffeloven fremgår det at «det i dag gir dårlig mening» å bruke gjengjeldelse som straffens uttrykte formål.¹³⁰ Likevel poengteres det at den tredje tilsiktede virkningen av straffen – som skal bidra til den sosiale ro – har sin opprinnelse i gjengjeldelsesteoriene.¹³¹ *Kinander* har tatt til orde for at gjengjeldelsesteoriene i større grad er moralsk forsvarlig enn hva de preventive hensyn er, da gjengjeldelsesteoriene med større presisjon viser til straffens funksjon i en rettsstatlig kontekst.¹³² De nødvendige betingelsene for straff – legalitet, skyld og forholdsmessighet – mener han ikke er tilstrekkelig fremtredende i utdypningen av straffens begrunnelse slik den er presentert i forarbeidene. Årsaken til dette skyldes at det straffes både fordi «gjerningsmannen har begått en forbrytelse», men også for at «vi ønsker å styre en viss type atferd».¹³³

Dersom vi anerkjenner at gjengjeldelse er en del av begrunnelsen for at det straffes, leder det oss igjen inn på viktigheten av forholdsmessighet: At straffen gjenspeiler handlingens karakter og straffverdighet. Når det er et barn som skal straffes, bør erkjennelsen av at barnet er mer sårbart og ikke i like stor grad evner å se konsekvensene av sine handlinger, være et tungtveiende moment i vurderingen av hva som vil være en forholdsmessig straff.¹³⁴

3.4 De bærende hensyn bak forvaringsinstituttet

Den tidligere sikring- og forvaringsordningen, som i prinsippet var tidsubestemt, ble ikke regnet som straff i straffelovens forstand, jf. punkt 2.2. Hovedformålet med disse

¹²⁸ NOU 2008: 15 s. 147.

¹²⁹ Se HR-2017-290-A (Vollen) og HR-2019-832-A (Vulkan).

¹³⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹³¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78.

¹³² *Kinander* (2013) s. 156.

¹³³ *Kinander* (2013) s. 163.

¹³⁴ Se punkt 2.3.2.

særreaksjonene var å beskytte samfunnet mot fremtidige lovbrudd.¹³⁵ Det tosporede system, hvor det tidsbestemte elementet kunne iverksettes *etter* at straffen var sonet, ble fjernet ved innføringen av den nye forvaringsordningen i 2002.¹³⁶ Nå regnes forvaring i sin helhet som straff ved at selve anstaltoppholdet under fengselsvesenet betraktes som straffeelementet.¹³⁷ Den formen for frihetsberøvelse som forvaring innebærer, har derfor klare paralleller til den ordinære fengselsstraffen, ved at selve *straffen* som ligger i frihetsberøvelsen er rettet mot den kriminelle, klanderverdige handling. Dette betyr at forvaring, i likhet med ordinær fengselsstraff, er *tilbakeskuende*.

Forvaring tjener likevel andre hensyn enn å bare straffe og uttrykke klander. Straffeloven § 40 innleder med det som betegnes som grunnvilkåret, som sier at forvaring kan benyttes «når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet». Ordlyden viser til hovedformålet bak forvaring; hensynet til beskyttelsen og vernet av samfunnet.¹³⁸ Det er dette hensynet som fører til at forvaring i særlige tilfeller blir valgt til fordel for den ordinære, tidsbestemte fengselsstraffen. *Samfunnsvernet* ivaretas gjennom en *fortsatt fengsling* av lovbrutere som anses å utgjøre en potensiell fare. Det fremgår videre av straffeloven § 40 andre ledd at det være må en «nærliggende fare for at lovbruter på nytt vil begå et nytt alvorlig lovbrudd». For at behovet for vern skal være reelt, må det altså foreligge en fare for gjentakelse av kriminalitet i fremtiden. Forvaringsstraffen gis dermed også en *fremtidsrettet* dimensjon. En slik vektlegging av gjentakelsesfare er det ikke tradisjon for i norsk straffeutmålingspraksis, foruten det å tillegge forstraffer en skjerpene virkning.¹³⁹ Ved utmåling av ordinær fengselsstraff er samfunnsvernelementet bare i liten grad vektlagt, og da i all hovedsak som et individualpreventivt element. Forvaring skiller seg dermed ganske klart fra de øvrige straffartene, ved at det å verne samfunnet mot faren for at gjerningspersonen skal gjenta alvorlige handlinger, er et forhold som i stor grad påvirker straffens lengde.¹⁴⁰ Det er tale om en mulig forlengelse – til og med flere ganger – for handlinger som ikke er begått. Dette aspektet plasserer forvaringsstraffen i en særstilling i norsk strafferett – og innebærer at forvaring krever særskilt legitimering.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 40.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 75-79.

¹³⁷ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 620.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

¹³⁹ Se blant annet Rt. 2002 s. 889 på side 894 hvor Høyesterett påpeker dette.

¹⁴⁰ jf. straffeloven § 40 andre ledd.

3.5 Særlige hensyn når lovbryster er mindreårig

3.5.1 Innledning

Det er uomtvistet at det er stor forskjell på et voksent menneske og et barn på de fleste områder. Denne omstendighet er også fremtredende i strafferetten: Mindreårige lovbryster dømmes mildere enn voksne mennesker, og det finnes flere prosessuelle forskjeller som tar hensyn til barns særlige behov.¹⁴¹ Differensieringen er begrunnet i at barn ikke anses å ha den samme evnen til å foreta vurderinger og at straff vil være en større belastning for barn enn for voksne mennesker.¹⁴² I det følgende skal det derfor ses hen til de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når lovbryster er mindreårig.

3.5.2 Fengsling av mindreårige som siste utvei

Straffeloven 1902 hadde ingen generell bestemmelse som fastsatte særrettigheter for, eller begrenset bruk av fengselsstraff, overfor unge lovbryster. Det fulgte imidlertid av praksis at lav alder burde tillegges betydelig vekt i formildende retning.¹⁴³ I forbindelse med ratifiseringen av barnekonvensjonen i 1991 presiserte Utenriks- og konstitusjonskomitéen i Stortinget at fengsling av barn under 18 år «bør skje bare unntaksvis».¹⁴⁴ Ratifiseringen førte til flere, samt tydeligere forpliktelser for staten når det gjaldt barns rettigheter. Blant annet stilte barnekonvensjonen artikkel 3 et skjerpet krav til vurderingen av barnets beste, og artikkel 37 bokstav b fastsatte at frihetsberøvelse eller fengsling av et barn bare skulle benyttes som en «siste utvei» og for et «kortest mulig tidsrom». I et forsøk på å uttrykkelig markere betydningen av bestemmelsene i barnekonvensjonen, og samtidig følge opp praksis fra de norske domstolene, ble det bestemt at det skulle inntas en bestemmelse i straffeloven 2005 om at det skal utvises varsomhet mot å idømme barn ubetinget fengselsstraff.¹⁴⁵ Det følger derfor av straffeloven § 33 at ubetinget fengselsstraff bare kan idømmes overfor mindreårige når det er «særlig påkrevd». Innføringen av bestemmelsen ledet ikke til store endringer i domstolspraksis, men var snarere å anse som en kodifisering av gjeldende rett og de internasjonale forpliktelsene.

¹⁴¹ Se f.eks. «barnets beste» i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, Grunnloven § 104 annet ledd og straffeloven § 33.

¹⁴² NOU 2008: 15 s. 135.

¹⁴³ Rt. 2004 s. 804, Prop. 135 L (2010-2011) s. 98.

¹⁴⁴ Innst. S. nr. 7 (1990-1991) s. 4.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 258.

3.5.3 Barnets beste

At barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* i avgjørelser som berører barn fremgår av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 opererer med ordlyden «[i]n all actions concerning children» og Grunnloven § 104 annet ledd med «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn». Bestemmelsene omfatter alle deler av den offentlige maktutøvelse, også de avgjørelser som foretas av domstolene og den lovgivende myndighet.¹⁴⁶ Dette innebærer at barnets beste også skal være et «grunnleggende hensyn» ved vurderingen av om en strafferettslig sanksjon som forvaring skal idømmes.

3.6 Sammenfatning

Som redegjort for i dette kapitlet, er et av de viktigste og mest avgjørende faktorene ved ileggelsen av straff, at straffen gjenspeiler handlingens straffverdighet ved at den er forholdsmessig. Forvaring aktualiserer imidlertid et annet tilgrenset hensyn gjennom samfunnsvernet. Dette sentrale hensynet er ikke nødvendigvis naturlig å innta i forholdsmessighetsvurdering, idet det ikke handler om den fortidige aksjon, men heller fare for de potensielt fremtidige aksjoner. Hensynet til samfunnsvern er *fremtidsrettet*, mens straff som sådan er en *tilbakeskuende reaksjon*. Det som imidlertid må tas med i en forholdsmessighetsvurdering er den omstendighet at lovbryteren er et barn.

Forvaring har altså en tilleggsfunksjon (eller et tilleggsformål) sammenlignet med den ordinære fengselsstraffen for øvrig. En kan si at ved forvaring er det samfunnsvernet som skal begrunne straffereaksjonen, og ikke rettferdighetstanken.¹⁴⁷ Lovbruddets karakter er av betydning, men det er likevel samfunnsvernet med det *fremtidsrettede* elementet som er særlig relevant og tungtveiende. Det alminnelige prinsippet om at straffen skal utmåles forholdsmessig – i henhold til handlingens straffverdighet – kan se ut til å komme «på strekk» hva gjelder forvaring. Resultatet synes å være at hensynet til forholdsmessighet ikke gis den samme vekten ved idømmelse av forvaring som ved utmåling av andre straffereaksjoner. *Fornes* har i den sammenheng uttalt at der hensynet til forholdsmessighet normalt vil sette grenser for hvor strengt en kan straffe barnet, fravikes dette utgangspunktet i sakene som

¹⁴⁶ NOU 2008: 15 s. 102.

¹⁴⁷ Johnsen og Storvik (2006) s. 52.

omhandler forvaring.¹⁴⁸ Bakgrunnen for dette er at hensynet til en forholdsmessig straff må vike til fordel for individualpreventive hensyn i form av samfunnsvern.¹⁴⁹

4 Terskelen for bruk av forvaring overfor mindreårige etter gjeldende rett

4.1 Innledning

I de foregående kapitler har jeg forsøkt å klarlegge den nødvendige bakgrunnen for forståelsen av straff generelt og forvaringsstraff spesielt – med et særlig fokus på de utfordringer som oppstår ved bruk av det overfor barn. I dette kapitlet ønsker jeg å besvare hovedproblemstillingen ved å foreta en analyse av hva som er gjeldende rett ved idømmelse av forvaring overfor mindreårige. For hva skal egentlig til for at mindreårige kan idømmes forvaring – hvor ligger terskelen?

I punkt 4.2. skal straffeloven § 40 og vilkårene for idømmelse av forvaring presenteres. Bestemmelsens vilkår må tolkes i lys av barnekonvensjonen og Grunnloven, som er overordnede rettsnormer. Grunnloven og barnekonvensjonen setter skranker for bruken av forvaring og vil derfor behandles i punkt 4.3., før det foretas en nærmere redegjørelse av vilkårene i forvaringsbestemmelsen i punkt 4.4. og 4.5. Straffeloven § 40 består både av alminnelige vilkår og et særvilkår. Førstnevnte gjør seg gjeldende uavhengig av gjerningspersonens alder. Særvilkåret vil derimot bare komme til anvendelse i de tilfeller hvor gjerningspersonen er «under 18 år».¹⁵⁰ Ved vurdering av adgangen til å idømme mindreårige forvaring er det imidlertid ikke usannsynlig at de alminnelige vilkår og særvilkåret påvirker hverandre. *Fornes* har blant annet hatt en slik tilnærming til behandlingen av vilkårene i sin doktoravhandling, hvor hun har undersøkt om det må foreligge «ekstraordinære omstendigheter» ved de enkelte alminnelige vilkår.¹⁵¹ Dernest skal jeg i punkt 4.6. oppsummere de momenter som fremkommer av analysen, hvor målet er at jeg skal nærme meg en konklusjon.

¹⁴⁸ Fornes (2018) s. 436.

¹⁴⁹ Fornes (2018) s. 436.

¹⁵⁰ jf. straffeloven § 40 første ledd siste punktum.

¹⁵¹ Fornes (2018) s. 420 flg.

4.2 Kort om vilkårene for idømmelse av forvaring

Vilkårene for idømmelse av forvaring fremgår av straffeloven § 40, og er i sin helhet:

«Når fengselsstraff ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet, kan forvaring i anstalt under kriminalomsorgen idømmes når lovbrøyteren finnes skyldig i å ha begått eller forsøkt å begå et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse, en ildspåsettelse eller et annet lovbrudd som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare og vilkårene i annet og tredje ledd er oppfylt. Er siktede under 18 år, kan forvaring ikke idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter.

Var lovbruddet av alvorlig art, må det være en nærliggende fare for at lovbrøyteren på nytt vil begå et nytt alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd.

Var lovbruddet av mindre alvorlig art, må

- a) lovbrøyteren tidligere ha begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd,
- b) det må antas å være en nær sammenheng mellom det tidligere og det nå begåtte lovbruddet, og
- c) faren for tilbakefall til et nytt alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd, må være særlig nærliggende.

Ved vurdering av faren for tilbakefall etter annet og tredje ledd skal det legges vekt på det begåtte lovbruddet sammenholdt særlig med lovbrøyterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne. For saker som nevnt i annet ledd skal det særlig legges vekt på om lovbrøyteren har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd. [...]»

Av bestemmelsen fremgår tre overordnede vilkår som må være oppfylt for at forvaring kan idømmes. Grunnvilkåret er at ordinær fengselsstraff ikke gir tilstrekkelig vern for «andres liv, helse eller frihet». Dette vilkåret fremgår helt innledningsvis av lovteksten, men i rettspraksis er det imidlertid tradisjon for å behandle vilkåret etter at det er konkludert med om det

foreligger gjentakelsesfare.¹⁵² Høyesterett har uttalt at en slik rekkefølge er det mest «hensiktsmessige» for vurderingen.¹⁵³ Denne strukturen vil også benyttes i denne avhandlingen.

De neste to kumulative vilkårene fremgår av straffeloven § 40 annet og tredje ledd: Lovbruddet må være av en bestemt art, som kan være både «alvorlig» og «mindre alvorlig». Videre må det være «nærliggende fare» for at gjerningspersonen på nytt begår en alvorlig integritetskrenkende forbrytelse.¹⁵⁴ For lovbrudd av mindre alvorlig art må det bemerkes at faren må være «særlig nærliggende».¹⁵⁵

Dernest oppstiller særvilkåret i straffeloven § 40 første ledd siste punktum et krav om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» for at noen under 18 år skal kunne idømmes forvaring.

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett etter straffeloven 1902 § 39c. Det ble foretatt enkelte språklige endringer, uten at de var ment å ha noen realitetsbetydning.¹⁵⁶ Tidligere forarbeid og rettspraksis vil derfor fortsatt være relevant for bestemmelsens innhold.

Det bemerkes at forvaring etter straffeloven § 40 første ledd første punktum «kan» idømmes. Ordlyden peker i retning av at domstolene har en adgang til å idømme forvaring, ikke en plikt.¹⁵⁷ Det følger imidlertid av rettspraksis at det må være «spesielle omstendigheter for at forvaring likevel ikke skal idømmes», dersom lovens vilkår er oppfylt.¹⁵⁸

For øvrig er forarbeidene lite utførlig hva gjelder det nærmere innholdet i vilkårene i § 40, ikke minst hva gjelder særvilkåret. Dette innebærer at rettspraksis vil være et nødvendig supplement for å finne frem til gjeldende rett.

Som nevnt i avhandlingens punkt 1.3. er det to tilfeller hvor Høyesterett har idømt mindreårige forvaring. Det første tilfellet, HR-2017-290-A (heretter referert til som *Vollen*), gjaldt et drap utført av ei 15 år gammel jente.¹⁵⁹ Saken hadde flere spesielle omstendigheter;

¹⁵² Se blant annet HR-2017-290-A (*Vollen*) og HR-2019-832-A (*Vulkan*).

¹⁵³ Rt. 2002 s. 1673 på side 1674.

¹⁵⁴ Straffeloven § 40 annet ledd.

¹⁵⁵ Straffeloven § 40 tredje ledd.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 442.

¹⁵⁷ Eskeland (2018) s. 403.

¹⁵⁸ Rt. 2002 s. 1673 på side 1676.

¹⁵⁹ Se punkt 1.3.

både selve drapshandlingen, motivasjonen for drapet, de tidligere voldshandlingene og jentas psykiske tilstand var usedvanlig. Resultatet ble en forvaringsdom på ni år, med en minstetid på seks år.¹⁶⁰ Det bemerkes at denne avgjørelsen ble truffet på grunnlag av straffeloven 1902. Rettstilstanden på området er ikke endret med den nye straffeloven fra 2005, og resultatet ville derfor blitt det samme dersom bestemmelsene i den nye straffeloven hadde blitt fulgt. Dommen fra 2019, HR-2019-832-A (heretter referert til som *Vulkan*), gjaldt et drapsforsøk med 53 knivstikk på et tilfeldig offer, utført av en gutt som på gjerningstidspunktet var 17 år og tre måneder.¹⁶¹ Domsresultatet ble en forvaringsdom på fire år – uten fastsettelse av minstetid.¹⁶²

Det foreligger også tre andre domfellelser fra lagmannsretten hvor mindreårige er idømt forvaring.¹⁶³ I LG-2019-105200 (heretter *Varhaug*) ble en gutt som på gjerningstidspunktet var 17 år og 10 måneder dømt til 12 års forvaring med en minstetid på åtte år, for blant annet drap og likskjending begått mot en 13 år gammel jente.¹⁶⁴ Samme år idømte lagmannsretten i LE-2019-122942 (heretter *Vinstra*) en annen gutt til forvaring: Forvaringsdommen er den lengste som til nå er idømt en mindreårig. Gutten var 16 år på gjerningstidspunktet, og fikk en dom på 13 år med en minstetid på åtte år, som følge av et knivdrap på en jevnaldrende jente, samt grov kroppsskade mot en mann som forsøkte å avverge drapet.¹⁶⁵ Den siste dommen er LB-2020-34882 (heretter *Oslo*). Her ble en gutt som på handlingstidspunktet var 16 år, men hele 21 år da saken ble behandlet, idømt en forvaringsdom på ni år med en minstetid på seks år.¹⁶⁶ Gjerningene som ledet til domfellelsen var fire voldtekter og seksuell omgang med en mindreårig – alle begått i løpet av en tidsperiode på om lag to måneder.¹⁶⁷

De to høyesterettsdommene har naturligvis størst rettskildemessig vekt blant de nevnte avgjørelsene, og skal av den grunn vies mest oppmerksomhet i den følgende analysen. Dommene fra lagmannsretten vil likevel benyttes som et supplement der hvor det anses nødvendig.

¹⁶⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 82.

¹⁶¹ Se punkt 1.3.

¹⁶² HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 85-87.

¹⁶³ Det bemerkes at ingen av dommene fra lagmannsretten har sidetall eller avsnitt.

¹⁶⁴ LG-2019-105200 (Varhaug).

¹⁶⁵ LE-2019-122942 (Vinstra).

¹⁶⁶ LB-2020-34882 (Oslo).

¹⁶⁷ LB-2020-34882 (Oslo).

4.3 Grunnloven og barnekonvensjonen som skranker

4.3.1 Innledning

I det følgende skal fokuset rettes mot barnekonvensjonen og Grunnloven, som er overordnede rettsnormer. Barnekonvensjonen er gjennom inkorporering i menneskerettsloven blitt en del av norsk lov, og gitt forrang foran annen lovgivning.¹⁶⁸ Likeledes er Grunnloven gjennom *lex superior*-prinsippet gitt forrang foran annen formell lov. Disse rettsnormene må derfor tas i betraktning og vil være av stor betydning for hva som er gjeldende rett på området. Øvrig lovgivning vil måtte tolkes innskrenkede, eller i verste fall settes til side, ved motstrid. Jeg ser derfor grunn til å gå nærmere inn på deres hovedinnhold i dette punktet, ettersom det også vil være relevant for den videre behandlingen av straffeloven § 40.

For denne avhandlingen er det to bestemmelser i barnekonvensjonen som er særlig relevant – artikkel 3 og artikkel 37 b. Bestemmelsene behandles nedenfor i punkt 4.3.2 og 4.3.3. Artikkel 3 om «barnets beste» er av barnekomitéen utpekt som en av konvensjonens fire generelle prinsipper.¹⁶⁹ Prinsippene utgjør konvensjonens kjerneverdier og må tas i betraktning ved tolkning og bruk av hele konvensjonen.¹⁷⁰ Artikkel 3 er således av stor betydning for tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 37 b. Det må også legges til at artikkel 3, i kraft av å være et generelt prinsipp, har en generell bruk utover de områdene som er regulert i konvensjonen.¹⁷¹ Ellers vil artikkel 3 være av stor betydning for forståelsen og tolkningen av Grunnloven § 104 annet ledd, som ble utformet etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.¹⁷² Grunnloven § 104 annet ledd vil derfor i korte trekk behandles nedenfor i punkt 4.3.4.

4.3.2 Barnekonvensjonen artikkel 3

Av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 fremgår det at:

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private welfare institutions, *courts of law*, administrative authorities of legislative bodies, the best interests of the child *shall be a primary consideration.*” (uthevet her).

¹⁶⁸ Menneskerettsloven §§ 2 og 3.

¹⁶⁹ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 1.

¹⁷⁰ Haugli (2020) s. 55.

¹⁷¹ Haugli (2020) s. 55.

¹⁷² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192, Haugli (2020) s. 68.

Hva som ligger i begrepet «barnets beste» i artikkel 3 nr. 1 er det vanskelig å gi noen entydig definisjon på. Det som synes å være klart er at innholdet er dynamisk og derfor vil variere over tid og fra kultur til kultur.¹⁷³ Barnekomitéen har uttalt at barnets beste er tredelt: Det er først og fremst en *selvstendig rettighet*, ved at barn har rett til å få vurdert hva som er til det beste for dem og tillegges vekt som et grunnleggende hensyn ved avveiningen mot andre interesser når avgjørelser skal tas.¹⁷⁴ Derneft er artikkelen et *grunnleggende juridisk tolkningsprinsipp*.¹⁷⁵ Det innebærer at dersom en rettslig norm er åpen for mer enn én tolkning, skal den som mest effektivt ivaretar barnets beste velges.¹⁷⁶ For det tredje er barnets beste en *saksbehandlingsbestemmelse*, ved at avgjørelsene må vise at barnets interesser, både positive og negative, er identifisert og hvordan de er blitt avveid mot hverandre.¹⁷⁷

Av bestemmelsen kan det utledes at barnets beste *skal* være et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn. Barnekomitéen har presisert at ordlyden «shall be» viser til en sterk juridisk forpliktelse for den enkelte stat, og at det ikke kan utvises skjønn med hensyn til hvorvidt barnets beste skal vurderes og tillegges vekt som grunnleggende hensyn.¹⁷⁸ Videre fremgår det av artikkelen at barnets beste skal være «a primary consideration».

Barnekomitéen har uttalt at dersom en harmonisering med andre hensyn er mulig, skal barnets beste gis høy prioritet og ikke bare behandles som et hensyn på lik linje med andre.¹⁷⁹ *Haugli* har videre utdypet at ordlyden illustrerer at hensynet skal være sentralt, men at dette likevel ikke betyr at det skal ha absolutt prioritet foran alle andre hensyn.¹⁸⁰ Av uttalelsen kan det trekkes ut at det må tungtveiende hensyn til for at hensynet til barnets beste ikke skal være en prioritet.

¹⁷³ Haugli (2020) s. 56.

¹⁷⁴ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 6 a, Haugli (2020) s. 57.

¹⁷⁵ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 6 b, Haugli (2020) s. 58

¹⁷⁶ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 6 b, Haugli (2020) s. 58.

¹⁷⁷ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 6 c, Haugli (2020) s. 58.

¹⁷⁸ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 36.

¹⁷⁹ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 36-40.

¹⁸⁰ Haugli (2020) s. 61.

Barnekomitéen har uttrykt at hensynet til barnets beste også gjør seg gjeldende i straffesaker hvor et barn er anklaget for en straffbar handling.¹⁸¹ Norske domstoler er dermed forpliktet til å vurdere barnets beste i straffesaker hvor en mindreårig er på tiltalebenken. Barnekomitéen har videre presisert at der hvor barn er del i en straffesak har barnet krav på særlig beskyttelse, hvorpå de tradisjonelle mål for rettssystemet – som bekjempelse og gjengjeldelse – må vike for rehabilitering og styrkende juridiske mål.¹⁸² *Barn og straff-utvalget* kommenterte i sin utredning hvordan hensynet til barnets beste gjør seg gjeldende i strafferettspleien. De bemerket at strafferettsområdet skiller seg ut, ved at de hensyn som er antatt å kunne gå foran hensynet til barnets beste, som samfunnsvern og rettferdighetsbetraktninger, står særlig sterkt.¹⁸³ Dette fører til at motstriden mellom de relevante hensyn blir satt på spissen, og at det stilles skjerpede krav til domstolene og den lovgivende myndighet.¹⁸⁴

Som redegjort for i punkt 3.4. er samfunnsvernet det bærende hensynet bak forvaringsinstituttet. Dette innebærer at det i saker hvor spørsmål om idømmelse av forvaring oppstår, vil det ideelle være at barnets beste og hensynet til samfunnsbeskyttelsen harmoniseres. Realiteten er imidlertid at hensynet til samfunnsvern i mange saker vanskelig lar seg harmonisere med barnets beste. Dermed blir det ofte nødvendig å avveie disse mot hverandre. Som vist til ovenfor, synes det viktigste å være at domstolene *faktisk* behandler og foretar en vurdering av barnets beste, og så kan det videre være andre hensyn – eksempelvis samfunnsvernet – som likevel må gå foran.

I *Vollen* presiseres det at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som angår barn.¹⁸⁵ Det vises i den anledning til at barnets interesser bare skal settes til side dersom det foreligger «særlige tungtveiende allmennpreventive hensyn som ikke i tilfredsstillende grad ivaretas ved andre straffereaksjoner».¹⁸⁶ Høyesterett poengterer at vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» i straffeloven § 40 første ledd siste punktum springer ut av hensynet om «barnets beste», som er knesatt både i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Spørsmålet retten måtte

¹⁸¹ General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 14.

¹⁸² General Comment no. 14 (2013) *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* avsnitt 28.

¹⁸³ NOU 2008:15 s. 103.

¹⁸⁴ NOU 2008:15 s. 103.

¹⁸⁵ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 35.

¹⁸⁶ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 36.

ta stilling til var derfor om vilkårene for idømmelse forvaring «likevel er oppfylt når det også ses hen til hva som er barnets beste».¹⁸⁷ I vurderingen av om forvaringsstraff ville være til det beste for jenta, viste retten til at en forvaringsdom er ment å ha et sterkere innslag av behandling og rehabilitering enn ordinær fengselsstraff, men at soningsforholdene i realiteten ikke vil innebære noen særlige forskjeller.¹⁸⁸ Forvaringens tidsbestemthet og det stigma som hører med straffereaksjonen, i kombinasjon med jentas alder, var momenter som talte mot forvaring.¹⁸⁹ Det ble konkludert med at forvaringsstraffens totalbelastning ville være større enn ved ordinær fengselsstraff.¹⁹⁰ Dermed mente retten at hensynet til barnets beste (i dette tilfellet jentas beste) isolert sett talte mot idømmelsen av forvaring. Det ble konstatert at det var flere forhold – særlig jentas unge alder – som talte for tidsbestemt straff enn for forvaring.¹⁹¹ Til tross for denne omstendighet kom retten frem til at hensynet til samfunnsvernet ble *så* tungtveiende at lovens vilkår var oppfylt.¹⁹² *Vollen* illustrerer med dette hvordan det kan bli dersom hensynene ikke lar seg harmonisere: En forvaringsdom ble ikke ansett å være til barnets beste, men hensynet til vern av samfunnet ble *så* tungtveiende at resultatet likevel måtte bli forvaring.

I *Vulkan* foretas det ingen konkret vurdering av hvorvidt forvaring vil være til barnets beste. Retten gjengir momenter fra *Vollen*, hvor det vises til hvorfor forvaring på generelt grunnlag ikke bør idømmes barn, og hvorfor departementet har ment at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter».¹⁹³ Det presiseres også at det vil være en hevet terskel for bruk av forvaring overfor lovbrøyttere som på gjerningstidspunktet var under 18 år.¹⁹⁴ Deretter gjør retten et poeng ut av at særvilkåret kommer til anvendelse som følge av at gutten var 17 år og tre måneder, men uttaler deretter at de hensyn som vilkåret hviler på får «noe mindre vekt når lovbrøytteren på domstidspunktet godt og vel har passert 18-årsdagen».¹⁹⁵ Retten konstaterer så med at vilkårene er oppfylt, idet det ikke finnes «alternative måter å ivareta samfunnsvernet på».¹⁹⁶ Dermed foretas det ingen vekting, forsøk på harmonisering eller avveining av hva som vil være til barnets beste. Hensett til den sterke forpliktelsen både

¹⁸⁷ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 73.

¹⁸⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 74.

¹⁸⁹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 74-75.

¹⁹⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 75-80.

¹⁹¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 80.

¹⁹² HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 80.

¹⁹³ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 75-76.

¹⁹⁴ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 79.

¹⁹⁵ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 82.

¹⁹⁶ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 83.

staten og domstolene har til å vurdere hensynet til barnets beste (jf. ovenfor), er det svært overraskende at retten velger å utelate en slik vurdering fordi de tilsynelatende mener at de hensyn vilkåret hviler på får «noe mindre vekt». Dette momentet vil jeg komme nærmere inn på i kapittel 5.

I *Varhaug*-saken ble rettens barnets beste-vurdering påvirket av at også offeret var et barn: Gjerningspersonen, som følgelig var et barn på gjerningstidspunktet, hadde drept ei jente på 13 år.¹⁹⁷ I sin som dom gav lagmannsretten «hensynet til andre barn» særlig vekt i vurderingen av samfunnsvernet.¹⁹⁸ Den beskyttelsen en forvaringsdom ville gi andre barn mot drap og seksuelle overgrep, ble så tungtveiende at det «ubehaget» tiltalte ville oppleve ved en forvaringsdom ikke kunne bli avgjørende.¹⁹⁹

4.3.3 Barnekonvensjonen artikkel 37b

Av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b fremgår det at fengsling av barn «shall be used only as a measure of last resort» og for «the shortest appropriate periode of time». Statene skal altså etterstrebe at fengsling bare benyttes som en *siste utvei* og for et *kortest mulig tidsrom*. Av bestemmelsens ordlyd fremgår det således ikke noe forbud mot bruk av ubetinget fengsel, eller noen konkret tidsramme for bruk av det overfor mindreårige lovbrytere. Når domstolene idømmer fengselsstraff og foretar en straffeutmåling, forvaringsdom inkludert, vil de likevel måtte ta de momenter barnekonvensjonen artikkel 37 b oppstiller med i betraktning.

I *Vollen* presiserte retten at det følger av barnekonvensjonen artikkel 37 b at frihetsberøvelse av barn kun skal benyttes som «en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom».²⁰⁰ Likevel kom retten til at det var «klart at man i en så alvorlig sak som denne må reagere med frihetsberøvelse».²⁰¹ Det faktum at jenta var et barn på handlingstidspunktet førte imidlertid til at straffens lengde ble redusert fra 18 år (som tilsvarer det en voksen ville blitt idømt) til 9 år.²⁰² I *Vollen* synes Høyesterett dermed å benytte frihetsberøvelsen som «en siste utvei», samtidig som de sørger for at det skjer for «et kortest mulig tidsrom».

¹⁹⁷ LG-2019-105200 (Varhaug).

¹⁹⁸ LG-2019-105200 (Varhaug).

¹⁹⁹ LG-2019-105200 (Varhaug).

²⁰⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 35.

²⁰¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 37.

²⁰² HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 39 og 82.

Forvaringsstraff betraktes som den strengeste straffereaksjonen domstolen kan møte lovbrytere med. Det må derfor antas at forvaring, etter barnekonvensjonen artikkel 37 b, skal søkes unngått for de lovbrytere under 18 år – så langt det lar seg gjøre. I den sammenheng skal det bemerkes at barnekomitéen uttalte seg i etterkant av Høyesteretts forvaringsdom i *Vollen*, hvor de kom med en særlig anbefaling til Norge om å slutte med bruk av forvaring som straffereaksjon for barn.²⁰³

4.3.4 Grunnloven § 104

Grunnloven § 104 gir uttrykk for barns menneskerettigheter. Av bestemmelsens annet ledd fremgår det at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn».

Bestemmelsen er utformet etter mønster fra barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Ved revideringen av Grunnloven i 2014 uttalte menneskerettighetsutvalget at innføring av barnets beste i Grunnloven ville synliggjøre prinsippet på et generelt grunnlag, uten at rettstilstanden ble endret.²⁰⁴ Utvalget presiserte videre at prinsippet om barnets beste vil være av stor betydning, men at det likevel ikke alltid vil være det avgjørende.²⁰⁵ Det må foretas en «forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet».²⁰⁶

Grunnlovsfestingen av prinsippet om barnets beste ledet altså til at barns rettigheter og prinsippet om *barnets beste* ble synliggjort i forfatningsreglene.

Det vises her til redegjørelsen i punkt 4.3.2. om hvordan prinsippet om «barnets beste» blir vurdert og vektlagt ved idømmelse av forvaring.

4.4 Alminnelige vilkår for idømmelse av forvaring

4.4.1 Lovbruddets art

Av straffeloven § 40 første ledd fremgår det at forvaring kan idømmes dersom noen har «begått eller forsøkt å begå et voldslovbrudd, et seksuallovbrudd, en frihetsberøvelse eller et

²⁰³ Concluding observations nr. 5/6 (2018) *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway* avsnitt 35 med videre henvisning til General Comment no. 10 (2007), HR-2017-290-A (Vollen).

²⁰⁴ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

²⁰⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

²⁰⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192.

annet lovbrudd som har krenket andres liv helse eller frihet» eller dersom lovbrøyteren «utsatte disse rettsgodene for fare». Det presiseres i forarbeidene at det for disse tilfellene vil være en «konkret og direkte fare» bestemmelsen tar sikte på.²⁰⁷ Sammenholdt med annet og tredje ledd i bestemmelsen fremgår det at ikke ethvert lovbrudd som faller innenfor de angitte lovbruddskategoriene, kan føre til forvaring.²⁰⁸ Av ordlyden kan det leses at det er de *mest alvorlige integritetskrenkende* lovbruddene som gjør seg gjeldende.²⁰⁹

Av bestemmelsens tredje ledd fremgår det imidlertid at også lovbrudd av «mindre alvorlig art» kan omfattes. De påfølgende tilleggsvilkårene, som også må være oppfylt, er her strengere enn ved lovbrudd av «alvorlig art».²¹⁰ Kravet til lovbruddets alvorlighetsgrad senkes, jf. «særlig nærliggende».²¹¹ Videre stilles det krav om at det tidligere er begått kriminalitet som nevnt i første ledd, som igjen må stå i relasjon til handlingen gjerningspersonen nå står tiltalt for.²¹²

I praksis fra Høyesterett kan det leses at domstolen har idømt voksne mennesker forvaring for lovbrudd av både «alvorlig» og «mindre alvorlig» art – og ellers har benyttet seg av de fleste forbrytelseskategoriene som loven oppstiller.²¹³ Spørsmålet blir hvilke krav som stilles til lovbruddet når lovbrøyteren er et barn.

I både *Vollen-* og *Vulkan-*saken blir det kort og konsist slått fast at lovbruddene kvalifiserer til å oppfylle vilkåret om det må være av «alvorlig art».²¹⁴ I dommene fra lagmannsretten blir det også foretatt lignende konklusjoner.²¹⁵ Per i dag foreligger det dermed kun tilfeller hvor barn er idømt forvaring som følge av lovbrudd av «alvorlig art». At ingen er idømt forvaring for lovbrudd av «mindre alvorlige art», sammenholdt med vilkåret i straffeloven § 40 siste punktum om at barn kun kan idømmes forvaring dersom det foreligger «ekstraordinære omstendigheter», fører til at det må antas å være lite aktuelt å idømme forvaring der barn har begått lovbrudd av «mindre alvorlig» art. Det stilles allerede et skjerpet krav til idømmelsen

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 86.

²⁰⁸ Fornes (2018) s. 413.

²⁰⁹ Fornes (2018) s. 413.

²¹⁰ Fornes (2018) s. 414.

²¹¹ jf. straffeloven § 40 tredje ledd bokstav c.

²¹² jf. straffeloven § 40 tredje ledd bokstav a og b, Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 625.

²¹³ Drake (2019) s. 298 med videre henvisning til Rt. 2002 s. 1667, Rt. 2007 s. 1056, RG-2012-1153, HR-2016-2000-U og HR-2016-02261-A.

²¹⁴ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 42, HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 32.

²¹⁵ LE-2019-122942 (*Vinstra*), LG-2019-105200 (*Varhaug*), LB-2020-34882 (*Oslo*).

av forvaring der lovbrøyer er et barn, og derfor vil det være naturlig at det også stilles strengere krav til lovbruddets art. *Fornes* har tatt til orde for en slik konklusjon, og har presisert at det må være grunn til å anta at en forvaringsdom kun vil være aktuelt der hvor barnet har begått et «svært alvorlig lovbrudd».²¹⁶

I *Vollen* og *Vulkan* falt drap og drapsforsøk innenfor lovbruddskategorien «voldslovbrudd» og kvalifiserte til oppfyllelsen av vilkåret «alvorlig art».²¹⁷ Etter praksis fra Høyesterett ser det således ut til at lovbrudd av «alvorlig art» er begrenset til å gjelde de mest alvorlige lovbruddene i straffebudet.²¹⁸ Det samme kan spores i *Varhaug* og *Vinstra*.²¹⁹ I *Oslo*-saken, hvor det var begått både «voldslovbrudd» og «seksuallovbrudd», var det imidlertid særlig de gjentakende seksuallovbruddene, i form av fire voldtekter og seksuell omgang med en mindreårig, som ledet til oppfyllelsen av vilkåret om «alvorlig art».²²⁰

4.4.2 Gjentakelsesfare

Når det er begått lovbrudd av alvorlig art, fremgår det av straffeloven § 40 andre ledd at det må være «nærliggende fare» for gjentakelse. At tilbakefallsfare skal være «nærliggende» innebærer at den må være «kvalifisert og på domstidspunktet vurderes som reell».²²¹ Ordlyden gir anvisning på en vurdering av *fare* for gjentakelse. Kravet til faregraden vil variere etter hvor alvorlig de straffbare handlingene er, og ut fra hvor stor fare det antas å være for fremtidige handlinger.²²² Høyesterett har uttalt at det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av gjentakelsesfare, basert på situasjonen på domstidspunktet.²²³

Straffeloven § 40 fjerde ledd første punktum angir at det ved vurderingen av faren for tilbakefall skal «legges vekt på det begåtte lovbruddet sammenholdt særlig med lovbrøyerens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne». Ordlyden angir at det skal foretas en farevurdering av lovbrøyeren, sammenholdt med lovbruddet og handlingens karakter.²²⁴ Av

²¹⁶ Fornes (2018) s. 414.

²¹⁷ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 42, HR-2019-832 (Vulkan) avsnitt 32.

²¹⁸ Drake (2019) s. 299.

²¹⁹ LE-2019-122942 (Vinstra), LG-2019-105200 (Varhaug).

²²⁰ LB-2020-34882 (Oslo).

²²¹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111, HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 43, HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 33.

²²² Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111, HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 43, HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 33.

²²³ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 43, Rt. 2014 s. 495 avsnitt 27, Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 623.

²²⁴ Drake (2019) s. 303, Fornes (2018) s. 414.

forarbeidene fremgår det at det også skal foretas en vurdering av «prognosen for lovbrysterens sosiale situasjon».²²⁵ Fornes har understreket at det vil være av stor betydning at det ved vurderingen tas hensyn til at tiltalte er et barn, og fortsatt er under utvikling.²²⁶ Årsaken til dette er at prognosene generelt vil være usikre for barn.²²⁷ Prognosene blir mer usikker jo yngre barnet er, da barn har potensial for modning og endring.²²⁸

I *Vollen* var det selve drapshandlingen; «planleggingen, gjennomføringsevnen og det spesielle motivet», som dannet grunnlaget for at retten mente det forelå gjentakelsesfare.²²⁹ Drapet ble utført ved kvelning, med påfølgende knivstikk i hals, bryst, rygg og en hånd.²³⁰ Ellers var drapshandlingen godt planlagt og iverksatt utspekulert vis.²³¹ I etterkant av drapet uttalte jenta at hun ikke hadde noen motivasjon som kunne knyttet seg til avdøde personlig; tvert imot likte hun offeret.²³² Likevel kunne hun fortelle at drapshandlingen ga «et slags adrenalinkick», fremkalte latter og gav en følelse av at hun hadde nådd et mål som var satt for henne.²³³ Særtrekk ved jentas personlighet underbygget faren ytterligere; hun hadde blant annet gitt tydelig uttrykk for at hun hadde et ønske om å drepe, og hadde ellers en særinteresse for drap og vold.²³⁴ Av de sakkyndige ble hun beskrevet som et barn med en kompleks psykisk atferd og med et sammensatt symptombilde.²³⁵ Hennes psykiske tilstand og de rettspsykiatriske erklæringene ble et supplement som bekreftet den antatte gjentakelsesfaren.²³⁶ Lignende tendenser er også å finne i *Vulkan*: Gutten angrep, uten foranledning, et ukjent og tilfeldig offer som hadde invitert ham inn i sitt hjem.²³⁷ Han viste en sterk gjennomføringsvilje, hvor drapsforsøket pågikk over tid, med knivbytte og pauser underveis.²³⁸ Videre fortsatte han med angrepet helt til fornærmedes kjæreste grep inn.²³⁹ Disse omstendighetene mente retten underbygget faren for gjentakelse.²⁴⁰ Ellers ble forhold i tilknytning til guttens sosiale og

²²⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

²²⁶ Fornes (2018) s. 426.

²²⁷ Drake (2019) s. 303.

²²⁸ Drake (2019) s. 303.

²²⁹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 47.

²³⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 27-28

²³¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 45.

²³² HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 46.

²³³ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 29.

²³⁴ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 53-55.

²³⁵ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 52 flg.

²³⁶ HR-2017-290-A avsnitt 65.

²³⁷ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 35.

²³⁸ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 35.

²³⁹ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 35.

²⁴⁰ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 35-36.

personlige funksjonsevne, med lett psykisk utviklingshemming og hvor tiltalte ikke evnet å forstå «sammenhengen mellom handling og reaksjon», noe som forsterket inntrykket av gjentakelsesfare.²⁴¹

Et fellestrekk ved de mindreårige gjerningspersonene i de to sakene, er at begge hadde flere sammensatte, alvorlige diagnoser, som tilsa at faren var stor for fremtidige voldshandlinger.²⁴² I *Vollen*-saken ble jenta diagnostisert med «massive personlighetsmessig avvik», med en hoveddiagnose i form av blant annet «emosjonelt ustabil personlighetsforstyrrelse, borderline type».²⁴³ Den domfelte gutten i *Vulkan* ble diagnostisert med psykiske lidelser og atferdsforstyrrelse som følge av rusmisbruk, barneautisme og lett utviklingshemming.²⁴⁴ I begge sakene forelå det omstendigheter, både rundt diagnoser og personlige trekk generelt, som fremsto som utfordrende å få rehabilitert innenfor et kortere tidsperspektiv.²⁴⁵

I *Varhaug*-saken ble det derimot ikke vist til noen diagnose, men til omstendigheter som gjerningspersonens evnenivå (på tilsvarende 80 IQ-poeng), og at det forelå indikasjoner på at han hadde «personlighetstrekk som kan være vanskelig eller umulig å behandle».²⁴⁶ I den forbindelse skal det bemerkes at dette *ikke* ble utredet på grunn av gjerningspersonens «unge alder».²⁴⁷ Gutten hadde ellers fungert asosialt over tid, som videre sammenholdt med grovheten i de straffbare handlingene, hans voldelige atferd og manglende empati ble utslagsgivende for faren for gjentakelse.

Dernest fremgår det av bestemmelsens fjerde ledd siste punktum at det også skal «særlig legges vekt på om lovbrøyteren tidligere har begått eller forsøkt å begå et alvorlig lovbrudd som nevnt i første ledd». Ordlyden gir anvisning på at det skal tillegges vekt hvorvidt det kan påvises et gjentakende, kriminelt mønster.²⁴⁸ Av forarbeidene kan det utledes at vurderingstema for domstolen er om det foreligger en slik sammenheng mellom tidligere begåtte forbrytelse og den overtredelse lovbrøyter nå står tiltalt for, at det berettiget kan

²⁴¹ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 61-64.

²⁴² Drake (2019) s. 304.

²⁴³ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 57 flg., Drake (2019) s. 304.

²⁴⁴ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 56 flg., Drake (2019) s. 304.

²⁴⁵ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 69, HR-2019-832-A avsnitt 57-63.

²⁴⁶ LG-2019-105200 (*Varhaug*).

²⁴⁷ LG-2019-105200 (*Varhaug*).

²⁴⁸ Drake (2019) s. 301.

konkluderes med en «nærliggende tilbakefallsfare».²⁴⁹ Tidligere begåtte handlinger, som ikke er straffesanksjonert, vil også kunne tillegges vekt. Dette synes å være aktuelt i de tilfeller hvor det er nærhet mellom tidligere handlinger og gjerning – noe som ofte vil forekomme der gjerningspersonen er et barn. I *Vollen* var ikke gjerningspersonen dømt for noe tidligere; hun hadde fylt 15 år bare en måned i forveien.²⁵⁰ Hun hadde likevel, i årene forut for drapet, hatt et handlingsmønster med repeterende voldelig atferd av til dels svært alvorlig karakter, som ble et viktig bidrag i den samlede vurderingen av gjentakelsesfaren.²⁵¹ Blant annet hadde hun i en alder av 12 år prøvd å tenne på senga til faren og hans samboer, hvorpå hun noen år senere utførte en angrep med machete mot to ansatte (på en institusjon hun bodde på) og mot politiet.²⁵² Av dommen kan det utledes at det ikke er noen forutsetning at tiltalte er domfelt for handlingene, så lenge de skjedde i årene «rett før».²⁵³ Retten bemerket i den forbindelse at det for en «eldre gjerningsperson» vil være liten grunn til å vektlegge handlinger som har funnet sted «i så ung alder».²⁵⁴ I *Vulkan* forelå det to tidligere domstilfeller, men (selvsagt) ingen som la grunnlag for forvaring.²⁵⁵ Retten viste til at mindre alvorlig kriminalitet også kvalifiserer til å «kaste lys over farevurderingen».²⁵⁶ Domfellelsene sammenholdt med det store antallet bekymringsmeldinger barnevernet hadde mottatt i årenes løp, ble brukt til å danne et «samlet bilde av barnets utvikling».²⁵⁷ Disse omstendighetene mente Høyesterett illustrerte at guttens atferdsmønster, både fra ung alder og etter varetektsfengslingen, gav nok til å kunne konstatere med at det forelå en «usedvanlig stor fare for gjentakelse av nye alvorlige voldshandlinger».²⁵⁸ I *Varhaug-* og *Vinstra*-saken var gjerningspersonene heller ikke dømt for alvorlige lovbrudd, men tidligere samt vedvarende atferd og handlingsmønster ble tillagt vekt.²⁵⁹ Både *Vulkan*, *Varhaug* og *Vinstra* følger således opp uttalelsene i *Vollen* om at det ikke *må* foreligge lovbrudd som nevnt i første ledd.

²⁴⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 87.

²⁵⁰ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 49.

²⁵¹ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 49.

²⁵² HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 50.

²⁵³ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 49.

²⁵⁴ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 49.

²⁵⁵ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 40.

²⁵⁶ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 40.

²⁵⁷ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 43.

²⁵⁸ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 54.

²⁵⁹ LE-2019-122942 (*Vinstra*), LG-2019-105200 (*Varhaug*).

4.4.3 Grunnvilkåret: Ikke tilstrekkelig vern med tidsbestemt straff

Grunnvilkåret for idømmelsen av forvaring fremgår av straffeloven § 40 første ledd første punktum. Av bestemmelsen kan det utledes at forvaring kan benyttes dersom fengselsstraff «ikke anses tilstrekkelig til å verne andres liv, helse eller frihet». Forutsetningen for oppfyllelsen av vilkåret er at lovbrøyer utgjør en så stor *fare* at fengselsstraff ikke i tilstrekkelig grad vil ufarliggjøre vedkommende.²⁶⁰ Når denne vurderingen foretas forutsettes det at hele fengselsstraffen sones.²⁶¹ Det skal tas utgangspunkt i den straffen tiltalte ellers ville vært idømt, altså hvor mange år gjerningspersonen vil få ved ileggelse av en ordinær fengselsstraff.²⁶²

Gröning m.fl. har presisert at det i vurderingen av om ordinær fengselsstraff er tilstrekkelig, skal tas utgangspunkt i den utførte forbrytelse, hvor lang tidsbestemt straff som ville blitt ilagt og hvilken fare det er konstatert med.²⁶³ Det skal dermed også her foretas en *farevurdering*, men til forskjell fra gjentakelsesfaren flyttes fokuset fra domstidspunktet til tidspunktet for løslatelse etter fullt sonet dom, og spørsmålet blir om faren antas å foreligge da.²⁶⁴

Eskeland har presisert at hva som faktisk ligger i vilkåret kan fremstå som noe uklart, blant annet som følge av at man med nødvendighet må ta stilling til om tiltalte vil være farlig på løslatelsestidspunktet – som kan ligge flere år frem i tid.²⁶⁵ Dette momentet er noe av årsaken til at flere har rettet kritikk mot forvaringsinstituttet. Det er nemlig vanskelig å vurdere hvor lenge lovbrøyer vil måtte anses som farlig, uten at vurderingen baseres på en stor grad av skjønn.²⁶⁶ En slik vurdering blir desto mer utfordrende når det er et barn som sitter på tiltalebenken. Denne gruppen individer er som regel ikke fullt ut utviklet, som følge av at de er i en pågående modningsprosess.²⁶⁷ Dette momentet presiseres også i *Vollen*, hvor det fremgår at tilbakefallsfaren generelt vil være mer usikker desto yngre barnet er.²⁶⁸ I *Vulkan* uttales det at unge lovbrøyer vil føre til at vurderingen i større grad vil være preget av

²⁶⁰ Drake (2019) s. 307.

²⁶¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 66.

²⁶² Fornes (2018) s. 415.

²⁶³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 624.

²⁶⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 624.

²⁶⁵ Eskeland (2018) s. 400.

²⁶⁶ Se dissens i NOU 2002: 4 s. 252.

²⁶⁷ Se punkt 2.3.2.

²⁶⁸ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 78.

usikkerhet.²⁶⁹ Den omstendighet at barnets situasjon er vanskelig å forespeile på fullbyrdelsestidspunktet, er følgelig noe domstolene må ta forbehold om i vurderingen.

I *Vollen* synes resultatet å være at hensynet til samfunnsvern blir så tungtveiende, at de hensyn som taler mot å idømme unge mennesker forvaring likevel ikke kan bli utslagsgivende.²⁷⁰ Jenta hadde et «skadet sinn», og det var grunn til å tro at det ville ta «meget lang tid» og være «ekstremt krevende» å oppnå bedring innen fullbyrdelsestidspunktet.²⁷¹ Det kan med dette se ut til at dersom gjerningspersonen har særlige trekk eller diagnoser som vanskeliggjør endring, vil det tale for at ordinær fengselsstraffen ikke er tilstrekkelig – og at forvaring bør idømmes.

I *Vulkan* er det lignende tendenser i begrunnelsen, men en vesensforskjell er imidlertid at den tidsbestemte straffen ble langt kortere som følge av at gutten hadde begått et drapsforsøk.²⁷² Det avgjørende for oppfyllelsen av vilkåret synes derfor å være at den tidsbestemte straffen på fire år ble for kort til at ordinær fengselsstraff straff kunne anses å være tilstrekkelig.²⁷³ Retten konkluderte også her med at det ikke kunne forventes bedring i tilknytning til hans sosiale og personlige funksjonsevne innenfor et «kortvarig perspektiv».²⁷⁴ Paradoksalt er det den omstendighet at det *bare* er gjennomført en forsøkshandling, og at det skal være fradrag i straff når lovbrøyer er mindreårig, som synes å lede til at forvaring blir nødvendig for å ivareta samfunnsvernet. Dette momentet skal jeg komme tilbake til i kapittel 5.

I *Varhaug*-saken ble det foretatt en helhetsvurdering, hvor retten konkluderte med at når samfunnet har «mulighet til å forhindre fremtidige drap og seksuelle overgrep mot barn, bør det veie tyngre enn ubehaget for tiltalte i at straffen blant annet i form av behandling ved behov forlenges».²⁷⁵ Gutten ble funnet skyldig i et drap begått mot en jente på 13 år. Samfunnsvernet, og da særlig hensynet til andre barn, ble tillagt vekt.²⁷⁶ Hensynet til andre barns beste ble brukt som et argument for at ordinær fengselsstraff ikke var tilstrekkelig og at forvaring måtte idømmes. Det er gjentakelsesfaren som er det sentrale, men dersom denne er spesielt rettet mot barn, fremstår det som retten mener at andre barns beste tilsier at denne

²⁶⁹ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 72.

²⁷⁰ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 80.

²⁷¹ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 80.

²⁷² HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 67-69.

²⁷³ HR-2019-832 (Vulkan) avsnitt 67.

²⁷⁴ HR-2019-832 (Vulkan) avsnitt 69.

²⁷⁵ LG-2019-105200 (Varhaug).

²⁷⁶ LG-2019-105200 (Varhaug).

gjentakelsesfaren tas på største alvor og videre kan være noe som taler i retning av at forvaring idømmes.

4.5 Særvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter»

Det følger av straffeloven § 40 første ledd siste punktum at dersom lovbrøteren er «under 18 år, kan forvaring ikke idømmes, med mindre det foreligger helt ekstraordinære omstendigheter». Før særvilkårets ordlyd behandles, skal det poengteres at de alminnelige vilkårene allerede representerer en høy terskel.²⁷⁷ Særvilkåret viser i første rekke at det er en *lovlig adgang* til å idømme mindreårige forvaring, mens ordlyden «helt ekstraordinære omstendigheter» understreker at det er en hevet terskel for bruken når lovbrøteren er under 18 år.²⁷⁸ I forarbeidene presiseres det at vilkåret «helt ekstraordinære omstendigheter» fremholder at det «tilnærmet aldri» skal brukes forvaring overfor mindreårige.²⁷⁹ Av disse momenter kan det således utledes at ordlyden «helt ekstraordinær» er svært streng og at adgangen til å idømme barn forvaring er meget snever.²⁸⁰ Utover dette gir verken lov eller forarbeid noen nærmere anvisning på når det foreligger «ekstraordinære omstendigheter». Den nærmere grensdragningen er derfor overlatt til rettspraksis.²⁸¹

I *Vollen*-saken presiserer retten at bestemmelsen «gjenspeiler de hensyn som er knesatt i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen».²⁸² Vilåret om ekstraordinære omstendigheter synes altså å være utformet for å imøtekomme kravet om hensynet til barnets beste. Det fremstår som et utslag av hensynet i seg selv ved å blant annet vise at det må foreligge en høyere terskel – noe av ekstraordinær karakter – for at mindreårige skal kunne idømmes forvaring. Videre gir retten i *Vollen* uttrykk for at lav alder er et «meget tungt argument» for å ikke idømme forvaring.²⁸³ Lav alder vil altså være et moment av betydning i vurderingen av om det foreligger «helt ekstraordinære omstendigheter». I *Vulkan* presiserer Høyesterett at terskelen for bruk av forvaring er hevet når det gjelder barn og at det må kreves «meget stor fare for at samfunnsvernet ikke vil ivaretas ved alternativ fengselsstraff».²⁸⁴ Utover at det foreligger en hevet terskel for idømmelse av forvaring, og at lav alder er et moment av

²⁷⁷ Fornes (2018) s. 418.

²⁷⁸ Drake (2019) s. 294.

²⁷⁹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104.

²⁸⁰ HR-2019-832 (Vulkan) avsnitt 76.

²⁸¹ HR-2019-832 (Vulkan) avsnitt 78.

²⁸² HR-2017-290-A avsnitt 72.

²⁸³ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 77.

²⁸⁴ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 79.

betydning, er det vanskelig å si så mye mer om hva som nøyaktig ligger i vilkåret. Det foretas ingen selvstendig ordlydsfortolkning av «helt ekstraordinære omstendigheter», verken av Høyesterett eller lagmannsretten.

Fornes mener at kravet om «helt ekstraordinære» omstendigheter tilsier at det ikke bare skal gå ut over de omstendigheter som normalt kan finne sted i straffesaker som gjelder barn, men at det også må være omstendigheter som går ut over det som normalt betegnes som «mer spesielle saker».²⁸⁵ *Drake* har tatt til orde for at det må antas at «helt ytterliggående tilfeller, som ekstremtilfeller av terror og massevoldtekt, alene vil kunne kvalifisere til å oppfylle kravet om «helt ekstraordinære omstendigheter»».²⁸⁶ De argumenterer også for at lovbrudd som drap og drapsforsøk likevel ikke vil oppfylle vilkåret alene; det er ingen ekstraordinær omstendighet at et barn begår drap.²⁸⁷ Ellers gir ikke juridisk teori grunnlag for å trekke opp noen klare generelle retningslinjer eller grenser for begrepet. Det vil derfor ses hen til hva som kan utledes fra de konkrete vurderingene Høyesterett og lagmannsretten har foretatt i noen av sakene som har vært opp til doms.

I *Vollen* foretas en vurdering av hva som taler for og mot «ekstraordinære omstendigheter». Det ses hen til hvorvidt forvaringen vil være til «barnets beste», andre hensyn som taler mot at unge mennesker idømmes forvaring og det faktum at tilbakefallsfaren generelt vil være mer usikker desto yngre barnet er.²⁸⁸ Her foretar altså Høyesterett en avveining mellom det som taler mot at denne jenta, og barn generelt, idømmes forvaring. Det presiseres at spørsmålet er om «vilkårene for forvaring likevel er oppfylt når det ses hen til hva som er barnets beste».²⁸⁹ Konklusjonen i den konkrete saken ble at drapshandlingen, sammenholdt med det store antallet voldshandlinger (både i for- og etterkant av handlingen), hennes meget alvorlige psykiske tilstand og den spesielle motivasjonen for den voldelige atferd i *sum* ledet til oppfyllelsen av vilkåret «helt ekstraordinære omstendigheter».²⁹⁰

I *Vulkan*-saken vises det *Vollen*, hvor retten presiserer at den første dommen fra Høyesterett er «konkret begrunnet» og videre at sakene avviker fra hverandre på flere områder.²⁹¹ Likevel

²⁸⁵ Fornes (2018) s. 419.

²⁸⁶ Drake (2019) s. 299 med videre henvisning til Fornes (2018) s. 420-422.

²⁸⁷ Drake (2019) s. 299 med videre henvisning til Rt. 2011 s. 774, LA-2017-112563 og LA-2018-112662, Fornes (2018) s. 422.

²⁸⁸ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 72-75.

²⁸⁹ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 73, se punkt 4.3.2.

²⁹⁰ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 80.

²⁹¹ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 80-81.

foretar retten i *Vulkan* en slags sammenligning mellom handlingene, farevurderingene og alderen på gjerningspersonene i de to sakene.²⁹² Det blir blant annet gjort et poeng ut av at gutten var 17 år og tre måneder på gjerningstidspunktet, i motsetning til jenta i *Vollen* som bare var 15 år.²⁹³ Det avgjørende synes imidlertid å være at det forelå omstendigheter av *ekstraordinær karakter* som knyttet seg til guttens «handling, atferdsmønster og sosiale og personlige funksjonsevne».²⁹⁴ Dermed var det omstendigheter rundt de alminnelige vilkår som tilsynelatende ledet til oppfyllelsen av særvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter».

I *Varhaug*-saken synes det også å være det samlede bildet som ledet til oppfyllelsen av vilkåret.²⁹⁵ Retten foretok heller ikke i denne saken noen ordlydsfortolkning eller nærmere redegjørelse av særvilkåret. Snarere ser det ut til at lagmannsretten konkluderte med at vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» var oppfylt basert på en samlet vurdering av de øvrige, alminnelige vilkårene i § 40.

4.6 Forsøk på en konklusjon

På bakgrunn av analysen i dette kapitlet er det altså noe som fremstår som sikkert – og annet ikke like fullt. Enkelte retningslinjer vil det imidlertid være mulig å trekke opp av rettstilstanden per i dag. Det synes blant annet å kunne konstateres at barn bare kan idømmes forvaring for lovbrudd av «alvorlig art», med den følge at lovbrudd av «mindre alvorlig art» ikke vil kvalifisere til forvaringsstraff. Utover dette er det utfordrende å fastslå hvor alvorlig det *må* være. *Fornes* mener det er en forutsetning at barnet har begått et «svært alvorlig lovbrudd» og dermed at terskelen skjerpes, jf. punkt 4.4.1. Som et utgangspunkt underbygger også faktum fra Høyesterettsdommene uttalelsen. Det er likevel ikke gitt at det *må* være tilfellet. Retten konkluderer med at drap og drapsforsøk kvalifiserer til oppfyllelsen av vilkåret om alvorlig lovbrudd, men går ikke nærmere inn på om det *må* foreligge en hevet terskel, slik *Fornes* mener det gjør. I den ferske *Oslo*-dommen ble begått både «voldslovbrudd» og «seksuallovbrudd», hvor det særlig var seksuallovbruddene i form av fire voldtekter, som kvalifiserte til oppfyllelsen av «alvorlig art».²⁹⁶

²⁹² HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 81-83.

²⁹³ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 82.

²⁹⁴ HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 83.

²⁹⁵ LG-2019-105200 (*Varhaug*).

²⁹⁶ Se punkt 4.4.1.

Når det gjelder vilkåret om gjentakelsesfaren byr vurderingen av lovbrysterens *farlighet* på noen utfordringer: Prognostisering er i utgangspunktet vanskelig, og retten vil være avhengig av andre fagdisipliners fagpersoner. Det er utvilsomt at prognoser blir desto mer utfordrende der hvor lovbrysteren er et barn. Det som likevel synes å være fremtredende i vurderingen, særlig sett til *Vollen* og *Vulkan*, er at dersom det foreligger diagnoser eller personlighetstrekk ved gjerningspersonen som vil være utfordrende å få rehabilitert innenfor et kortere tidsperspektiv, vil det være et moment som taler for forvaring. Omstendighetene rundt handlingene synes følgelig å være utslagsgivende, men det er likevel utfordrende å foreta noen uttrykkelig konklusjon av hvilke krav som stilles til det begåtte lovbruddet. *Vollen*, *Vulkan* og *Varhaug* er svært spesielle tilfeller, av særlig grov karakter, hvor omstendighetene rundt handlingene ikke kan betegnes som annet enn skrekkelige. Videre er det ingen forutsetning at barnet har begått, eller forsøkt å begå, et lovbrudd som nevnt i første ledd. Tidligere handlinger, som ikke er straffesanksjoner, kan tillegges vekt. Det sentrale ved vurderingen er at det foreligger *nærhet* mellom tidligere handlinger og gjerning – noe som må antas å være tilfellet i de fleste saker hvor gjerningspersonen er mindreårig. Det vil således være naturlig at denne omstendighet påvirker lovtolkningen.

For grunnvilkåret om at tidsbestemt straff ikke anses er tilstrekkelig er særlig den tidsbestemte straffen (gjerne kalt den «alternative straffen») – som blir gitt før vurderingen om idømmelse av forvaring – av betydning.²⁹⁷ Vurderingen skal basere seg på om denne straffen er «tilstrekkelig». Fra rettspraksis er det ellers utfordrende å trekke klare retningslinjer ut av de vurderingene som foretas. Både Høyesterett og lagmannsretten foretar konkrete vurderinger som knytter seg til den enkelte sak. I *Vollen* blir særtrekk ved jenta trukket frem, mens i *Vulkan* er det særlig den omstendighet at den tidsbestemte straffen blir for kort, som blir utslagsgivende for oppfyllelsen av vilkåret.²⁹⁸ I *Varhaug* synes det å være en samlet vurdering av særtrekk ved gjerningspersonen, hans manglende endring i «natur og tenkesett» og hensynet til andre barn, som er utslagsgivende.²⁹⁹

Når det gjelder særvilkåret om «helt ekstra ekstraordinære omstendigheter» for de under 18 år, fremstår det etter lovens ordlyd som et selvstendig vilkår, som krever at det foretas en egen vurdering av hvorvidt vilkåret er oppfylt. Som nevnt i punkt 4.5. er det ikke foretatt noen

²⁹⁷ Se punkt 4.4.3.

²⁹⁸ HR-2017-290-A (*Vollen*), HR-2019-832-A (*Vulkan*).

²⁹⁹ LG-2019-105200 (*Varhaug*).

presisering av hva som ligger i dette vilkåret, verken av forarbeid, rettspraksis eller juridisk litteratur. En undersøkelse av sentral rettspraksis tilsier imidlertid at vilkåret ikke underkastes en så selvstendig vurdering som ordlyden skulle tilsi.³⁰⁰ Det ser heller ut til at vurderingen baseres på en av en samlet vurdering av flere omstendigheter; i hovedsak momenter fra de alminnelige vilkår. Både i *Vollen* og *Vulkan* var det handlingens karakter, motivasjonen, de tidligere voldshandlingene og personlighetstrekk og/eller psykiske tilstand som ledet til oppfyllelsen av vilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter».³⁰¹ En mulighet er at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» ved hvert vilkår. Denne måten å betrakte vilkåret på synes å være den tilnærming *Fornes* har valgt. Hun har gitt uttrykk for at vil være vanskelig å se hvordan det skjerpede vilkåret for å idømme barn forvaring kan oppfylles, uten at det samlet sett kan anses å foreligge ekstraordinære omstendigheter ved den straffbare handlingen og i farevurderingen.³⁰² Hun har videre presisert at de ekstraordinære omstendighetene også må gjenspeiles i vurdering av om hensynet til samfunnsvern tilsier bruk av forvaring.³⁰³ Dersom en slik forståelse av vilkåret legges til grunn, vil det innebære at særvilkåret om «helt ekstraordinære omstendigheter» kun tilkjenner hvordan de alminnelige vilkår skal forstås – og derfor i hovedsak *bare* har pedagogisk verdi.³⁰⁴

Oppsummert kan det konstateres at terskelen for å idømme barn forvaringsstraff som et utgangspunkt er høy, hvor regelen skal tolkes strengt og adgangen være snever. Foruten å presisere denne terskelen, har ikke Høyesterett tillagt særregelen noe eget innhold.³⁰⁵ Domstolene synes imidlertid å ha satt en lavere terskel for selve idømmelse av forvaring enn hva intensjonen opprinnelig var. Av forarbeidene kan det leses at særvilkåret, som klarlegger adgangen til å idømme mindreårige forvaring, «tilnærmet aldri» skulle benyttes. Dersom det ses hen til utviklingen de siste år – med *fem domfellelser på tre år* – er ikke forvaring lenger en straffereaksjon som *tilnærmet aldri* brukes overfor mindreårige lovbrøyttere. Med det fremstår den standard som ble satt ved innføringen av særvilkåret som strengere enn hva som *reelt* praktiseres av domstolene i dag.

³⁰⁰ HR-2017-290-A (*Vollen*), HR-2019-832-A (*Vulkan*), LG-2019-105-200 (*Varhaug*), LE-2019-122942 (*Vinstra*) LB-2020-34882 (Oslo).

³⁰¹ HR-2017-290-A (*Vollen*) avsnitt 80, HR-2019-832-A (*Vulkan*) avsnitt 83.

³⁰² *Fornes* (2018) s. 433.

³⁰³ *Fornes* (2018) s. 433.

³⁰⁴ *Drake* (2019) s. 297.

³⁰⁵ Høyesteretts manglende klarhet og klarlegging skal jeg knytte kommentarer til i kapittel 5 (punkt 5.2.).

5 Avsluttende vurderinger

5.1 Innledning

I denne avhandlingen har jeg forsøkt å trekke opp noen retningslinjer for hva som med sikkerhet kan sies å være gjeldende rett vedrørende domstolenes adgang til å idømme forvaringsstraff overfor mindreårige. I dette kapitlet skal det reises fire kritiske bemerkninger til funnene som er gjort. I første del, punkt. 5.2., vil det underkastes en kritisk betraktning hva gjelder Høyesteretts manglende klarlegging av innholdet i særvilkåret. Videre skal det i punkt 5.3. ses hen til Høyesteretts manglende vurdering av «barnets beste» i Vulkan: Hvorfor har de unnlatt å vurdere hensynet, og hva kan potensielt være konsekvensen av det? Dernest skal jeg i punkt 5.4. foreta noen bemerkninger til det jeg har valgt å betegne som *paradoksale momenter* ved gjerningspersonens alder. Avslutningsvis vil jeg i punkt 5.5. komme med en kort oppsummerende analyse av problematikken – for kanskje gjenspeiler disse utfordringene at det samlet sett mangler et alternativ til forvaring, som er bedre tilpasset barn og unge?

5.2 Høyesteretts mangel på klarhet hva gjelder innholdet i særvilkåret

Det som kan utledes av loven og dens forarbeid er begrenset, jf. kapittel 4. Den nærmere grensedragningen for hva som kan være av *så ekstraordinær karakter* at det er «riktig reaksjon overfor et barn» er derfor overlatt til rettspraksis.³⁰⁶ Det bør da forventes at Høyesterett i *Vollen* – og påfølgende dom i *Vulkan* – i større grad bestrebet seg å trekke opp noen generelle retningslinjer for hvordan vurderingen skal og bør foretas når gjerningspersonen er mindreårig. Jeg finner at rettsstilstanden etter disse to Høyesterettsdommene verken er opplagt eller rimelig klarlagt.³⁰⁷ Høyesterett har selv gitt uttrykk for at det er lite å hente i lovtekst og forarbeid, og at dette innebærer til at de selv blir den primære veileder.³⁰⁸ Slik jeg leser dommene, holder retten seg primært til de alminnelige vilkår og konkluderer med at «disse sakene er så ekstreme at vilkåret kan ikke være noe annet enn oppfylt». Høyesterett fremstår derfor – noe overraskende – ikke å være sin rolle bevisst. Det er tilsynelatende et behov for klargjøring, men likevel foretar Høyesterett seg lite for å *faktisk* klarlegge innholdet i særvilkåret.

³⁰⁶ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 78.

³⁰⁷ Holmboe (2020) s. 252.

³⁰⁸ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 78.

Holmboe har forfeftet mye av det samme, og jeg finner de poeng han har gjort i den forbindelse treffende; for kanskje er årsaken til Høyesteretts manglende klargjøring at disse forvaringstilfellene er og blir så konkrete, at dens innhold og vurdering har liten betydning utenfor den foreliggende sak.³⁰⁹ Det kan ha seg at det rett og slett er *for* utfordrende å finne noe eget i vilkåret. Med det sagt reiser forvaringsstraff og adgangen til å bruke det overfor mindreårige så store og grunnleggende spørsmål – særlig om hvordan samfunnsvernet skal avveies opp mot hensynet til barnets beste – at det etter mitt syn er behov for at Høyesterett er tydeligere.³¹⁰

5.3 Barnets beste-vurderingen i Vulkan

I *Vulkan* unnlater Høyesterett å foreta en «barnets beste»-vurdering. Både barnekonvensjonen og Grunnloven legger klare føringer for hvordan hensynet til barnets beste *skal* tillegges vekt og vurderes ved idømmelse av en strafferettslig sanksjon, jf. punkt 4.3. Hensynet til barnets beste er heller ikke *bare* et hensyn, men også en saksbehandlingsbestemmelse, i den forstand at avgjørelsene må vise at barnets interesser – både positive og negative – er identifisert og videre vise hvordan de er avveid mot hverandre.³¹¹ I tillegg fremgår det av forarbeidene til Grunnloven § 104 at det ved vurdering av barnets beste skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, der «barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet».³¹² Forvaring er utvilsomt en beslutning som er svært alvorlig for det berørte barnet. Det er dermed både oppsiktsvekkende og kritikkverdig at Høyesterett unnlater å foreta en vurdering.

I *Vulkan* gjør Høyesterett et poeng ut av at gjerningspersonen var over 18 år på domstidspunktet.³¹³ Denne omstendighet mente Høyesterett innebar at de hensyn som ligger bak særvilkåret får «noe mindre vekt».³¹⁴ Hensynet til «barnets beste» er et av hensynene som gjenspeiles i særvilkåret, jf. punkt 4.5. Paradoksalt er guttens *lave alder* (den omstendighet at han var et barn på gjerningstidspunktet) noe som gir en reduksjon i den tidsbestemte straffen, og som igjen blir medvirkende for at retten kommer frem til at den tidsbestemte straffen på fire år *ikke vil være tilstrekkelig*.³¹⁵ Etter mitt syn vil det være naturlig at dersom særvilkåret

³⁰⁹ Holmboe (2020) s. 252.

³¹⁰ Holmboe (2020) s. 252.

³¹¹ Se punkt 4.3.2.

³¹² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192, se punkt 4.3.4.

³¹³ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 82.

³¹⁴ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 82.

³¹⁵ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 67.

kommer til anvendelse som følge av at gjerningspersonen var et barn på handlingstidspunktet, vil også andre hensyn – som hensynet til barnets beste – inngå som en betydningsfull del av vurdering.

Utgangspunktet for alle de dommene, inkludert *Vulkan*, er at Høyesterett og lagmannsretten tenker at forvaring *må* til.³¹⁶ Det blir helt nødvendig å bruke forvaring som straffereaksjon for å beskytte samfunnet mot disse unge og svært farlige lovbrysterne. Den manglende bruk av hensynet til «barnets beste» i *Vulkan* fremstår, etter mitt syn, først og fremst som et resultat av at det ikke kan dveles for mye med «barnets beste»: Det vil i «verste konsekvens» føre til at retten kommer frem til at lovens vilkår ikke er oppfylt. På mange måter synes det derfor å kunne spores en form for pragmatisme fra rettens side, ved at de ikke har noe annet valg enn å komme seg «unna» de rettslige hindrene.

5.4 Aldersparadokset

Under arbeidet med denne avhandlingen er det flere sider ved *gjerningspersonens alder* som har bemerket seg.

Et første moment er Høyesteretts vurdering av gjerningspersonens alder i *Vulkan*. Som følge av at gjerningspersonen var 17 år og tre måneder på gjerningstidspunktet konstaterte retten at særvilkåret var oppfylt, men at hensynene bak bestemmelsen likevel fikk mindre vekt som følge av at gjerningspersonen var over 18 år *på domstidspunktet*.³¹⁷ Av rettspraksis kan det dermed utledes at *alderen på domstidspunktet* kan vektlegges og at særvilkåret kan *fires* på. Det må imidlertid bemerkes at forarbeidene fortsatt presiserer at særvilkåret skal benyttes der hvor lovbrysteren var *mindreårig på handlingstidspunktet*.³¹⁸ Lagmannsretten har i *Oslo*-saken fra tidligere i år, vist til de nevnte uttalelsene fra *Vulkan* i sin argumentasjon.³¹⁹ Her var gjerningspersonen fylt 21 år på domstidspunktet, men var 16 år og fire måneder da han begikk seksuallovbruddene.³²⁰ Det faktum at han ikke var «et barn» på domstidspunktet ble derfor et moment, sammen med oppfyllelse av de øvrige alminnelige vilkår, som flertallet mente talte for at det forelå «helt ekstraordinære omstendigheter».³²¹ En konsekvens av

³¹⁶ HR-2017-290-A (Vollen), HR-2019-832-A (Vulkan), LE-2019-122942 (Vinstra), LG-2019-105200 (Varhaug), LB-2020-34882 (Oslo).

³¹⁷ HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 82.

³¹⁸ Prop. 135 L (2010-2011) s. 104, Fornes (2018) s. 417-418.

³¹⁹ LB-2020-34882 (Oslo).

³²⁰ LB-2020-34882 (Oslo).

³²¹ LB-2020-34882 (Oslo).

rettens vektlegging av alderen på *domstidspunktet* synes å være at lang saksbehandlingstid – som igjen har den konsekvens at gjerningspersonen blir eldre – gjør det lettere å komme til oppfyllelsen av særvilkåret. Dette er oppsiktsvekkende, og fremstår som svært uheldig. Etter mitt syn blir det naturlig å trekke veksler på en «tilbakevirkningstankegang».³²² Realiteten blir den at *tiden som går* fører til at det åpnes for den strengeste straffen vi har – nemlig forvaring. Paradoksalt kan det altså forekomme tilfeller hvor forvaring ikke vil vært akseptabelt som følge av at lovbrøyteren var 15, 16 eller 17 år, men på bakgrunn av endring i tid – og således alder – vil det likevel være «greit», da de hensyn særvilkåret «hviler på» får «noe mindre vekt» som følge av at lovbrøyteren har passert 18 år på *domstidspunktet*.³²³ Saksbehandlingstiden, som tradisjonelt skal slå positivt ut for lovbrøyteren, kan altså føre til at retten enklere kommer «over terskelen» og at vilkåret oppfylles.³²⁴ Et spørsmål som da blir liggende i skjæringspunktet er: Hvis det uansett skal vektlegges at vedkommende vil være voksen når dommen gis og selve soningen starter, forsvinner ikke potensielt hele poenget med en særregel? Det er *bare 3 år* som skiller 15 og 18 år, noe som innebærer at mesteparten av soningen uansett vil skje etter fylte 18 år.

I *Vulkan* aktualiseres også et annet oppsiktsvekkende moment ved vurderingen av forvaring når lovbrøyteren er mindreårig. Lav alder er et moment som det skal tas hensyn til ved utmålingen av den tidsbestemte straffen.³²⁵ Høyesterett bemerker:

«Etter mitt syn er det klart at samfunnsvernet her ikke ivaretas ved en ordinær tidsbestemt straff. Fordi det er tale om en forsøkshandling, og *fordi domfelte er vidt ung*, vil en tidsbestemt straff måtte bli relativt kort.» (uthevet her).³²⁶

Retten poengterer med dette at ung alder er noe som gir fradrag i den tidsbestemte straffen. Imidlertid presiserer Høyesterett også at reduksjonen i den tidsbestemte straffen er noe som medfører til at den tidsbestemte straffen blir kort. Videre sier Høyesterett:

«Behovet for samfunnsvern strekker seg utvilsomt utover de nærmeste to-tre årene. [...] Denne risikoen vil i beste fall reduseres etter betydelig innsats over tid. I tillegg kommer det jeg har redegjort for i tilknytning til hans sosiale og personlige

³²² Se punkt 3.1. om Grunnloven § 97.

³²³ Se Høyesteretts argumentasjon i HR-2019-832-A (Vulkan) avsnitt 82.

³²⁴ Se bl.a. straffeloven § 78 bokstav e.

³²⁵ Se bl.a. HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 39 og straffeloven § 78 bokstav i.

³²⁶ HR-2019-832-A avsnitt 67.

funksjonsevne som ikke kan forventes å endre seg vesentlig, i alle fall ikke i et kortvarig perspektiv. [...] Andre muligheter for å ivareta samfunnsvernet på enn forvaring finnes ikke».³²⁷

Disse sitatene fra Høyesterett tilsier at dersom gutten hadde vært over 18 år på gjerningstidspunktet, ville heller ikke de formildende omstendighetene som gjør seg gjeldende når lovbrøyteren er barn aktualisere seg, hvilket ville ha ledet til en lengre straff.³²⁸ I rettslitteraturen har flere forfattere tatt til orde for at dette forsterker fornemmelsen av at det ligger et paradoks skjult under de lave strafferammene for barn, ved at vilkårene for forvaring oppfylles fordi den tidsbestemte fengselsstraffen blir for kort til å sikre samfunnsvernet.³²⁹ En slik utvikling kan være problematisk opp mot prinsippet om barnets beste.³³⁰ Det må bemerkes at dette paradokset også kan gjøre seg gjeldende ved idømmelsen av forvaring generelt, blant annet som følge av at mellomlange straffer lettere kan lede til forvaring enn de lengste straffene.³³¹ Kanskje må det likevel være slik at det i noen sjeldne tilfeller er samfunnsvernet som må veie tyngst.³³²

5.5 Manglende alternativ til sikkerhetstilbud

Særvilkåret om at det må foreligge «helt ekstraordinære omstendigheter» skal tolkes svært strengt, jf. punkt 4.5. og 4.6. Likevel er resultatet *fem domfellelser* de siste *tre årene*. Et spørsmål som må stilles, er om retten står ovenfor en situasjon hvor de *tillater seg* å strekke på vilkårene, rett og slett fordi barna blir et for stort problem og trusselen for stor. I *Vollen* presiserer Høyesterett at en forvaringsdom ikke ville være til barnets beste, men likevel ble det helt nødvendig av hensyn til samfunnsvernet.³³³ Kan det være at vilkårene for forvaring strekkes på og at forvaring godtas – uten at det er til barnets beste – som et resultat av at det ikke finnes andre alternativer? Det er ikke noe rettsstaten Norge bør være seg bekjent med. Kan det tenkes at en løsning kunne vært et spesialtilbud – for eksempel ungdomsforvaring – som er spesielt tilpasset barn og unge? Å konstruere et innhold for en slik straffereaksjon vil ikke være noen enkel oppgave, men et godt utgangspunkt kan være et opplegg som har «barnets beste» som primærhensyn. Hensynet til barnets beste er noe

³²⁷ HR-2019-832-A avsnitt 68-70.

³²⁸ Se HR-2017-290-A avsnitt 39 for illustrasjon.

³²⁹ Drake (2019) s. 311, Holmboe (2020) s. 242.

³³⁰ Drake (2019) s. 312.

³³¹ Holmboe (2020) s. 242.

³³² Drake (2019) s. 312, se kapittel 3 (særlig pkt. 3.6.).

³³³ HR-2017-290-A (Vollen) avsnitt 75 og 80.

forvaringsinstituttet – nokså forståelig – ikke har som et springende utgangspunkt.

Forvaringsordningen skulle jo tross alt «tilnærmet aldri» benyttes som straffereaksjon overfor mindreårige lovbrøtere.

6 Kilderegister

Lov

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814	Grunnloven
Lov angaaende Forbrydelser 20. august 1842	Kriminalloven
Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902	Straffeloven (opphevet)
Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett	Menneskerettsloven
Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff	Straffeloven

Forarbeid og andre offentlige dokumenter

NOU 1974: 17	Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner
NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming Straffelovkommisjonens delutredning I
NOU 1990: 5	Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner Straffelovkommisjonens delutredning IV
NOU 2002: 4	Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2008: 15	Barn og straff – utviklingsstøtte og kontroll
Ot.prp. nr. 87 (1993-1994)	Om lov om endringer i straffeloven m.v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Om lov om straff (straffeloven)

Prop. 135 L (2010-2011)

Endringer i straffeloven,
straffeprosessloven,
straffgjennomføringsloven,
konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)

Dok. nr. 16 (2011-2012)

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget
om menneskerettighetene i Grunnloven

Innst. S. nr. 7 (1990-1991)

Innstilling fra utenriks- og
konstitusjonskomitéen om samtykke til
ratifikasjon, med visse forbehold, av de
forente nasjoners konvensjonen av 20.
november 1989 om barnets rettigheter
(St.prp. nr. 104 for 1989-90)
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1990-91&paid=6&wid=aI&psid=DIVL647&s=True>

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 2002 s. 1673

Rt. 2002 s. 1667

Rt. 2004 s. 804

Rt. 2007 s. 1056

Rt. 2010 s. 1313

Rt. 2010 s. 1317

Rt. 2011 s. 1789

Rt. 2011 s. 774

Rt. 2013 s. 1345

Rt. 2014 s. 495

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-2000-U

HR-2016-2261-A

HR-2017-290-A

Vollen

HR-2018-104-A

HR-2018-699-A

HR-2019-832-A

Vulkan

Lagmannsrettspraksis

LA-2017-112563

LA-2018-112662

LE-2019-122942

Vinstra

LG-2019-105200

Varhaug

LB-2020-34882

Oslo

Tingrettspraksis

RG-2012-1153

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelsen av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen)

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. Mai 1969 (Wien-konvensjonen om traktatrett)

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (Barnekonvensjonen)

FNs barnekomitè – generelle kommentarer

General Comment No. 10 (2007) 25. april 2007, Children's rights the Juvenile Justice

General Comment No. 14 (2013) 29. mai 2013, The rights of the Child to have his or her best interests taken as a primary consideration

Rapporter fra FNs barnekomitè

Concluding observations nr. 5/6 (2018) 4. juli 2018, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway

Litteraturliste

Andenæs (1962) Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 3. utgave, Tanum 1962

Ericsson (1996) Ericsson, Kjersti, *Forsømte eller forbryterske?: barnevern og kriminalitetskontroll i etterkrigstida*, 1. utgave, Gyldendal 1996

Andenæs (2004) Andenæs, Johns., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Universitetsforlaget 2004

- Johnsen/Storvik (2006) Johnsen, Berit. Storvik, Birgitte Langset, «Forvaring og utviklingen for perioden 2002-2006», i *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, Årg. 93, nr. 1, 2006, s. 51-67
- Johnsen (2011) Johnsen, Berit, «Forvaring – fra særreaksjon og «straff» til lovens strengeste straff: Et skritt frem eller ett tilbake?», i *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, Årg. 98, nr. 1, 2011
- Kinander (2013) Kinander, Morten, «Strafferettens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk», i *Tidsskrift for Jussens venner*, vol 48, nr. 3, 2013, s. 155-192
- Martnes (2015) Martnes, Mona, «Fengsling av barn i spenningen mellom allmennprevensjon og barnets beste», i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, vol. 13, nr. 3, 2015, s. 239-261
- Frøberg (2016) Frøberg, Thomas, *Alminnelige strafferett i et nøtteskall*, 1. utgave, Gyldendal 2016
- Eskeland (2018) Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm 2018
- Fornes (2018) Fornes, Ingun, *Straff av barn: Frihetsstraffene og alternativene* (Doktoravhandling). Universitet i Bergen, Bergen 2018
- Grønning/Husabø/Jacobsen (2019) Grønning, Linda. Husabø, Erling Johannes. Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019
- Drake (2019) Drake Breistein, Kristine, «Forvaring av barn», i *Tidsskrift for strafferett*, vol. 19, nr. 3, 2019, s. 288-312

- Rui (2020) Rui, Jon Petter, «Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff», i *Tidsskrift for Lov og rett*, vol. 59, nr. 6, 2020, s. 323-324
- Smith (2020) Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barns rettigheter», *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020 s. 19-32
- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste», *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020 s. 55-78
- Holmboe (2020) Holmboe, Morten, «Forvaring av unge lovbrytere: Et ubehagelig tema», i *Tidsskrift for strafferett*, vol. 20, nr. 3, 2020, s. 227-252,

Nettartikler

- Sist besøkt: 14.12.2020 Walnum, Amanda Nordhagen, «*Knivstikker (17) kan få forvaring: Derfor er det ekstremt sjeldent*», sist oppdatert 11. april 2019, Dagbladet
<https://www.dagbladet.no/nyheter/knivstikker-17-kan-fa-forvaring-derfor-er-dette-ekstremt-sjeldent/70970254>
- Sist besøkt 14.12.2020 Hirsti, Kristine, «*15-åring kan dømmes til forvaring for første gang: - Brudd på barnekonvensjonen*», sist oppdatert 18. juni 2015, NRK
<https://www.nrk.no/norge/15-aring-kan-dommes-til-forvaring-for-forste-gang--brudd-pa-barnekonvensjonen-1.12413714>

