



Det juridiske fakultet

Beslutninger om utelukkelse fra fellesskapet for å hindre selvskading

En analyse av forholdet mellom kriminalomsorgens adgang til å beslutte utelukkelse fra fellesskapet og innsattes helserettigheter.

Karen Hals Bjelland

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høsten 2020 - JUR-3902

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.1.1	Tema og problemstilling	1
1.1.2	Aktualitet.....	1
1.1.3	Sentrale begreper	2
1.1.4	Avgrensning	3
1.2	Rettskilder og metode.....	4
1.2.1	Fremgangsmåte	4
1.2.2	Rettskildebildet ved tolkning av EMK.....	5
1.2.3	Menneskerettighetene i norsk rett	6
1.3	Videre fremstilling	7
2	Helsetjenesten i fengselet	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Helsepersonellens ansvarsområder	8
2.3	Kriminalomsorgens ansvarsområde	9
3	Retten til liv	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Grunnloven § 93 første ledd.....	11
3.2.1	Tolkning av bestemmelsen.....	11
3.3	EMK artikkel 2.....	11
3.3.1	En oversikt.....	11
3.3.2	Staten må verne fanger mot seg selv	12
3.4	Gir Grunnloven § 93 første ledd et bedre vern enn EMK artikkel 2?.....	15
4	Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling.....	16
4.1	Innledning.....	16
4.2	Grunnloven § 93 annet ledd	17

4.2.1	Tolkning av bestemmelsen.....	17
4.3	EMK artikkel 3.....	19
4.3.1	En oversikt.....	19
4.3.2	Fengselet må sørge for isolasjonskompenserende tiltak	21
4.4	Gir Grunnloven § 93 annet ledd et sterkere vern enn EMK artikkel 3?.....	23
5	Forholdet mellom retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling	24
5.1	Innledning.....	24
5.2	Staten plikter å sikre retten til liv og iverksette kompenserende tiltak	25
6	Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b	26
6.1	Innledning.....	26
6.2	Bestemmelsens vilkår.....	27
6.2.1	En oversikt.....	27
6.2.2	Vedtaket må være nødvendig	28
6.3	Bestemmelsens virkning	31
6.3.1	Innledning.....	31
6.3.2	Utelukkelsen skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig	32
6.3.3	Det skal iverksettes isolasjonskompenserende tiltak	34
6.4	Er dagens praksis i tråd med menneskerettighetene?.....	36
7	Innsattes rett på helsehjelp	38
7.1	Innledning.....	38
7.2	Innsattes rettigheter etter pasientrettighetsloven	39
7.3	Kriminalomsorgen skal tilse innsatte som er utelukket fra fellesskapet	41
7.4	Kriminalomsorgen skal varsle lege om utelukkelsen.....	42
7.5	Har innsatte rett til daglig tilsyn av fengselslege?.....	44
7.6	Konsekvensen av at innsatte ikke får tilgang til helsetjenesten	45
8	Avsluttende bemerkninger	48

Kildeliste 51

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

1.1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen behandler kriminalomsorgens beslutninger om utelukkelse av innsatte fra fellesskapet for å hindre selvskading jf. lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff (straffegjennomføringsloven) § 37 første ledd bokstav b, og innsattes rett til helsehjelp.

Avhandlingen baseres på tesen om at innsattes rett til helsetjenester i fengsel ikke opprettholdes i flere tilfeller hvor kriminalomsorgen benytter sin adgang til å vedta utelukkelse fra fellesskapet.

Problemstillingen er om innsatte som utelukkes fra fellesskapet for å forhindre selvskading, mottar den helsehjelpen de har krav på.

I kapittel 1 redegjøres det for oppgavens aktualitet, sentrale begreper, metodiske trekk og nærmere avgrensninger. Avslutningsvis gis en kort fremstilling av veien videre.

1.1.2 Aktualitet

Kriminalomsorgen har hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til å beslutte isolasjon av innsatte for å forhindre selvskading. En beslutning om utelukkelse er et inngrep i innsattes rett til fellesskap etter straffegjennomføringsloven § 17. Virkningen av inngrepet, og de konsekvenser et inngrep kan få for innsatte, taler for at adgangen til å beslutte utelukkelse må avklares.

Norge har gjentatte ganger fått kritikk fra internasjonalt hold hva gjelder bruk av isolasjon i norske fengsler.¹ Senest i 2018 uttrykte FNs Torturkomite bekymring vedrørende omfanget av langvarig isolasjon og mangel på tilstrekkelige vilkår for isolasjon.² Rapporter fra Sivilombudsmannen viser at det ved flere tilfeller har blitt besluttet vedtak om utelukkelse fra fellesskapet for innsatte som viser tegn på nedsatt psykisk helse, og at de innsatte ikke mottar helsehjelpen de har krav på.³

¹ Sivilombudsmannen «Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler» Dokument 4:3 (2018/19) punkt 2

² Committee against Torture (CAT) Concluding observations on the eighth periodic report of Norway 2018

³ Sivilombudsmannen, besøksrapport, Åna Fengsel 13.-15. november 2017, problemet har også blitt belyst i Sivilombudsmannens kronikk «Isolasjon av psykisk syke innsatte er uverdigg», sist oppdatert 05.06.2018

Isolasjon i fengsel er et økende problem. Statistikk fra kriminalomsorgen viser at det har vært vekst i antall vedtak om utelukkelse fra januar 2020 til oktober 2020.⁴ En slik økning i inneværende år kan naturlig ha en sammenheng med utbruddet av Covid-19 og utfordringene dette har medført. Samtidig har vedtak om utelukkelse vært sett på som problematisk i norske fengsler.⁵ Dette taler for at vedtak om utelukkelse også ville ha forekommet uten Covid-19.

I november 2020 ble det utstedt et forslag til lovvedtak om midlertidig endringer i straffegjennomføringsloven på bakgrunn av Covid-19.⁶ Forslaget går blant annet ut på å fastsette en hjemmel om at innsatt helt eller delvis skal være utelukket fra fellesskap med andre innsatte når det følger av smittevernloven. I lovforslaget uttaler flere at en eventuell bestemmelse må utformes slik at den sikrer innsattes rett til helsehjelp og tilgang til helsetjenesten ved en utelukkelse. I tillegg presiseres det at vilkårene for utelukkelse på bakgrunn av den nye bestemmelsen må være «*nødvendig*» og at «*lempeligere tiltak ikke er tilstrekkelige*».⁷ Lovforslaget bærer preg av en rettslig minstestandard som må sikres ved en utelukkelse etter straffegjennomføringsloven.

1.1.3 Sentrale begreper

Flere begreper blir definert underveis i avhandlingen. Innledningsvis vil det redegjøres for de mest sentrale begrepene, herunder «*utelukkelse*», «*isolasjon*» og «*selvskading*». Begrepene i seg selv kan ha varierende innhold. Formålet bak begrepsavklaringen er å klargjøre hvordan begrepene blir brukt i avhandlingen.

Begrepet «*utelukkelse*» brukes i avhandlingen om hel utelukkelse som et forvaltningsvedtak med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37. Det sentrale ved utelukkelsen er at den innsatte holdes adskilt fra andre innsatte og at «*meningsfull menneskelig kontakt*» reduseres. I de tilfeller hvor den innsatte er utelukket fra fellesskapet, og sitter innelåst på egen celle i minst 22 timer i døgnet uten meningsfull menneskelig kontakt, anses den innsatte i utgangspunktet for å være «*isolert*».⁸

⁴ Kriminalomsorgsdirektoratet, «Statistikk over isolasjon i kriminalomsorgen oktober 2020» s. 2

⁵ Se blant annet Committee against Torture (CAT) Concluding observations on the eighth periodic report of Norway 2018

⁶ Prop.36 L (2020-2021)

⁷ Prop.36 L (2020-2021) s. 13-15

⁸ FN's standard minimumsregler for behandling av innsatte (Mandelareglene), vedtatt av FN's generalforsamling 17. desember 2015, regel 44

For at kontakten anses som meningsfull, legges det vekt på om kontakten anses som empatisk og om den foregår ansikt til ansikt. Kommunikasjonen mellom den innsatte og andre som er et resultat av tilfeldig og kortvarige samtaler, som gjerne skjer ved utførelse av oppgaver, anses ikke som meningsfull.⁹

Begrepet «*isolasjon*» brukes om den faktiske situasjonen som kan oppstå etter et vedtak om utelukkelse. Hel utelukkelse fra fellesskapet med andre innsatte innebærer ikke nødvendigvis at den innsatte blir «*isolert*». Isolasjon kan forhindres ved at den utelukkede eksempelvis har anledning til å komme ut av cellen og tilbringe tid med ansatte eller andre.

Avhandlingen vil omtale «*selvskading*» og «*skade seg selv*» ved flere anledninger. Med dette menes det en skade den innsatte påfører seg selv, men uten hensikt å dø. Det er i teorien oppstilt et skille mellom «*selvskading*» og «*selvmord*». I avhandlingen vil «*selvskading*» brukes på de tilfeller hvor skaden fungerer som et middel eller en markering.¹⁰

1.1.4 Avgrensning

Avhandlingen er avgrenset til utelukkelse fra fellesskapet for å forhindre innsatte å skade seg selv etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b. En slik utelukkelse er fengselsbesluttet. En naturlig konsekvens av dette er at avhandlingen avgrenses mot isolasjon i arrest som blir anvendt av politiet, og rettsbesluttet isolasjon som reguleres av lov 22. mai 1981 nr. 22 om rettergang i straffesaker (straffeprosessloven). Det bemerkes at fengselsbesluttet isolasjon kan anvendes på varetektsfengslede jf. straffegjennomføringsloven § 1. Avhandlingen vil ikke gå nærmere inn på dette.

Utelukkelse fra fellesskapet er et inngrep i innsattes privatliv slik det følger av EMK artikkel 8. Et slikt inngrep krever hjemmel i lov, samt en begrunnelse som viser at inngrepet følger et lovlig formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. I det følgende vil det ikke redegjøres nærmere for EMK artikkel 8. Slik avhandlingen belyser, vil en utelukkelse som hovedregel være et lovlig inngrep og dermed ikke stride med forbudet om retten til privatliv.

⁹ Se Essex Paper 3, Initial Guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules, utarbeidet av en ekspertgruppe organisert av Penal Reform International og Essex Human Rights Centre 7.– 8. april 2016, s. 88–89

¹⁰ Hammerlin (2009) s. 30

1.2 Rettskilder og metode

1.2.1 Fremgangsmåte

Oppgavens problemstilling søkes i hovedsak klarlagt gjennom norske rettskilder og praksis fra EMD. Rettskildematerialet hva angår norsk rett er sparsomt. Et viktig bidrag til oppgaven har vært sekundære rettskilder. Avhandlingen vil i hovedsak benytte rettsdogmatisk metode da problemstillingen forutsetter en klarlegging og analyse av gjeldende rett. Avslutningsvis knyttes det kommentarer til gjeldende rett gjennom rettspolitiske drøftelser.¹¹

Rapporter fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhet brukes i avhandlingen som et bidrag til avklaring av gjeldende rett. I rapportene legger sivilombudsmannen til grunn hva som er gjeldende rett basert på en tolkning av primære rettskilder. Samtidig fungerer rapportene som en empirisk rettskilde ved å redegjøre for praksisen i norske fengsler.

Kriminalomsorgen har utarbeidet retningslinjer for anvendelse av straffegjennomføringsloven. Retningslinjer kan som utgangspunkt ikke tillegges en særlig rettskildemessig vekt i kraft av å være et etterarbeid. Likevel bidrar retningslinjene til en felles forståelse og anvendelse av loven. Helsedirektoratet utga i januar 2013 en veiledning for helse- og omsorgstjenester for innsatte i fengsel. Veilederen belyser hvordan rettskildene bør tolkes for å best mulig sikre innsattes rett på helsehjelp og blir særlig relevant i kapittel 7.

Avhandlingen vil ved flere anledninger vise til de europeiske fengselsreglene. Reglene gir uttrykk for en felles folkerettslig straffegjennomføring som tar hensyn til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)¹² og rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).¹³ Regelsettet er *soft law*, en rettskilde som i utgangspunktet ikke har en selvstendig rettskildemessig betydning.¹⁴ De europeiske fengselsreglene gir uttrykk for en folkerettslig sedvanerett og brukes i avhandlingen som en kilde for å belyse menneskerettslige skranker for innsatte.

¹¹ Horn (2015) s. 48

¹² Convention for the Protection of Human Rights (EMK), Roma, vedtatt 4.november 1950

¹³ Europarådet Ministerkomiteens rekommandasjoner, Rec (2006)2. Innledningen.

¹⁴ Høstmælingen (2012) s. 79

FN vedtok i 2015 de reviderte Mandelareglene.¹⁵ Reglene er ikke juridisk bindende, samtidig gir de uttrykk for en folkerettslig enighet om minimumsregler for behandling av innsatte.¹⁶ Sivilombudsmannen har i flere rapporter vist til Mandelareglene som rettskilde ved avklaring av gjeldende rett.

I det følgende blir det redegjort kort for EMDs rettskildebilde ved tolkning av EMK. I tillegg vil det redegjøres for menneskerettighetenes forankring i norsk rett.

1.2.2 Rettskildebildet ved tolkning av EMK

De rettigheter som følger av EMK har stor betydning for norsk straffegjennomføring. Årsaken er at EMD gjennom sin praksis har gitt de kortfattede og vage bestemmelsene i EMK et konkret og relativt vidtrekkende innhold.¹⁷ Utgangspunktet ved tolkningen av EMK er de internasjonale prinsippene om traktattolkning som er kodifisert i Wien-konvensjonen.¹⁸ Dette ble blant annet presisert i saken *Bankovic og andre mot Belgia og andre*¹⁹ hvor EMD uttalte at «*the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention 1969*».²⁰

Wien-konvensjonen artikkel 31 slår fast at ordlyden utgjør utgangspunktet for tolkningen. Ordlyden skal tolkes ut ifra den naturlige språklige forståelsen av begrepene, sett i lys av EMKs kontekst og formål. Med bakgrunn i artikkel 31 § 3 c har EMD i *Bankovic*-saken presisert at: «*The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part*» samtidig som domstolen «*...must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty.*»²¹

Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge. Likevel er det uomtvistet at prinsippene anses som internasjonal sedvanerett ved traktattolkning. I norsk rett har Høyesterett presisert i *Bøhler*-dommen at norske domstoler «*...ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme*

¹⁵ FNs kommisjon for kriminalitetsforebygging og strafferettspleie vedtok 22.mai 2015 de reviderte minimumsreglene under sin 24. sesjon.

¹⁶ Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twenty-fourth session, Vienna, 18-22 May 2015 s. 24-25

¹⁷ Øyen (2019) s. 45

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.

¹⁹ *Bankovic og andre mot Belgia og andre* (GC) søker 52207/99, dom av 12.12.2001

²⁰ *Bankovic og andre mot Belgia og andre* (GC) søker 52207/99, dom av 12.12.2001, avsnitt 55

²¹ *Bankovic og andre mot Belgia og andre* (GC) søker 52207/99, dom av 12.12.2001, avsnitt 57

*tolkningsprinsipper som EMD»*²². Likevel er det EMD som i første rekke har i oppgave å tolke og utvikle konvensjonen.²³

Selv om en avgjørelse fra EMD kun er rettskraftig bindende overfor partene i saken, vil de øvrige statene som har ratifisert EMK, som regel føye seg etter avgjørelsen. Dette er begrunnet i at statene i stor grad legger til grunn at EMD kommer til samme konklusjon i senere lignende saker. På denne måten blir avgjørelser fra EMD en relevant rettskilde for senere avgjørelser.²⁴

1.2.3 Menneskerettighetene i norsk rett

I Norge følger vi det dualistiske prinsipp. Det følger av prinsippet at nasjonal rett og folkeretten er atskilte rettssystemer, hvor nasjonal rett ved kollisjon skal gå foran folkeretten. Samtidig følger det av presumsjonsprinsippet at norsk rett presumeres å samsvare med folkeretten. I praksis tolkes lovbestemmelsene i nasjonal rett i tråd med folkeretten etter Høyesteretts uttalelser i Finanger 1.²⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjon er i dag inkorporert gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Inkorporasjonen medfører at EMK skal gå foran alminnelig norsk lov i kollisjonstilfeller jf. § 3.

Etter Grunnloven § 92 er det myndighetene som har hovedansvaret for å sikre at menneskerettighetene etterlevs. Høyesterett avklarte i Holship-dommen at Grl. § 92 ikke skulle forstås som en inkorporeringsbestemmelse som gir traktatene samme rang som Grunnloven, men at traktatene skal håndheves med lovs rang.²⁶

Det er lagt til grunn av Høyesterett i Maria-saken at retten til privatliv som er nedfelt i Grunnloven skal tolkes i samsvar med EMK art. 8.²⁷ Av denne avgjørelsen er det naturlig å legge til grunn at de andre menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven også skal tolkes i samsvar med sine konvensjonsforbilder i EMK. I samme sak presiserte førstevoterende at det

²² Rt. 2000 s. 996 på side 1008

²³ Rt. 2000 s. 996 på side 1008

²⁴ Høstmølingen (2012) s. 98

²⁵ Rt. 2000 s. 1811 på side 1826

²⁶ HR-2016-2554-P avsnitt 70, denne forståelsen ble også lagt til grunn i Nesseby-dommen HR-2018-456-P avsnitt 93

²⁷ Rt. 2015 s. 93

likevel er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.²⁸

Det er i dag ikke åpent for å tolke Grunnlovens menneskerettigheter snevrere enn EMDs tolkning av konvensjonsforbildene i EMK. Dette er begrunnet i at menneskerettighetene gir borgerne et minimumsvern.²⁹ Redegjørelsen av konvensjonsforbildene vil dermed være en rettskilde i avklaringen av Grunnlovens innhold. Siden menneskerettighetene i EMK er ment å gi et minimumsvern, må de nedre grenser av rettighetene klargjøres før det kan foretas en fullstendig tolkning av Grunnloven.

1.3 Videre fremstilling

I forlengelse av innledningen vil det i kapittel 2 kort redegjøres for helsetjenestens rolle, herunder hvilket ansvar som tilfaller helsetjenesten og kriminalomsorgen. I kapittel 3 og 4 redegjøres det for de menneskerettigheter som oppstiller minimumsrettigheter for innsatte i fengsel, slik det fremkommer av Grunnloven § 93 første og annet ledd og EMK artikkel 2 og 3.

Etter en redegjørelse av minimumsrettighetene vil det i avhandlingens kapittel 6 foretas en tolkning av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b. Dette kapitlet har som hensikt å avklare om ordlyden i bestemmelsen er i overensstemmelse med menneskerettighetene. I kapittel 7 vil avhandlingen rette seg mot hvilke helserettigheter innsatte har i fengselet og hvilke plikter fengselet har for å sikre innsattes rett til helsehjelp ved utelukkelse fra fellesskapet. Avslutningsvis knyttes det kommentarer til avhandlingens funn gjennom rettspolitiske drøftelser.

2 Helsetjenesten i fengselet

2.1 Innledning

For å kunne redegjøre for innsattes rett til helsetjenester i fengsel, må det innledningsvis avklares hvilket ansvar som tilfaller de forskjellige etatene. I dette kapitlet skal det redegjøres for hvilken kompetanse helsepersonellet har i fengsler og hvordan fengselsledelsen må forholde seg til helsepersonellet.

²⁸ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

²⁹ Dokument 16 (2011-2012) s. 13

Et sentralt verdigrunnlag ved gjennomføring av straff i Norge er normalitetsprinsippet.³⁰ Prinsippet går ut på at innsatte i fengsel skal ha samme rettigheter som andre borgere, og at hverdagen i fengselet tilsvarer en normal tilværelse for den innsatte så langt det lar seg gjøre.³¹ På bakgrunn av normalitetsprinsippet ble *importmodellen* utformet, og gjennomføres nå i norske fengsler. Importmodellens funksjon er at ulike instanser i samfunnet leverer tjenester til de innsatte på samme måte som de leverer tjenestene til personer i samfunnet utenfor fengslene, for eksempel helsetjenester.³²

Straffegjennomføringsloven § 4 pålegger kriminalomsorgen å samarbeide med andre offentlige etater for å legge til rette for at innsatte får de tjenester som lovgivningen gir dem krav på. Et eksempel på et slikt samarbeid er samarbeidet mellom kriminalomsorgen og helse- og omsorgstjenesten i fengselet. Det er i dag pålagt at kommunen skal ha et tilbud om helse- og omsorgstjenester til innsatte i de kommuner hvor det ligger fengsler tilhørende kriminalomsorgen slik det følger av lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) § 3-9.

Kriminalomsorgen og helsetjenesten er forskjellige etater og reguleres av forskjellige regelverk. I praksis kommer dette til uttrykk ved at helsetjenesten i fengselet får tildelt et eget lokale innad i fengselet og ikke er underlagt fengselsledelsens instruksjonsmyndighet.³³

I det følgende vil det redegjøres for helsepersonellens og kriminalomsorgens ansvar i fengselet, hva gjelder å sikre helse- og omsorgstjenester.

2.2 Helsepersonellens ansvarsområder

Ansatte i helse- og omsorgstjenesten som yter helsehjelp er underlagt lov om helsepersonell m.v. 02.juli 1999 nr. 63 (helsepersonelloven) § 3 og helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1. Det tilligger fengselslegen å vurdere hvordan legetilsynet i fengselet skal gjennomføres. Fengselslegen har det medisinskfaglige ansvaret for helse- og omsorgstjenester til innsatte.³⁴

³⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 22

³¹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 22

³² St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 22. I meldingen betegnes importmodellen som «forvaltningssamarbeidsmodellen».

³³ Helsedirektoratets veileder IS-1971 s. 16

³⁴ Helsedirektoratets veileder IS-1971 s. 31

Helsepersonelloven kapittel 2 stiller krav til helsepersonellens yrkesutøvelse. Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i tråd med kravene til faglig forsvarlighet, basert på helsepersonellens kvalifikasjoner og situasjonen for øvrig jf. helsepersonelloven § 4.

Det følger av helsepersonelloven § 7 at helsepersonell «skal» gi helsehjelp når hjelpen anses å være nødvendig. Ordlyden i bestemmelsen er klar og pålegger helsepersonell å utøve øyeblikkelig hjelp. Bestemmelsen taler for at helsepersonell i fengsel skal yte helsehjelp uavhengig av fengselsledelsen.

I tillegg til å ivareta innsattes helse har helsepersonell en preventiv funksjon; deres tilsyn og tilstedeværelse kan bidra til å redusere situasjoner hvor innsatte kan bli utsatt for integritetskrenkelser som maktmisbruk.³⁵

2.3 Kriminalomsorgens ansvarsområde

Forskrift 22. februar 2002 nr. 83 om straffegjennomføring § 3-16 regulerer helseundersøkelse og behandling av innsatte i fengsel. Bestemmelsens første ledd pålegger ansatte i fengselet å kontakte helsetjenesten dersom den innsatte ber om det. Tilsvarende har Helsedirektoratet presisert at kriminalomsorgen ikke har kompetanse til å vurdere innsattes behov for helsehjelp, og dermed er pålagt å rådføre seg med helsepersonell.³⁶

Straffegjennomføringsloven § 4 pålegger kriminalomsorgen til å legge til rette for at de innsatte får tilbud om de tjenester de har krav på. Ansvar for tilrettelegging påfaller fengselsledelsen. Innholdet i tjenesten skal ytes av ansvarlige helsemyndigheter, herunder helsetjenesten i fengselet.³⁷

Av forskriften § 3-16 annet ledd gis det anvisning på at helsetjenestetilbudet som stilles i fengsler, må være i samsvar med de sikkerhetsmessige behov som naturlig finnes i et fengsel. Slik ordlyden forstås kan en slik begrensning medføre at helsetjenestetilbudet i realiteten er snevrere enn det som praktiseres utenfor fengselet.

Det er kriminalomsorgen som har avgjørelsesmyndighet innad i fengselet etter straffegjennomføringslovens bestemmelser. Til tross for dette kan fengselsledelsen ikke

³⁵ Europarådet: Komiteen for torturforebygging (CPT), Extract from 3rd General report, Health care services in prisons, 1993, CPT/Inf (1993) 12, avsnitt 30

³⁶ Helsedirektoratets veileder IS-1971 s. 19

³⁷ Forskrift om straffegjennomføring § 3-16 første ledd

instruere fengselslegen.³⁸ Fengselslegen og fengselsledelsen er underlagt forskjellige lovverk, men kriminalomsorgens plikt til forvaltningssamarbeid etter straffegjennomføringsloven § 4, pålegger fengselsledelsen å vektlegge anbefalinger fra fengselslegen ved beslutninger som angår de innsatte.

I de tilfeller hvor det oppstår uenighet mellom fengselslegen og fengselsledelsen om innsattes helsehjelp er forsvarlig, kan fengselslegen melde forholdet til Fylkesmannen og be om en redegjørelse av forholdet.³⁹

3 Retten til liv

3.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for retten til liv. Situasjoner hvor innsatte skader seg selv, uten til hensikt å begå selvmord, kan i noen tilfeller sette innsattes liv i fare. Hovedvekten knytter seg til hvor langt statens positive forpliktelser strekker seg for å sikre borgerens rett til liv. Kapitlet har som formål å belyse hvilke plikter Norge har for å sikre at innsattes rett til liv ivaretas i fengselet.

Ved Grunnlovsrevisjonen ble retten til liv hjemlet i Grunnloven § 93 første ledd. I dag er retten til liv også sikret i nasjonal lov gjennom inkorporering av EMK artikkel 2 1 menneskerettsloven § 2. Retten til liv anses som helt grunnleggende og er absolutt for konvensjonsstatene.⁴⁰ Forut for Grunnlovsrevisjonen og etableringen av EMK har retten til liv vært et ulovfestet prinsipp som har blitt kodifisert de senere år.

Grunnloven gir uttrykk for hvilket tolkningsresultat en kan oppnå ved anvendelse av nasjonal lov. Norge må med bakgrunn i Grunnloven § 93 første ledd, håndheve nasjonale lover slik at de strider med retten til liv. Dette utgangspunktet legger en naturlig føring for avhandlingens videre struktur. Slik redegjort for i kapittel 3.1 anses EMK å være konvensjonsforbilder for menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven, blant annet Grl. § 93 første ledd. Dette medfører at EMK artikkel 2 vil være en viktig rettskilde ved tolkningen av Grl. § 93 første ledd, for å avklare bestemmelsens innhold.

³⁸ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.15

³⁹ Helsedirektoratets veileder IS-1971 s. 17

⁴⁰ Lovlige krigshandlinger kan ha dødelig utgang uten å krenke konvensjonen jf. Aall (2018) s. 164

3.2 Grunnloven § 93 første ledd

3.2.1 Tolkning av bestemmelsen

Før Grunnlovsrevisjonen i 2014 ga ikke Grunnloven et eksplisitt uttrykk for retten til liv. Denne retten ble indirekte tolket ut av den daværende miljøbestemmelsen Grunnloven § 110B, men bestemmelsen kunne likevel ikke forstås slik at den vernet om respekten for og beskyttelsen av den enkeltes liv.⁴¹ I dag er retten til liv den første menneskerettigheten i menneskerettighetskapitlet til Grunnloven. Plasseringen er ikke tilfeldig, da menneskerettighetsutvalget var tydelig på at retten er så grunnleggende at den burde stå tidlig i Grunnlovens menneskerettighetskapittel.⁴²

Det følger av Grunnloven § 93 første ledd første punktum at:

«Ethvert menneske har rett til liv.»

Ordlyden tilsier at det foreligger en negativ forpliktelse ved at staten ikke kan frarøve noen livet. Av forarbeidene til Grunnloven legges det til grunn at retten til liv blant annet innebærer en plikt for myndighetene til å respektere den enkeltes rett til liv og til å beskytte den enkelte mot at andre tar deres liv. Retten til god helse, sosial sikkerhet og trygge arbeidsforhold faller etter forarbeidene også inn under bestemmelsens ordlyd.⁴³

Forarbeidene viser videre til EMK artikkel 2 og EMDs tolkning av bestemmelsen.⁴⁴ EMK artikkel 2 blir trukket frem som en viktig kilde ved utformingen av bestemmelsen. Slik forarbeidene forstås må det avklares hva som ligger i retten til liv etter EMK artikkel 2 for å kunne redegjøre for det nærmere innholdet i Grunnloven § 93 første ledd.

3.3 EMK artikkel 2

3.3.1 En oversikt

I EMK artikkel 2 første ledd første punktum blir individets rett til liv lovfestet ved ordlyden *«Everyone's right to life shall be protected by law»*.

⁴¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 102

⁴² Dokument 16 (2011-2012) s. 106

⁴³ Innst. 169 S (2012-2013) punkt 1.8.1

⁴⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 104

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «*shall be protected by law*», taler for at retten er absolutt og at samfunnet aktivt skal sikre enkeltindividers rett til liv. Det bemerkes at bestemmelsens første ledd annet punktum åpner for dødsstraff ved fullbyrdelse av dom avsagt av kompetent domstol som unntak fra retten til liv. Dette unntaket vil ikke tillegges nærmere vekt ved tolkning av bestemmelsen.

Den europeiske menneskerettsdomstol uttalte i en tidligere storkammeravgjørelsen at EMK artikkel 2:

*«Ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe.»*⁴⁵

Av senere praksis fra EMD har det blitt fremhevet at retten til liv er en forutsetning for å kunne utnytte andre vern som er hjemlet i EMK, som familieliv og privatliv, ytringsfrihet og religionsfrihet.⁴⁶ Retten til liv anses dermed som en menneskerett av særlig høy verdi. EMD har gjennom en omfattende praksis avklart det nærmere innholdet i bestemmelsen. I det følgende vil det blir redegjort for tidligere EMD avgjørelser som knytter seg særlig til innsatte og hvilke rettigheter de kan utlede av retten til liv i EMK artikkel 2.

3.3.2 Staten må verne fanger mot seg selv

I avgjørelsen Keenan mot Storbritannia⁴⁷ ble en innsatt plassert på fengselets helseavdeling på bakgrunn av hans tidligere historie med psykiatrisk behandling. Etter et overføringsforsøk innad i fengselet angrep han to vakter som resulterte i at Keenan ble dømt til 28 dager «*self-suspension*». I etterkant av den nye dommen tok han livet sitt alene på cellen. Det ble påstått brudd på den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, herunder krenkelse av retten til liv i artikkel 2.

EMD slo fast at artikkel 2 pålegger konvensjonsstatene positive forpliktelser. En slik forpliktelse omfatter blant annet å verne innsatte i fengselet mot seg selv for å unngå selvskadning og selvmord.⁴⁸ For å avgjøre om den positive forpliktelsen er overholdt eller ikke, må det vurderes om myndighetene i lys av tilgjengelig informasjon om den innsatte, burde ha

⁴⁵ *Nachova m.fl. mot Bulgaria* (GC), søker 43577/98 og 43579/98, dom av 06.07.2005, avsnitt 93

⁴⁶ *Pretty mot Storbritannia* (C), søker 2346/02, dom av 29.04.2002, avsnitt 37

⁴⁷ *Keenan mot Storbritannia* (C), søker 27229/95, dom av 03.04.2001

⁴⁸ *Keenan mot Storbritannia* (C), søker 27229/95, dom av 03.04.2001, avsnitt 89

skjønt at det forelå en umiddelbar risiko for selvskading. Hvis staten «*did all that could reasonably have been expected of them to prevent that risk*» foreligger det ingen krenkelse av artikkel 2.⁴⁹

I den nevnte saken fant domstolen at den innsattes journal ikke inneholdt noen formell diagnose av schizofreni. Myndighetene kunne dermed ikke hatt kunnskap om at det forelå en umiddelbar risiko for selvskading eller selvmord. Kravet om brudd på artikkel 2 ble på dette grunnlag avvist. Avgjørelsen kan tas til inntekt for at konvensjonsstatene er pålagt positive forpliktelser til å sikre innsattes rett til liv som følge av EMK artikkel 2. Senere avgjørelser fra EMD har gjentatte ganger vist til Keenan-saken, og avgjørelsen danner således en presedens.

En forlengelse av statens positive forpliktelse kan utledes i blant annet saken Renolde mot Frankrike.⁵⁰ Klagerens bror begikk selvmord i fengsel etter at han ble plassert i en «*punishment cell*». Tidligere samme måned hadde han prøvd å ta livet sitt. Etter selvmordsforsøket kom det frem at han hadde en historie med psykiske problemer og hadde tidligere vært innlagt på psykiatrisk institusjon.⁵¹ Domstolen pekte på at myndighetene etter selvmordsforsøket burde ha skjönt at han var i stand til å påføre seg selv ytterligere skader, og at det forelå en reell risiko for tap av liv.⁵²

Domstolen trakk frem at Renoldes mangel på oppfølging fra fengselet mens han var i «*punishment cell*», og at hans daglige medisiner etter det første forsøket på å ta livet sitt, spilte en viktig rolle i selvmordet.⁵³ EMD bemerket at plassering i en «*punishment cell*» isolerte fanger ved å frata dem både alt av besøk og aktiviteter, og at dette sannsynligvis ville forverre enhver eksisterende risiko for selvskading.⁵⁴

I avgjørelsen legger domstolen vekt på at Renolde ved flere anledninger «*continued to show signs of worrying behavior*» og «*mentioned the idea of ending his life*».⁵⁵ Domstolen fant det ikke tvilsomt at myndighetene burde ha skjönt at Renolde var i stand til å skade seg selv. Det

⁴⁹ *Keenan mot Storbritannia* (C), søker 27229/95, dom av 03.04.2001, avsnitt 93

⁵⁰ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009

⁵¹ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 86

⁵² *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 89

⁵³ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 105

⁵⁴ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 107

⁵⁵ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 88

springende punkt var hvorvidt myndigheten gjorde det som kunne forventes av dem for å forhindre det.⁵⁶

Domstolen sammenlignet situasjonen med Keenan-saken, hvor myndighetene hadde «*responded in a reasonable way to Mark Keenan's conduct, placing him in hospital care and under watch when he evinced suicidal tendencies*».⁵⁷

Til tross for Renoldes tidligere selvmordsforsøk og psykiske symptomer, forelå det ingen «*discussion of whether he should be admitted to a psychiatric institution*».⁵⁸ Domstolen mente dette i seg selv måtte forventes som en naturlig følge av de positive forpliktelsene som følger av artikkel 2.⁵⁹ EMD avsa dom om at Frankrike hadde krenket den innsattes rett til liv ved å ikke oppfylle sine positive forpliktelser etter EMK artikkel 2.

Slik EMDs avgjørelser viser, er staten pålagt å sikre innsattes rett til liv. Videre vil et fengselet i de tilfeller hvor en innsatt som viser tegn til selvskading, og blir utelukket fra fellesskapet, stå i fare for å krenke EMK artikkel 2 dersom den innsatte fortsatt har mulighet til å påføre seg selv betydelig skade. I slike tilfeller taler EMDs uttalelser for at en krenkelse av retten til liv beror på hvorvidt fengselet hadde kunnskap om, eller burde hatt kunnskap om, den innsattes helse.

På samme grunnlag kan avgjørelsene tas til inntekt for at statene opprettholder deres positive forpliktelse ved å utelukke innsatte som viser tegn til selvskading fra fellesskapet, dersom de fratas muligheten til å skade seg selv. Når innsatte som er utelukket fra fellesskapet blir fratatt muligheten til å skade seg selv, kan et vedtak om utelukkelse fra fellesskapet sikre den innsattes rett til liv. En utelukkelse vil også gjøre det lettere for fengselet og tilse den innsatte, slik det ble trukket frem i Renolde-saken.⁶⁰

Avgjørelsene taler for at fengselet er pliktig etter EMK artikkel 2 til å vurdere om den innsatte gir uttrykk for at det foreligger en reell risiko for selvskading. I et scenario som Renolde-saken, hvor det lå til grunn tydelige tegn på psykiske problemer, er det nærliggende å forstå avgjørelsen slik at statens positive forpliktelser også opprettholdes dersom den innsatte blir

⁵⁶ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 90

⁵⁷ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 96

⁵⁸ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 97

⁵⁹ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 98

⁶⁰ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 96

overført til spesialisthelsetjenesten hvor det tilbys forsvarlig helsehjelp som sikrer retten til liv.

Samlet sett taler ordlyden med tilhørende rettspraksis for at EMK artikkel 2 pålegger konvensjonsstatene en positiv forpliktelse til å sikre innsattes rett til liv. Denne forpliktelsen kan opprettholdes ved å utelukke innsatte og dermed frarøve dem muligheten til å skade seg selv. I de tilfeller hvor en slik utelukkelse ikke er tilstrekkelig for å sikre rette til liv, skal det vurderes hvorvidt innsatte må overflyttes til andre institusjoner som kan tilby forsvarlig helsehjelp.

3.4 Gir Grunnloven § 93 første ledd et bedre vern enn EMK artikkel 2?

Retten til liv etter Grunnloven § 93 første ledd har frem til i dag ikke vært behandlet i domstolen. Slik det er redegjort for i kapittel 1.2.3 gir menneskerettighetene i EMK borgere i konvensjonsstatene et minimumsvern. Det er dermed på det rene at Grunnloven § 93 første ledd ikke kan tolkes snevrere enn forbildet i EMK artikkel 2.

Ordlyden i Grunnloven § 93 første ledd gir lite veiledning om rekkevidden av bestemmelsen sammenlignet med EMK artikkel 2. I forarbeidene er det presisert at «*forslaget om å grunnlovfeste rett til liv [...] vil ikke endre dagens rettsstilstand*».⁶¹ Årsaken er at EMK har vært inkorporert i norsk rett siden 1999 gjennom menneskerettsloven. Forarbeidene taler dermed for at Grunnloven § 93 første ledd ha tilsvarende rekkevidde som EMK artikkel 2, med unntak av forbudet mot dødsstraff. Dette resulterer i at Grunnloven § 93 første ledd på ett område gir et bedre menneskerettslig vern enn det som kan utledes av EMK artikkel 2 ved å forby dødsstraff. Den resterende delen av retten til liv er tilsvarende EMK.

I tillegg til det minimumsvern som utledes av EMK artikkel 2 er det nærliggende å legge til grunn at Grunnloven § 93 første ledd kan gi et videre vern på sikt. Selv om norske rettsanvendere må følge EMDs tolkning av EMK, er det norske domstoler som til enhver tid skal tolke og utvikle Grunnlovens menneskerettigheter.⁶²

Ved utvikling av Grunnloven kan verdier som ligger til grunn i den norske rettsstaten tillegges vekt og bidra til en formålsorientert tolkning. På lik linje er det også rom for en

⁶¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 105

⁶² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

dynamisk tolkning av Grunnloven, noe som gjerne er aktuelt etter en historisk utvikling. Det bemerkes at Grunnloven § 93 første ledd fremdeles er en ny bestemmelse, men det vil være adgang for domstolen ved en senere anledning å utvikle bestemmelsen i tråd med samfunnets verdier for å opprettholde bestemmelsens formål.

På denne bakgrunn taler de beste hensyn for at Grunnloven § 93 første ledd om retten til liv per nå ikke gir et bedre vern enn EMK artikkel 2, med unntak av forbudet mot dødsstraff. Slik redegjort for tidligere vil EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 første ledd pålegge Norge en positiv forpliktelse til å sikre innsattes rett til liv i fengsel. En slik plikt kan oppfylles ved å isolere innsatte slik at de ikke kan påføre seg selv skade, eller flytte innsatte som trenger ytterligere hjelp til en helseinstitusjon. En slik forståelse er i tråd med Keenan-saken og Renolde-saken behandlet av EMD. Det vil være opp til domstolene å presisere et eventuelt videre vern enn bestemmelsens konvensjonsforbilde i EMK artikkel 2.

Selv om Norge har positive forpliktelser til å sikre retten til liv, kan ikke en slik oppfyllelse av plikten gjennomføres uten ytterligere rammer. Både Grunnloven og EMK har etterfølgende menneskerettigheter som gir innsatte ytterligere rettigheter og dermed kan sette rammer for anvendelsen av EMK artikkel 2. Av særlig relevans er forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Temaet blir drøftet i det følgende.

4 Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling

4.1 Innledning

Statens positive forpliktelser til å sikre retten til liv kan i noen tilfeller stå i motsetningsforhold til andre menneskerettigheter. Ved straffegjennomføring og utelukkelse fra fellesskapet er forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling en rettighet legger føringer for soningsforholdet i fengsel. I denne delen av avhandlingen skal den nedre grensen for hva som er tillatt behandling av innsatte som er utelukket fra fellesskapet redegjøres for i lys av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling er nedfelt i blant annet Grunnloven § 93 annet ledd og EMK artikkel 3. Til forskjell fra retten til liv kan forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling ikke fravikes, selv i krisetid. Som følge av den

uforbeholdne tilslutningen til torturforbudet, anses forbudet som folkerettslig sedvanerett.⁶³ EMK artikkel 3 er i dag en *jus cogens-bestemmelse* som betyr at bestemmelsen er folkerettslig anerkjent for å ikke kunne fravikes under noen omstendigheter.⁶⁴

På lik linje med avhandlingens kapittel om retten til liv er det naturlig å ta utgangspunkt i Grunnloven ved redegjørelse av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Trinnhøydeprinsippet i norsk rett gjør at Grunnloven har høyest rang og landets nasjonale lover tolkes i overensstemmelse med Grunnloven. Redegjørelsen av Grunnloven § 93 annet ledd vil bero på en tolkning av bestemmelsens konvensjonsforbildet i EMK artikkel 3.

4.2 Grunnloven § 93 annet ledd

4.2.1 Tolkning av bestemmelsen

I Norge var forbudet mot «*pinligt Forhør*» i den opprinnelige Grunnloven § 96 annet punktum ikke revolusjonerende i 1814. I et kongelig reskript fra 1790 fremheves det i begrunnelsen for å oppheve torturen i også militære straffesaken «*hvor usikkert og tillige grusomt et Middel Torturen er til at opdage Sandheten*».⁶⁵ Tilsvarende forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling som EMK artikkel 3 nevner, var Grunnloven taus om helt frem til Grunnlovsrevisjonen i 2014.⁶⁶

Selv om Grunnloven hadde en annen ordlyd enn EMK artikkel 3 frem til 2014, er forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling ansett som folkerettslig sedvane og har dermed stått sterkt i norsk rett siden vedtakelsen av EMK i 1950.

I lys av det folkerettslige forbildet lyder Grunnloven § 93 andre ledd:

«Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

Selv om forbudet mot «*pinligt Forhør*» er erstattet av en ny ordlyd som forbyr tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff, betyr det ikke at forbudet angående avhørssituasjoner er erstattet. Forbudet som var hjemlet i den gamle Grunnloven § 96 annet

⁶³ *Al-Adsani mot Storbritannia* (GC), søker nr. 35763/97, dom av 21.11.2001, avsnitt 60

⁶⁴ Gisle (2010) s. 200

⁶⁵ Aall (2018) s. 183

⁶⁶ Aall (2018) s. 183

punktum er fortsatt gjeldende rett, bare kamouflert i en mer moderne ordlyd. Av forarbeidene til menneskerettskapittelet i Grunnloven forstås formålet med dagens ordlyd å sikre at forbudet har en større rekkevidde enn den opprinnelige ordlyden.⁶⁷

I forarbeidene til Grunnloven § 93 annet ledd vises det i stor grad til det minimumsvern som utspringer av EMK artikkel 3. Det er naturlig å forstå forarbeidene slik at bestemmelsen må tolkes i lys av EMK artikkel 3.⁶⁸

Spørsmålet om utelukkelse fra fellesskap i fengsel som et brudd på forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling er ikke overbehandlet i domstolen. En avgjørelse fra Høyesterett i 2016 omhandlet avslag på søknad om asyl fra en somalisk kvinne som hadde fått godkjent asyl i Ungarn. I avgjørelsen blir Grunnloven § 93 annet ledd ikke anvendt, bestemmelsen blir kun brukt som et element i vurderingen om EMK artikkel 3.⁶⁹ Om Grunnloven § 93 annet ledd skriver førstevoterende:

*«Når det tas stilling til hvor sterke motbevis som i tilfelle kreves for at EMK artikkel 3 forbyr retur til førstelandet, herunder hvor omfattende vurderinger som må gjøres av motbevisene, er det vesentlig å ta i betraktning at artikkel beskytter en grunnleggende rett – som hos oss også fremgår av Grunnloven § 93 annet ledd – til ikke å bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff».*⁷⁰

Samme år forkastet Høyesterett en anke som påberopte brudd på forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling vedrørende tvangsmedisinering ved underlagt tvungent psykisk helsevern.⁷¹ Om Grunnloven § 93 annet ledd står det i avgjørelsen:

*«For det første har A vist til forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. Grunnloven § 93 andre ledd og EMK artikkel 3»*⁷²

⁶⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 110

⁶⁸ Dokument 16 (2011-2012) s. 107

⁶⁹ HR-2016-1051-A avsnitt 8

⁷⁰ HR-2016-1051-A avsnitt 36

⁷¹ HR-2016-1286-A

⁷² HR-2016-1286-A avsnitt 22

I avgjørelsen vurderer Høyesterett hva som anses som et brudd på forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3 ved anvendelse av avgjørelser fra EMD. Høyesterett unnlater å gå nærmere inn på vurderingen av Grunnloven § 93 annet ledd.

I en dom fra Oslo Tingrett avsagt i 2016 som omhandlet et søksmål mot staten for kriminalomsorgens bruk av isolasjon mot Anders Bering Breivik⁷³, brukte tingretten tretten avgjørelser fra EMD for å fastslå om isolasjonen var et brudd på forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 annet ledd. Etter å ha redegjort for EMK artikkel 3 uttalte domstolen seg at «*Tilsvarende bestemmelse er inntatt i Grunnloven § 93 annet ledd.*»⁷⁴ Saken ble anket helt til Høyesterett⁷⁵ som forkastet anken. Ankeinstansene forholdt seg tause om innholdet Grunnloven § 93 annet ledd og vurderte kun EMK artikkel 3.

På bakgrunn av uttalelsene til forarbeidene og den begrensede rettspraksisen, er det nødvendig at innholdet i EMK artikkel 3 avklares, før det kan foretas en nærmere tolkning av rekkevidden til Grunnloven § 93 annet ledd.

4.3 EMK artikkel 3

4.3.1 En oversikt

Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling er en av de mest grunnleggende individuelle rettigheter. EMK artikkel 3 lyder:

«No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.»

Avhandlingen vil i det følgende ikke gå nærmere inn på innholdet i ordlyden «*torture*». Hovedvekten i kapitlet knytter seg til «*inhuman or degrading treatment*».

En naturlig språklig forståelse av «*inhuman or degrading treatment*» tilsier at ordlyden favner vidt. Dette åpner for at ordlyden kan tolkes i takt med samfunnsutviklingen, samtidig som det kan bidra til å skape uvitenhet om rettstilstanden ved å være lite presis.

⁷³ TOSLO-2015-107496-3

⁷⁴ TOSLO-2015-107496-3 punkt 3.1

⁷⁵ HR-2017-1127-U

I Hellas-saken uttalte Kommissjonen om ordlyden «*inhuman*» at:

«Inhuman treatment [...] covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation, is unjustifiable.»⁷⁶

Om ordlyden «*degrading treatment*» uttalte Kommissjonen i samme avgjørelse:

«Treatment [...] of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience.»⁷⁷

I senere avgjørelser fra EMD er innholdet i bestemmelsen presisert slik at det er et minimumsnivå av alvor, «*a minimum level of severity*», som må overskrides for at det skal foreligge en umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette kommer blant annet til uttrykk i sakene Rohde mot Danmark⁷⁸ og Ramirez mot Frankrike.⁷⁹ I praksis har det også blitt lagt vekt på om behandlingen er egnet til å skape en følelse av frykt, underlegenhet eller engstelse hos offeret.⁸⁰

For innsatte i fengsel er det en forutsetning at den smerte og ydmykelse som allerede ligger i en frihetsberøvelse, er overskredet, for at forbudet etter stikkel 3 skal komme til anvendelse.⁸¹ Det oppstilles dermed en høyere terskel for krenkelse av forbudet overfor innsatte, enn overfor den frie borger.

Spørsmålet om isolasjon krenker forbudet i EMK artikkel 3 beror på en helhetsvurdering.⁸² En utelukkelse fra fellesskapet i fengselet kan avskjære den innsatte fullstendig hva angår kommunikasjon og sosialisering. En slik total isolasjon kan være så skadelig at utelukkelsen i seg selv overskrider terskelen for umenneskelig behandling, og ikke kan rettferdiggjøres.⁸³ Praksis fra EMD viser likevel at utelukkelse fra fellesskapet ikke trenger å stride mot forbudet dersom den gjennomføres innenfor visse rammer. En isolasjon som er relativ sikrer behovet for sosialisering og kommunikasjon.

⁷⁶ *Hellas mot flere* (P), søker nr. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 dom av 05.11.1969, del 2 avsnitt 2

⁷⁷ *Hellas mot flere* (P), søker nr. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 dom av 05.11.1969, del 2 avsnitt 2

⁷⁸ *Rohde mot Danmark* (C), søker nr. 69332/01 dom av 21.07.2005, avsnitt 90

⁷⁹ *Ramirez mot Frankrike* (GC), søker nr. 59450/00 dom av 04.07.2006, avsnitt 17

⁸⁰ Se blant annet *Labita mot Italia* (GC), søker nr. 26775/95, dom av 06.04.2000, avsnitt 120

⁸¹ Aall (2018) s. 195

⁸² *Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia* (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 209

⁸³ *Van der Ven mot Nederland* (C), søker nr. 50901/99, dom av 04.02.2003, avsnitt 51

EMD har oppstilt flere momenter som tradisjonelt sett kan inngå i en helhetsvurdering om hvorvidt en utelukkelse fra fellesskapet krenker forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I det følgende vil det redegjøres for kravet om isolasjonskompenserende tiltak. Senere i avhandlingen knyttes det ytterlige kommentarer til EMK artikkel 3. Dette skjer særlig ved vurderingen av om vedtaket om utelukkelse er «nødvendig» og om innsattes rett til helsehjelp ved en utelukkelse. Denne oppdelingen i avhandlingen er begrunnet i at isolasjonskompenserende tiltak retter seg direkte mot selve gjennomføringen av en utelukkelse. I tillegg har straffegjennomføringsloven tilsvarende krav om nødvendighet og rett til helsehjelp for innsatte som utelukkes. EMK artikkel 3 vil på disse områdene bidra til å tolke nasjonal rett.

4.3.2 Fengselet må sørge for isolasjonskompenserende tiltak

Temaet i det følgende knytter seg til fengselsregimet. Herunder fengselets fysiske forhold, innsattes tid på cellen, kontakt med andre mennesker og tilgangen til mental stimuli. Disse forholdene utgjør til sammen isolasjonskompenserende tiltak, som ved flere anledninger har blitt lagt til grunn av EMD ved vurderingen av om utelukkelse krenker EMK artikkel 3.

I saken Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia⁸⁴ var spørsmålet om en straffegjennomføring i et høysikkerhetsfengsel som i stor grad var preget av isolasjon, var i strid med forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

For at forhold relatert til soning skulle anses å overskride terskelen i EMK artikkel 3, viste domstolen til tidligere avgjørelser og tok utgangspunkt i at:

«The suffering and humiliation involved must go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.»⁸⁵

⁸⁴ Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012

⁸⁵ Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 202

Med dette utgangspunktet viste domstolen til tidligere avgjørelser, bl.a. saken Van der Ven mot Nederland⁸⁶, og presiserte at mildere former for isolasjon kan utgjøre en krenkelse av forbudet. Dette ble begrunnet i de skader en isolasjon kan medføre. Domstolen uttalte at:

«All forms of solitary confinement without appropriate mental and physical stimulation are likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in deterioration of mental faculties and social abilities.»⁸⁷

Uttalelsen tas til inntekt for at en isolasjon som ikke sikrer innsattes mentale og fysiske stimuli kan ha skadelige følger, og dermed krenke forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

EMD fant at soningsforholdene i saken ikke var i strid med forbudet i EMK artikkel 3. Avgjørelsen ble begrunnet med at selv om de innsatte i fengselet i hovedsak ble holdt på cellene sine, tilrettela fengselet for tilgang til TV, bøker, bønn, besøk av familie og venner og dyrking av hobbyer. En slik utelukkelse med kompenserende tiltak som sikrer innsattes mentale og fysiske stimuli, blir av domstolen ansett som en relativ isolasjon som i utgangspunktet ikke krenker EMK artikkel 3.

Tilsvarende krav om kompenserende tiltak ble presentert i saken Öcalan mot Tyrkia.⁸⁸ Klageren var isolert på cellen sin i nesten 11 år. I denne perioden hadde klageren en viss tilgang til radio, bøker og aviser. Han hadde ikke sosial kontakt med andre, da han var eneste innsatte, men hadde noe kontakt med de ansatte. Klageren ble ved flere anledninger nektet besøk av familie. Spørsmålet var om soningsforholdene utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 3.

Domstolen tok for seg alle momentene ved soningen og la til grunn at isolasjonen som følge av utelukkelsen ikke var total, men relativ, ettersom klageren hadde begrenset tiltak på bøker, radio og aviser og fikk kontakte familien sin ved brev. EMD vurderte fengselets behov for å unngå klageren adgang til å kontakte sin tidligere militære organisasjon opp mot klagerens rett til fysisk og mental stimuli. De tiltakene fengselet hadde iverksatt ble ansett som kompenserende for isolasjon ved å sikre klageren en adgang til mental stimuli. Den faktiske

⁸⁶ Van der Ven mot Nederland (C), søker nr. 50901/99, dom av 04.02.2003

⁸⁷ Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 207

⁸⁸ Öcalan mot Tyrkia (C), søker nr. 24069/03, 197/04, 6201/06 og 10464/07, dom av 18.03.2014

isolasjonen var i seg selv ikke i strid med forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.⁸⁹

Avgjørelsene taler for at dersom vedtak om utelukkelse gjennomføres med kompenserende tiltak vil isolasjonen i seg selv ikke stride mot EMK artikkel 3. En isolasjon med kompenserende tiltak anses ikke å ha samme skadevirkning som en isolasjon hvor innsatte ikke har adgang til å oppnå mental stimuli eller kommunikasjon med andre.

EMD har lagt til grunn at utelukkelse fra fellesskapet i seg selv ikke strider med EMK artikkel 3, men at langvarig isolasjon lettere kan anses som et overtråkk av forbudet, da isolasjonen over lenger tid kan virke skadende for den innsatte og kravet til nødvendighet styrkes. Spørsmålet om krenkelse av forbudet må også her avgjøres etter en helhetsvurdering.⁹⁰ Det springende punkt er om isolasjonen medfører isolasjonsskader og innebærer en behandling som ikke kan rettferdiggjøres ut fra sikkerhetshensyn eller andre hensyn.

På bakgrunn av EMDs avgjørelser taler de beste hensyn for at en utelukkelse som gjennomføres med isolasjonskompenserende tiltak anses som en relativ isolasjon. En slik isolasjon vil etter uttalelser fra EMD i utgangspunktet ikke stride med forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3 dersom utelukkelsen ivaretar den innsattes rett til mental og sosial stimulans. Selv om en isolasjon anses som relativ, kan lengden på isolasjonen stille strengere krav til kompenserende tiltak enn de som allerede foreligger. På denne måten kan isolasjonen likevel krenke EMK artikkel 3.

4.4 Gir Grunnloven § 93 annet ledd et sterkere vern enn EMK artikkel 3?

Skillet mellom hva som er umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og helt ordinær behandling av innsatte underlagt kriminalomsorgens jurisdiksjon, kan være en vanskelig tematikk i enhver stat med et velfungerende rettssystem. Det er naturlig å legge til grunn at et stabilt demokrati bidrar til å sikre et vern av menneskerettighetene. På den andre siden er

⁸⁹ *Öcalan mot Tyrkia* (C), søker nr. 24069/03, 197/04, 6201/06 og 10464/07, dom av 18.03.2014, avsnitt 196

⁹⁰ Horn (2015) s. 161

Norges lover stadig i utvikling. Norge som rettsstat må sørge for at de nasjonale lovene til enhver tid er i tråd med menneskerettighetene staten er forpliktet til å følge.

Domstolens bruk av Grunnloven § 93 annet ledd er per i dag gjennomgående lite variert. I de avgjørelser foretatt av norske domstoler fremstår det som at vurderingen beror på EMK artikkel 3, mens Grunnloven § 93 annet ledd fungerer som et supplement til vurderingene, og behandles dermed ikke i realiteten.

Når Høyesterett ikke foretar en videre realitetsbehandling av Grunnloven § 93 annet ledd, men kun forholder seg til tolkning av EMK artikkel 3, taler dette for at bestemmelsen i Grunnloven ikke oppstiller et sterkere vern enn EMK. Rettspraksisen tolkes slik at Grunnloven § 93 annet ledd innholdsmessig samsvarer med EMK artikkel 3. Dette kan begrunnes i at EMK artikkel 3 som tidligere nevnt er en jus cogens-bestemmelse, og dermed er utviklet til å favne vidt gjennom en rekke avgjørelser fra EMD.

Det er som tidligere nevnt Høyesteretts oppgave å utvikle menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven. Det kan tenkes at EMD ved tolkningen av EMK artikkel 3 ved senere anledninger tar avstand fra tidligere praksis. I en slik situasjon vil det være naturlig for Høyesterett å presisere det nærmere innholdet i Grunnloven § 93 annet ledd. En slik utvikling kan være basert på endrede verdigrunnlag eller ønsket om å utvikle innholdet i Grunnloven § 93 annet ledd i tråd med bestemmelsen formål. Det vil være opp til Høyesterett ved en senere anledning å utvikle et sterkere vern etter Grunnloven § 93 annet ledd, dersom dette er en naturlig utvikling av bestemmelsen.

5 Forholdet mellom retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling

5.1 Innledning

Avhandlingen har frem til nå redegjort for retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter Grunnloven § 93 første og annet ledd og EMK artikkel 2 og artikkel 3. Gjennom EMDs praksis er det ikke tvilsomt at et fengsel kan utelukke innsatte fra fellesskapet dersom hensikten er å hindre dem fra å skade seg selv og dermed sikre retten til liv. I denne sammenheng må det redegjøres for hvordan Norge skal forholde seg til plikten om å sikre retten til liv sett i sammenheng med de begrensninger forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling oppstiller.

5.2 Staten plikter å sikre retten til liv og iverksette kompenserende tiltak

Som redegjort for i kapittel 4 kan en utelukkelse skje uten at det anses som umenneskelig eller nedverdiggende dersom fengselet legger til rette for kompenserende tiltak. Slik EMD har tolket menneskerettighetene i EMK artikkel 2 og artikkel 3, er det mest nærliggende å forstå avgjørelsene slik at menneskerettighetene sammenfaller og utfyller hverandre. I de tilfeller hvor staten er forpliktet til å sikre retten til liv, ved å blant annet utelukke en innsatt fra fellesskapet, må staten i tillegg sikre at det iverksettes kompenserende tiltak.

Isolasjonen må være relativ og legge til rette for at den utelukkede kan opprettholde en god mental og fysisk helse gjennom hele vedtaket. Herunder har det blitt trukket frem faktorer som TV, radio, bøker, fysisk aktivitet og samtaler med familie eller ansatte. Dersom fengselet ikke klarer å legge til rette for en utelukkelse som er i samsvar med forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling, vil det kunne være en krenkelse av menneskerettighetene selv om retten til liv blir opprettholdt gjennom å hindre den innsatte i å skade seg selv.

EMDs praksis viser at varigheten av utelukkelsen får betydning for spørsmålet om inngrepet er i strid med EMK artikkel 3. En langvarig utelukkelse har lettere for å krenke forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling enn en kortere utelukkelse.⁹¹ Dersom inngrepet varer over lengre tid vil det naturlig medføre en større risiko for å påføre den innsatte varige fysiske og psykiske mén.

Retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling er minimumsrettigheter innsatte har krav på. I det følgende vil avhandlingen knytte disse minimumsrettighetene opp mot straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b og vurdere hvorvidt lovbestemmelsen og dens praksis er forenlig med Grunnloven § 93 første og annet ledd.

⁹¹ Se sakene *Öcalan mot Tyrkia* (C), søker nr. 24069/03, 197/04, 6201/06 og 10464/07, dom av 18.03.2014, *Rohde mot Danmark* (C), søker nr. 69332/01, dom av 21.07.2005 og *Ramirez Sanches mot Frankrike* (GC), søker nr. 59450/00, dom av 04.07.2006

6 Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b

6.1 Innledning

Avhandlingen har til nå redegjort for menneskerettighetene som gir uttrykk for innsattes minimumsrettigheter ved utelukkelse fra fellesskapet. I dette kapittelet skal det redegjøres for hvorvidt straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b er i tråd med menneskerettighetene. For å avklare innholdet i bestemmelsen må vilkårene og virkningen av en utelukkelse tolkes og analyseres. I det følgende vil praksis fra Sivilombudsmannens besøk i norske fengsler belyse hvorvidt praksisen er i tråd med gjeldende rett.

Hovedregelen er at innsatte har rett til fellesskap med andre innsatte «*så langt det er praktisk mulig*», jf. straffegjennomføringsloven § 17.

Ordlyden «*praktisk mulig*» taler for at terskelen for å fravike utgangspunktet er lav, og åpner for at flere faktorer kan påvirke innsattes rett til fellesskap. Forarbeidene uttrykker at ordlyden sikter seg spesielt til bygningsmessige begrensninger i fengselet, som nødvendige ombygginger og plassmangel innad i avdelingene.⁹² Denne forståelsen er videreført i teorien.⁹³

Videre slår forarbeidene fast at andre begrensninger i retten til fellesskapet må ha hjemmel i lov.⁹⁴ En begrensning i fellesskapet anses som et inngrep i innsattes rettigheter.

Legalitetsprinsippet krever at myndighetene må ha hjemmel i lov for gjøre inngrep overfor den enkelte.⁹⁵ Legalitetsprinsippet er absolutt og oppstiller et klarhetskrav til ordlyden.⁹⁶

Kriminalomsorgen kan beslutte unntak fra retten til fellesskap med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37. I bestemmelsens første ledd bokstav b heter det at kriminalomsorgen kan vedta at innsatte skal utelukkes helt fra fellesskapet dersom det er «*nødvendig*» for å «*hindre innsatte*» i å «*skade seg selv*».

Kapittelet har som formål å belyse hvorvidt innsattes menneskerettigheter blir ivaretatt ved vedtak om hel utelukkelse fra fellesskapet med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37

⁹² Ot.prp.nr.5 (2000-2001) s. 156-157

⁹³ Storvik (2011) s. 166

⁹⁴ Ot.prp.nr.5 (2000-2001) s. 156-157

⁹⁵ Grunnloven § 113

⁹⁶ HR-2020-1967-A avsnitt 35

første ledd bokstav b. I det følgende gis det en oversikt over vilkårene i bestemmelsen før avhandlingen skal se nærmere på kravet om «*nødvendig*». Deretter redegjøres det for virkningen av bestemmelsen.

Det bemerkes at den innsatte vil bli isolert i egen celle ved utelukkelse fra fellesskapet, jf. § 37 første ledd bokstav b. Det er her et tydelig skille mellom utelukkelse i egen celle og utelukkelse i sikkerhetsceller jf. straffegjennomføringsloven § 38. Den innsatte har ikke tilgang på personlige gjenstander ved utelukkelse i sikkerhetsceller. Avhandlingen vil ikke gå nærmere inn på vilkårene for utelukkelse i sikkerhetsceller, det er likevel relevant å presentere forskjellen ettersom sikkerhetsceller i hovedsak brukes for å forhindre alvorlig selvskade og selvmord.

6.2 Bestemmelsens vilkår

6.2.1 En oversikt

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b gir kriminalomsorgen adgang til å beslutte «*hel utelukkelse*» fra fellesskapet for den enkelte fange, for å «*hindre*» den innsatte i å «*skade*» seg selv dersom dette er «*nødvendig*».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «*hindre*» tilsier at bestemmelsen skal forebygge uønskede situasjoner. Bestemmelsen kan dermed ikke anvendes for de tilfeller hvor en innsatt har påført seg selv skade, eller hvor det ikke er tvilsomt at en innsatt trenger akutt hjelp fra helsevesenet.

Ordlyden «*skade*» taler for at det må foreligge et avvik fra opprinnelig helse. Forarbeidene og rettspraksis er taus hva angår vilkårene i bestemmelsen. Formålsbetraktninger og behovet for å sikre ro og orden i fengselet tilsier at det må foreligge en lav terskel for når en «*skade*» oppstår.

Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor bestemmelsens ordlyd ikke nærmere er avklart i forarbeidene. I mangel på klare rettskilder er det opp til det enkelte fengsel å utøve skjønn ved vurderingen av om den innsatte må «*hindres*» i å «*skade*» seg selv. Faremomentet ved slik omfattende skjønnbruk, er at det kan oppstå en lav og udefinerbar terskel for når vilkårene er oppfylt. For innsatte vil en slik skjønnsmessig ordlyd bidra til å skape usikkerhet rundt egen rettsstilling.

6.2.2 Vedtaket må være nødvendig

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd stiller også krav til at vedtaket om utelukkelse fra fellesskapet må være «*nødvendig*». En naturlig forståelse av ordlyden taler for at dersom mildere inngrep kan sikre bestemmelsens formål, skal slike inngrep forsøkes først.

Bestemmelsens annet ledd anvender også ordlyden «*nødvendig*». Forarbeidene uttrykker at mildere inngrep må ha vært forsøkt eller åpenbart være utilstrekkelige.⁹⁷ Forståelsen har tilslutning i teorien.⁹⁸

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven fremkommer det at hvorvidt en utelukkelse er «*nødvendig*» beror på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.⁹⁹ Samme forståelse av kravet til nødvendighet er lagt til grunn av Horn.¹⁰⁰

Kravet om at vedtaket må være nødvendig for å oppfylle lovens legitime formål, er også lagt til grunn av EMD. I saken Ramirez Sanchez mot Frankrike¹⁰¹ presiserte domstolen: «*The Court would add that the measures taken must also be necessary to attain the legitimate aim pursued.*»¹⁰²

I saken Piechowicz mot Polen¹⁰³ presiserte EMD følgende om myndighetenes rolle vedrørende vedtak om utelukkelse fra fellesskapet:

*«... the authorities should act with special caution in imposing that measure and should examine carefully all the specific circumstances militating for or against its continuation.»*¹⁰⁴

Avgjørelsene tas til inntekt for at fengselet må anvende vedtak om utelukkelse med forsiktighet, og vurdere om andre inngrep kan være tilstrekkelig for å oppnå samme formål.

Ved vurdering om vedtaket er «*nødvendig*» skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Det må vurderes om utelukkelsen er egnet til å oppnå det bestemte formålet, herunder

⁹⁷ Prop.135 L (2010-2011) s. 182

⁹⁸ Storvik (2011) s. 204

⁹⁹ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.6

¹⁰⁰ Horn (2015) s. 178

¹⁰¹ Ramirez Sanches mot Frankrike (GC), søker nr. 59450/00, dom av 04.07.2006

¹⁰² Ramirez Sanches mot Frankrike (GC), søker nr. 59450/00, dom av 04.07.2006, avsnitt 119

¹⁰³ Piechowicz mot Polen (C), søker nr. 20071/07, dom av 17.04.2012

¹⁰⁴ Piechowicz mot Polen (C), søker nr. 20071/07, dom av 17.04.2012, avsnitt 177

«hindre» den innsatte i å «skade» seg selv, og om formålet med utelukkelsen veier opp for eventuelle ulemper for den innsattes forutsetninger m.m.¹⁰⁵

I storkammerdommen *Khlaifia og andre mot Italia*¹⁰⁶ ble det vektlagt at hensynet til utelukkelsen må måles opp mot den belastningen utelukkelsen vil medføre for den innsatte. I denne vurderingen inngår en rekke faktorer, blant annet hvor intenst og nær fullstendig isolasjon vedtaket er, om den er særlig belastende basert på soningsforholdene for øvrig, samt hvilken varighet den har og den innsattes subjektive forutsetninger.¹⁰⁷ Retningslinjenes uttalelser om vilkåret «nødvendig» taler for at vurderingen er i tråd med uttalelser fra EMD om at vedtaket krever en konkret vurdering av både fordelene og ulempene.

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven presiseres det at kriminalomsorgen må begrunne hvorfor inngrepet ble gjort og hva som gjorde det «nødvendig». Ved vurdering av nødvendighet stilles det ikke krav til en klar sannsynlighetsovervekt for at uønskede handlinger skal oppstå; det er tilstrekkelig at det foreligger en «nærliggende og reell risiko» for at slike situasjoner kan inntreffe.¹⁰⁸ I mangelen på et konkret vurderingstema i alminnelige rettskilder, kan en «nærliggende og reell risiko» anses som et forsvarlig vilkår. Samtidig er ordlyden i vilkåret ikke klar, noe som kan resultere i uønskede tolkningsresultater og en for vid praksis.

Kriminalomsorgen baserer risikovurderingen på en analyse av den innsattes tidligere handlingsmønster, trusler og eventuelle andre forhold, som taler for at den innsatte kan skape nye uønskede hendelser.¹⁰⁹ Denne måten å vurdere risikoen på omtales som farepredikasjon, som går ut på at tidligere hendelser presumerer at samme eller lignende hendelse kan oppstå på nytt. Farepredikasjon kan forklares gjennom et tenkt eksempel: En person soner en fengselsdom grunnet tidligere voldsepisoder mot andre menn. Under en middag havner personen i en høylytt krangel med en annen innsatt og reiser seg opp. I situasjonen kan de

¹⁰⁵ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.6

¹⁰⁶ *Khlaifia og andre mot Italia* (GC), søker nr. 16583/12, dom av 15.12.2016

¹⁰⁷ *Khlaifia og andre mot Italia* (GC), søker nr. 16583/12, dom av 15.12.2016, avsnitt 159-160 og *Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia* (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 209

¹⁰⁸ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.6

¹⁰⁹ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.6

ansatte presumere at personen vil reagere ved å utøve vold mot den andre innsatte. Personen trenger ikke å gjøre noe fysisk, det er tilstrekkelig for de ansatte at personen oppfører seg truende.

På bakgrunn av disse observasjonene kan ansatte vise til retningslinjene og legge til grunn at det foreligger en «*nærliggende og reell risiko*» for uønskede hendelser. Det faktum at det foreligger en risiko kan tilsi at det er nødvendig å utelukke personen fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b, dersom fordelene ved en utelukkelse veier opp for ulempene.

Eksempelet kan problematiseres. Dersom det viser seg at den innsatte kun har utøvet vold i alkoholpåvirket tilstand, vil det være vanskeligere å presumere personens reaksjon. Terskelen for å legge til grunn at den innsatte vil utøve vold i edru tilstand er i dette tilfellet høyere. Eksempelet belyser konsekvensene av en upresis lovhjemmel. En bestemmelse som består av en uklar ordlyd, og manglende rettskilder til å avklare lovgivers intensjon bak ordlyden, står i fare for å krenke innsattes grunnleggende prosessuelle garantier.

Svakheten ved å anvende fareprediksjon ved vedtak om utelukkelse er at de innsatte kan bli utelukket fra fellesskapet uten at det foreligger en aktiv handling som legitimerer vedtaket. Det bemerkes at fareprediksjon blir lagt til grunn i flere institusjoner og blir omtalt i blant annet Legevaktshåndboken.¹¹⁰ I situasjoner hvor man ønsker å forhindre en adferd, vil det være hensiktsmessig å vurdere en eventuell hendelse basert på tidligere handlinger. Samtidig vil vurderingen bero på spekulasjoner og forutsigbarhet av gjentakelsesfaren, noe som tilsynelatende ikke vil være i innsattes favør.

Retningslinjene til straffegjennomføringsloven presiserer at vedtaket skal inneholde en beskrivelse av hvilke hendelser som kunne ha oppstått, dersom den innsatte ikke ble utelukket fra fellesskapet. Det skal også så langt det er mulig beskrives hvor sannsynlig det var at den mulige uønskede hendelsen inntraff, og hvorvidt formålet kunne oppfylles ved mildere inngripende tiltak.¹¹¹

¹¹⁰https://lvh.no/symptomer_og_sykdommer/psykiske_lidelser/psykiatrisk_undersokelse/vurdering_av_fare_for_andre. Sist lest 29.september 2020 kl. 10:51

¹¹¹ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.6

Selv om retningslinjene til straffegjennomføringsloven er godt utformet og legger føringer for tolkningen og anvendelsen av vilkåret «*nødvendig*», kan det stilles spørsmål ved den rettskildemessige vekten slike retningslinjer har. En utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende vedtak overfor den innsatte. Lovbestemmelsen er i seg selv lite presis, noe som åpner for abstrakte risikovurderinger. EMD har stilt seg kritisk til lovens kvalitet når den nasjonale hjemmelen for utelukkelse er for vid. En lite presis lovhjemmel kan risikere å krenke EMK artikkel 3.¹¹² Hensynet til innsatte og deres forutsigbarhet i fengselet taler også for en klarere lovhjemmel.

6.3 Bestemmelsens virkning

6.3.1 Innledning

Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt kan det vedtas «*hel utelukkelse*» av en innsatt fra fellesskapet. Ordlyden «*hel utelukkelse*» taler for at den innsatte isoleres fra andre innsatte i fengselet. Forarbeidene er taus hva angår ordlyden, og ordlyden er heller ikke avklart i rettspraksis.

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven tolkes «*hel utelukkelse*» fra fellesskapet slik at den innsatte ikke har et forhold til fellesskapet med de andre innsatte.¹¹³ Av retningslinjene presiseres det videre at «*samsitting eller andre kompenserende tiltak er ikke å regne som fellesskap*».¹¹⁴

Med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37 kan kriminalomsorgen også beslutte delvis utelukkelse fra fellesskapet. I dette ligger det at innsattes adgang til fellesskap innskrenkes delvis, for eksempel ved at innsatte fratras adgangen til å delta på arbeids- eller skolefellesskapet, men gis adgang til å delta i fritidsfellesskapet senere på dagen.¹¹⁵ Delvis utelukkelse blir ikke tillagt ytterligere vekt i avhandlingen, men for å forstå forskjellen på forskjellige typer utelukkelse fra fellesskapet er det relevant å redegjøre for skillet.

¹¹² *Piechowicz mot Polen* (C), søker nr. 20071/07, dom av 17.04.2012, avsnitt 168

¹¹³ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.4

¹¹⁴ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.4

¹¹⁵ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.4

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven slås det fast at dersom det gjøres begrensninger i fellesskapet i henhold til straffegjennomføringsloven § 37 skal det alltid treffes enkeltvedtak om utelukkelse etter straffegjennomførings- og forvaltningslovens bestemmelser. I tillegg skal enhver utelukkelse fra fellesskapet registreres i kriminalomsorgens interne systemer.¹¹⁶

Når vilkårene i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b er oppfylt kan det vedtas at en innsatt utelukkes fra fellesskapet. Ved en utelukkelse plikter kriminalomsorgen å følge opp innsatte som utelukkes i større grad enn andre innsatte for å kompensere for innsattes begrensede kontakt med andre. Dette kommer blant annet til uttrykk i straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd. Bestemmelsen pålegger kriminalomsorgen å «*fortløpende vurdere om det fortsatt er grunnlag for utelukkelsen*». I tillegg til dette skal det sørges for at innsatte som utelukkes fra fellesskapet får iverksatt kompenserende tiltak for å minske faren for isolasjonsskader.

6.3.2 Utelukkelsen skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd at en vedtatt utelukkelse ikke skal «*opprettholdes lenger enn nødvendig*». Det vises til avhandlingens tidligere tolkning av ordlyden «*nødvendig*» i kapittel 7.2.2.

Bestemmelsen tilsier at kriminalomsorgen fortløpende gjennom vedtaket skal vurdere hvorvidt det fortsatt foreligger tilstrekkelig grunnlag for utelukkelsen. Dersom vedtaket ikke lenger anses som «*nødvendig*» skal vedtaket opphøre. Forarbeidene til straffegjennomføringsloven § 37 er taus hva angår gjennomføringen av den fortløpende vurderingen bestemmelsen pålegger kriminalomsorgen. Norske domstoler har ikke uttalt seg om den fortløpende vurderingen. Derimot har EMD tidligere tatt stilling til hvorvidt et vedtak fortsatt må være «*nødvendig*».

I saken Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia la domstolen til grunn at utelukkelsen skal være «*nødvendig*» gjennom hele vedtaket.¹¹⁷ Avgjørelsen legger føringer for at fengselet ved flere anledninger må vurdere og redegjøre for hvorfor en utelukkelse fortsatt må gjennomføres for

¹¹⁶ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.1

¹¹⁷ *Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia* (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 212

å sikre den innsattes rett til liv. I de tilfeller hvor inngrepet ikke lenger kan redegjøres for kan det oppstå en konflikt om hvorvidt det foreligger et brudd på menneskerettighetene.

Også i saken *Aggerholm mot Danmark*¹¹⁸ vurderte EMD hva som ligger i kravet til «nødvendig» og den fortløpende vurderingen av om vilkåret fortsatt er oppfylt. Saken gjaldt en mann som hadde vært fastreimet i en belteseng i nesten 23 timer på en psykiatrisk institusjon. Dette var den lengste perioden med slik immobilisering som hadde vært til behandling i EMD. Selv om avgjørelsen ikke gjelder en innsatt i fengsel, vil elementer i avgjørelsen ha overføringsverdi til denne delen av avhandlingen.

Klageren ble beltelagt før en voldssituasjon ble utløst, og belteleggingen i seg selv ble akseptert av EMD. Menneskerettsdomstolen godtok en preventiv beltelegging da formålet ikke kunne ivaretas gjennom mildere inngrep og anså det som «nødvendig».¹¹⁹ Det tvilsomme i avgjørelsen var lengden på belteleggingen som varte i 22 timer og 50 minutter.

Domstolen pekte på at det ikke var tilstrekkelig at selve belteleggingen var nødvendig. Samme krav til nødvendighet ble også stilt for hele tidsperioden personen var beltelagt. EMD presiserte at det er konvensjonsstatene som har bevisbyrden for nødvendigheten av et vedtak.¹²⁰ I den foreliggende sak fant EMD at Danmark ikke kunne begrunne den langvarige belteleggingen tilstrekkelig.¹²¹ Avgjørelsen kan tas til inntekt for flere forhold. Av særlig relevans er EMDs aksept av preventive vedtak for å forhindre skade, herunder at en utelukkelse fra fellesskapet for å «hindre» innsatte i å «skade» seg selv, ikke strider med EMK artikkel 3. Videre taler avgjørelsen for at det må foretas en vurdering av om vedtaket er «nødvendig» gjennom hele vedtaket, ikke bare ved selve beslutningen.

Rettskildene trekker dermed i retning av at staten gjennom hele vedtaksperioden må redegjøre for hvorfor vedtaket om utelukkelse fortsatt er «nødvendig» etter straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd. Bestemmelsen isolert sett er taus angående hvordan en slik fortløpende vurdering skal gjennomføres. I straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd, som regulerer forbudet mot unødig skade eller lidelse, slås det fast at innsatte skal tilses av ansatt flere

¹¹⁸ *Aggerholm mot Danmark* (C), søker 45439/18, dom av 15.09.2020. Det bemerkes at saken ikke er endelig, klageren kan anke avgjørelsen til Grand Chamber innen 3 måneder jf. EMK art. 43 og 44.

¹¹⁹ *Aggerholm mot Danmark* (C), søker 45439/18, dom av 15.09.2020, avsnitt 98

¹²⁰ *Aggerholm mot Danmark* (C), søker 45439/18, dom av 15.09.2020, avsnitt 102

¹²¹ *Aggerholm mot Danmark* (C), søker 45439/18, dom av 15.09.2020, avsnitt 111-114

ganger daglig. Ordlyden er klar og åpner ikke for tolkningstvil. Selv om syvende ledd regulerer forebygging av unødig skade og lidelse, er det flere momenter som taler for at tilsynsbestemmelsen kan ha en videre hensikt.

Straffegjennomføringsloven § 37 er en omfattende bestemmelse som regulerer flere sider av utelukkelse av innsatte. Systembetragtninger taler for at tolkningen av bestemmelsen som en helhet i større grad kan oppnå det formål bestemmelsen tar sikte på å realisere. Slik syvende ledd tolkes, sett i lys av fjerde ledd, vil tilsyn av innsatte som er utelukket fra fellesskapet nettopp ha som hensikt å fortløpende vurdere situasjonen til den innsatte. En utelukkelse som ikke lenger anses «*nødvendig*» kan i et tenkt tilfelle påføre den innsatte unødig lidelse etter bestemmelsens syvende ledd.

Slik rettskildene taler for er det naturlig å legge til grunn at ansatte i fengselet ved tilsyn av innsatte, i tillegg til å vurdere tilstanden til innsatte, fortløpende vurderer hvorvidt vedtaket om utelukkelse fortsatt anses å være «*nødvendig*» i henhold til straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd. En slik forståelse medfører at kravet om fortløpende vurdering er i tråd med EMDs uttalelser hva angår EMK artikkel 3.

Det bemerkes at straffegjennomføringsloven § 37 ved flere anledninger benytter en skjønnsbasert og uklar ordlyd. Hensikten bak lovgivers uklare ordlyd er å sikre at bestemmelsen kan favne vidt i tillegg til å gi domstolen anledning til å utvikle gjeldende rett i tråd med samfunnets utvikling. Slik avhandlingen viser er det en begrenset realitetsbehandling av straffegjennomføringsloven § 37, særlig de bestemmelser som redegjøres for. Konsekvensen av lovgivers valg av ordlyd er dermed at bestemmelsen kan medføre manglende forutsigbarhet overfor innsatte i fengselet.

6.3.3 Det skal iverksettes isolasjonskompenserende tiltak

I tillegg til å sørge for en fortløpende vurdering av om vilkåret for utelukkelse fortsatt foreligger, plikter kriminalomsorgen å sørge for at innsatte som utelukkes fra fellesskapet får tilbud om isolasjonskompenserende tiltak.

Etter straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd første setning skal en utelukkelse brukes med varsomhet for å unngå «*unødig skade eller lidelse*». Ordlyden peker i retning av behovet til å forebygge skader som følge av isolasjon. Det fremkommer av forarbeidene at bestemmelsen medfører en *aktivitetsplikt* for kriminalomsorgen. Denne plikten kan oppfylles

ved å sikre økt samvær med ansatte, for å kompensere for mindre samvær med innsatte.¹²² Ordlyden og forarbeidene taler for at bestemmelsen pålegger kriminalomsorgen å sørge for tiltak som kompenserer isolasjonen og dermed reduserer risikoen for isolasjonsskader.

Det følger videre av forskriften til straffegjennomføringsloven § 3-35 annet ledd at «*skadelige følger*» av utelukkelsen skal forebygges. Ordlyden tilsier at isolasjonsskader skal forebygges. I henhold til tolkningen av Grunnloven og EMK, samt tilhørende rettspraksis fra EMD, skal det ved utelukkelse fra fellesskap iverksettes kompenserende tiltak for å redusere skadeeffekten av isolasjon. Som tidligere nevnt har EMD i tidligere saker vedrørende isolasjonskompenserende tiltak lagt vekt på om innsatte hadde tilgang på fysisk og psykisk stimuli.¹²³

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven blir det presisert hvilke tiltak som anses som kompenserende for utelukkelsen. Av særlig relevans er:

*«Utvidet adgang til lufting, samvær med tilsatte, utvidet adgang til besøk fra venner og familie, utvidet adgang til fysisk aktivitet eller andre tiltak som kan forebygge skadevirkninger av å være utelukket fra fellesskapet.»*¹²⁴

Tilsvarende forståelse av kravet til kompenserende tiltak er også lagt til grunn i teorien.¹²⁵ Selv om et av tiltakene er utvidet besøk og samvær med ansatte vil tiltakende være kompenserende, og ikke anses som «*fellesskap*» i lovens forstand.¹²⁶

Slik ordlyden med tilhørende rettspraksis taler for, kan det etter straffegjennomføringsloven § 37 utledes et krav om isolasjonskompenserende tiltak for innsatte som er utelukket fra fellesskapet. Det er nærliggende å tolke kravet om kompenserende tiltak, som utledes av straffegjennomføringsloven, å samsvare med Grunnloven § 93 annet ledd og EMK artikkel 3.

¹²² Prop.135 L (2010-2011) s. 183

¹²³ Se punkt 4.3.2

¹²⁴ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.14

¹²⁵ Storvik (2011) s. 208

¹²⁶ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.14

6.4 Er dagens praksis i tråd med menneskerettighetene?

Slik redegjort for ovenfor oppstiller straffegjennomføringsloven § 37 første ledd en rekke vilkår for vedtak om utelukkelse fra fellesskapet. Samtidig pålegger bestemmelsen kriminalomsorgen en plikt til å fortløpende følge opp innsatte som er utelukket og å iverksette isolasjonskompenserende tiltak. I det følgende skal det redegjøres for hvorvidt praksisen i norske fengsler er i tråd med nasjonal rett, og samtidig Grunnloven og EMK.

Statens plikt til å sikre retten til liv gjennom blant annet å vedta utelukkelse fra fellesskapet for å hindre selvskading jf. straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b er som tidligere nevnt i tråd med Grunnloven § 93 første ledd og EMK artikkel 2.

Kravet til kompenserende tiltak og at vedtaket må være «*nødvendig*» til enhver tid, som oppstilles i Grunnloven § 93 annet ledd og EMK artikkel 3, kan også utledes fra straffegjennomføringsloven § 37 og forskriften til straffegjennomføringsloven. Tiltakene som gjerne er relevante blir i stor grad redegjort for i retningslinjene til straffegjennomføringsloven. Slik tidligere drøftet er straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b å anse som forenlig med retten til liv og forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Samtidig er det indikasjoner på at praksisen i Norge ikke oppfyller lovens krav. Det er ikke tilstrekkelig at tiltakene er til stede, dersom de innsatte ikke får tilgang til dem.

Praksis fra norske fengsler viser at tilbudet om kompenserende tiltak er varierende. I en rapport fra Sivilombudsmannens besøk i Bergen fengsel i 2018¹²⁷ ga de innsatte uttrykk for at avdelingen de oppholdt seg på bar preg av lite aktivisering. Noen innsatte hadde fått DVD-spiller på cellen, mens andre innsatte kun hadde adgang til et aktivitetsrom som besto av TV, bøker mm. i en begrenset tid hver uke. I rapporten kommer det frem at fengslet ikke hadde en praksis som sikret isolasjonskompenserende tiltak i helgene og helligdager på grunn av mindre bemanning i fengselet.

Tilsvarende funn ble belyst av Sivilombudsmannens besøk i Åna fengsel i 2017.¹²⁸ Av rapporten fremkommer det at de innsatte på den utelukkede avdelingen hadde flere kompenserende tiltak tilgjengelig på cellen, som TV, bokhyller og noen hadde DVD-spiller.

¹²⁷ Sivilombudsmannen, Besøksrapport, Bergen fengsel 2.-4. mai 2018

¹²⁸ Sivilombudsmannen, Besøksrapport, Åna fengsel 13.-15. november 2017

Likevel hadde fengselet ikke sørget for en god nok aktivisering av de utelukkede innsatte. Det var lite sosialisering med de ansatte og det var mangel på meningsfull sosial kontakt. Det er ikke holdbart at de kompenserende tiltakene skal bero på bemanningen i fengselet til enhver tid.

Også i Arendal fengsel var kravet til kompenserende tiltak mangelfulle.¹²⁹ Innsatte ga uttrykk for at de i gjennomsnitt var innelåst på cellen i minst 22 timer i døgnet i ukedagene, og på grunn av bemanningen i fengselet var de på cellen i minst 23 timer i døgnet i helgene og på helligdager. Fengselet hadde utstyrt alle cellene med TV, men fengselet hadde ikke fellesområdet som bidro til sosialisering med de ansatte eller innsattes besøksgjester.

Sivilombudsmannens rapporter viser at fengslene i noen grad klarer å tilrettelegge for kompenserende tiltak, men at disse ikke alltid blir gjennomført i den grad loven krever. Et moment som går igjen i flere av fengselsrapportene er at innsatte tilbringer store deler av døgnet på cellen. Rapporten fra Arendal og Åna fengsel peker på utelukkelse som medfører at innsatte er på cellen sin i minst 22 timer i døgnet. Straffegjennomføringsloven er taus hva angår timer på cellen, men forskriften om straffegjennomføring § 3-35 annet ledd slår fast at «skadelige følger av utelukkelse» skal forebygges. Slik det følger av sivilombudsmannens fengselsrapporter, med henvisning til Mandelareglene og De europeiske fengselsreglene, vil lenger tid utenfor cellen kunne forebygge skadelige følger.

Til tross for hva praksisen i norske fengsler viser, er det i dag ikke anledning til å ta stilling til menneskerettsbrudd på et generelt nivå. EMD behandler ikke saker som reises av en tredjepart og omhandler et abstrakt rettsspørsmål.¹³⁰ Dette betegnes som *actio popularis*.¹³¹ På denne bakgrunn er det ikke holdepunkter for å legge til grunn at norsk rett krenker menneskerettighetene, men det er en stor risiko for at menneskerettighetene krenkes overfor mange enkeltinnsatte.

Avhandlingen har frem til nå redegjort kriminalomsorgens adgang til å utelukke innsatte fra fellesskapet og hvorvidt denne adgangen er i tråd med menneskerettighetene. Temaet i det følgende er om en utelukkelse fra fellesskapet begrenser innsattes rett og tilgang til helsehjelp.

¹²⁹ Sivilombudsmannen, Besøksrapport, Arendal fengsel 07.-08. februar 2018

¹³⁰ Se saken *L'érablière A.S.B.L. mot Belgia* (C), søker nr. 49230/07, dom av 24.05.2009, avsnitt 25

¹³¹ I teorien er begrepet tillagt forskjellig innhold. Skoghøy (2017) s. 396 definerer «*actio popularis*» som et krav om dom for hvordan en lovbestemmelse eller forskriftsbestemmelse generelt skal forstås. Det er denne forståelse som legges til grunn i avhandlingen.

Innsatte som er utelukket fra fellesskapet blir i stor grad isolert som følge av vedtak om utelukkelse. En naturlig konsekvens av vedtaket er at de innsatte har en begrenset adgang til å selv kontakte helsetjenesten i fengselet. Dette taler for at fengselet aktivt må sikre innsattes adgang til helsetjenesten.

7 Innsattes rett på helsehjelp

7.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen skal kriminalomsorgens rett til å vedta utelukkelse fra fellesskapet for å forhindre selvskading knyttes opp mot innsattes rett til å motta forsvarlig helsehjelp. Kapitlet har som formål å redegjøre for innsattes rett til helsehjelp i de tilfeller hvor kriminalomsorgens beslutter vedtak om utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b. EMD har ved flere anledninger utledet en rett til helsehjelp ved utelukkelse fra fellesskapet av EMK artikkel 3. Det vil knyttes bemerkninger til forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling der det anses naturlig.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 første ledd plikter kommunen å sørge for at personen som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendig helsehjelp. Det presiseres i bestemmelsens annet ledd at ansvaret omfatter alle pasientgrupper, herunder personer med psykisk sykdom, skade eller lidelser.

Hvorvidt det å skade seg selv er en psykisk sykdom fremkommer ikke klart av ordlyden til bestemmelsen. Forarbeidene til § 3-1 er også taus hva angår omfanget av bestemmelsens ordlyd. Problemstillingen har ikke vært vurdert i domstolen.

Nasjonalt senter for selvmordsforskning- og forebygging har definert selvskading som en «skade» og noe som kan skje i kombinasjon med psykiske «lidelser».¹³² Det er dermed nærliggende å legge til grunn at innsatte som påfører seg selv skade kan ha en underliggende psykisk sykdom ved tidspunktet for beslutningen om utelukkelse fra fellesskapet.

Formålsbetraktninger taler for at helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 skal sikre helse- og omsorgstjenester for alle. Reelle hensyn taler for at selvskading faller inn under ordlyden i §

¹³² Nasjonalt senter for selvmordsforskning og – forebygging, «Fakta om selvskading», revidert 27.03.20

3-1 annet ledd og pålegger kommunen å sørge for et forsvarlig tjenestetilbud til innsatte som skader seg selv.

Som nevnt i kapittel 7 vil en beslutning fra kriminalomsorgen om å utelukke en innsatt fra fellesskapet ikke være i strid med menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven eller EMK dersom utelukkelsen skjer innenfor visse rammer. I tillegg til kravet om nødvendighet og kompensierende tiltak, må utelukkelsen ikke krenke innsattes rett til helsehjelp i fengselet.¹³³ En slik krenkelse kan oppstå i tilfeller hvor utelukkelsen fører til at den innsatte ikke har mulighet til å kontakte helsetjenesten i fengselet.

Innsatte har i kraft av å oppholde seg i Norge rett til øyeblikkelig helsehjelp, rett til helse- og omsorgstjenester fra tilhørende kommune og rett til nødvendig hjelp fra spesialisthelsetjenesten jf. pasientrettighetsloven. I de tilfeller hvor det ikke foreligger tilstrekkelig helse- og omsorgstjenester som den innsatte har behov for, skal innsatte overføres fra fengselet til lege eller sykehus, jf. ordlyden «gjennomføres ved heldøgnsopphold i sykehus dersom behandling av sykdom gjør det nødvendig» i straffegjennomføringsloven § 12.

7.2 Innsattes rettigheter etter pasientrettighetsloven

Pasientrettighetsloven § 1-1 slår fast at pasienter har rett på helsetjenester og at helsevesenet er pålagt å yte forsvarlig helsetjenester. I lovens § 1-3 bokstav a blir «*pasient*» definert som:

«En person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle.»

En naturlig tolkning av ordlyden taler for at personer som ber om helsehjelp vil anses som «*pasient*». På samme grunnlag vil innsatte som oppsøker helsetjenesten i fengselet automatisk falle inn under definisjonen av «*pasient*». Med hjemmel i pasientrettighetsloven § 1-1 vil innsatte ha rett på helsetjenester dersom de henvender seg til fengselets helsetjeneste.

¹³³ *Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia (C)*, søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 210

Loven gjelder videre «for alle som oppholder seg i riket» jf. § 1-2 første ledd første punktum. Ordlyden taler for at alle som er i Norge kan anses som «pasienter» og dermed få rettigheter etter loven, uten betydning om det er frie borgere eller innsatte i fengsel.

Pasienter i fengsel har i utgangspunktet rett til fritt behandlingsvalg ved nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten jf. pasientrettighetsloven § 2-4 annet ledd. Ordlyden i bestemmelsen tolkes som absolutt. Forarbeidene presiserer at bestemmelsen ikke skiller mellom institusjonstyper, altså at innsatte har rett til fritt behandlingsvalg enten det gjelder sykehus, psykiatrisk sykehus mm.¹³⁴

Kriminalomsorgen har en lovhjemlet plikt til å legge til rette for de rettigheter innsatte har etter pasientrettighetsloven jf. straffegjennomføringsloven § 4. Ordlyden «legge til rette» taler for at kriminalomsorgen innenfor rimelighetens grense skal prøve å sikre innsatte de tjenester som loven gir dem krav på. Forarbeidene presiserer at hensikten bak bestemmelsen er å forplikte kriminalomsorgen til et samarbeid med andre offentlige etater. Bestemmelsen er dermed en pliktbestemmelse for kriminalomsorgen. I retningslinjene til straffegjennomføringsloven fremgår det at forvaltningssamarbeidet gjelder så langt det er mulig med de begrensninger som følger av frihetsberøvelsen.¹³⁵

Slik rettskildene forstås er utgangspunktet at innsatte har rett til fritt behandlingsvalg jf. pasientrettighetsloven § 2-4 annet ledd. Bestemmelsen kan på bakgrunn av straffegjennomføringsloven § 4 tolkes innskrenkende slik at praktiseringen av fritt behandlingsvalg i noen tilfeller må begrenses. Behovet for en slik begrensning kan naturlig forankres i samfunnssikkerhet ved rømningsfare og farlighetsvurdering av den enkelte innsatte.

Det er i dag ikke omtvistet hvorvidt innsatte har rett på helsetjenester etter pasientrettighetsloven og at kriminalomsorgen plikter å sikre denne rettigheten så langt det lar seg gjøre. Temaet i det videre er hvordan retten til helsehjelp utøves og reguleres innad i fengselet.

¹³⁴ Prop.56 L (2014-2015) s. 78

¹³⁵ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, «Forvaltningssamarbeid», revidert 27. oktober 2008, punkt 4.1

7.3 Kriminalomsorgen skal tilse innsatte som er utelukket fra fellesskapet

Straffegjennomføringsloven § 37 hjemler mer enn bare adgangen til å beslutte vedtak om utelukkelse fra fellesskapet. Bestemmelsen hjemler også kriminalomsorgens plikt til å ivareta innsattes helse ved en utelukkelse.

Etter straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd annet punktum skal innsatte «*som er helt utelukket fra fellesskapet [...] flere ganger daglig tilses av tilsatte*». Med «*tilsatte*» menes det ansatte i fengselet. En tolkning av ordlyden tilsier at den er absolutt og pålegger ansatte i fengselet å tilse innsatte. Bestemmelsen åpner ikke for å utlede tilsvarende plikt til helsetjenesten.

Forskriften til straffegjennomføring legger føringer for hensikten bak tilsyn av innsatte. I § 3-16 første ledd pålegges de ansatte en plikt til å ta kontakt med helsetjenesten dersom den innsatte ber om det. Videre skal ansatte på eget initiativ å ta kontakt med helsetjenesten dersom noe tyder på at den innsatte er syk og har behov for helsehjelp jf. § 3-16. Slik forskriften gir uttrykk for, er det nærliggende å tolke straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd annet punktum slik at dens formål er å sikre innsattes rett til helsehjelp selv når de er utelukket fra fellesskapet.

EMD har tidligere tatt stilling til hvor mye tilsyn som må gjennomføres for å unngå å krenke EMK artikkel 3. I avgjørelsen *Rohde mot Danmark*¹³⁶ led klageren av klaustrofobi og ga uttrykk for selvmordstanker ved innsettelse i arresten. I løpet av de første 16,5 timene fikk klageren tilsyn 32 ganger. Klageren var isolert i 11,5 måneder. I denne perioden fikk han jevnlig tilsyn og ble tilsett av helsepersonell 102 ganger. Flertallet i avgjørelsen mente at klageren hadde fått tilstrekkelig og jevnlig tilsyn. Et viktig moment var at tilsynene ble hyppigere i de perioder hvor det var behov.¹³⁷ Slik flertallets begrunnelse taler for kan avgjørelsen tas til inntekt for at et jevnlig tilsyn av den utelukkede ikke krenker EMK artikkel 3.

¹³⁶ *Rohde mot Danmark* (C), søker nr. 69332/01, dom av 21.07.2005

¹³⁷ *Rohde mot Danmark* (C), søker nr. 69332/01, dom av 21.07.2005 avsnitt 99-110

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven oppstilles det et utgangspunkt om tilsyn én gang i timen på dagtid, men at antallet skal avgjøres i det konkrete tilfellet.¹³⁸

Sivilombudsmannens fengselsrapporter er taus hva angår antall tilsyn av innsatte. Det er ved flere anledninger bemerket at innsatte har hatt lite kommunikasjon med ansatte. Samtidig har innsatte en hverdag preget av rutiner hva angår blant annet trening og måltider. Det er nærliggende å legge til grunn at innsatte ved måltider, lufting og annen sosialisering «tilses» av ansatte som bestemmelsen kreves.

Samlet sett taler ordlyden med tilhørende forskrift og retningslinjer for at hensikten bak bestemmelsen er å ivareta innsattes rett til helsehjelp ved blant annet å sikre innsatte muligheten til å selv gi beskjed når det oppstår et behov som skal dekkes av helsetjenesten. En naturlig konsekvens av å være utelukket fra fellesskapet er at innsatte er mye alene på cellen og har begrenset adgang til å be om helsehjelp. På denne måten sørger straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd for at norsk rett ikke anses å være i strid med forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling hva angår tilsyn av innsatte.

7.4 Kriminalomsorgen skal varsle lege om utelukkelsen

Etter straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd tredje punktum skal lege «varsles om utelukkelsen uten ugrunnet opphold». Ordlyden «uten ugrunnet opphold» taler for at en varsling skal skje like etter at vedtaket er besluttet. Slik ordlyden forstås plikter ansatte i fengselet å varsle lege i fengselets helsetjeneste så fort det vedtas at en innsatt skal utelukkes fra fellesskapet. Samme forståelse av ordlyden er lagt til grunn i retningslinjene til straffegjennomføringsloven.¹³⁹

I retningslinjene til straffegjennomføringsloven heter det videre at:

«Legen bør samtidig informeres av kriminalomsorgen om forhold som kan ha betydning for vurderingen av den innsattes helsetilstand og eventuelle skadevirkninger av utelukkelsen.»¹⁴⁰

¹³⁸ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.14

¹³⁹ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.15

¹⁴⁰ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» avsnitt 37.15

En slik presisering i retningslinjene taler for at legens hovedformål ved tilsyn av innsatte som utelukkes fra fellesskapet, nettopp er å vurdere den innsattes helsetilstand og kartlegge en videre oppfølging. Knyttet opp mot avhandlingens tema er det nærliggende å legge til grunn at fengselslegen skal vurdere hvorvidt pasienten er en fare for seg selv, og om den innsatte trenger øvrig helsehjelp utover det som tilbys i fengselet. Et eksempel på dette er hvor innsatte viser symptomer på psykisk lidelse.

Til tross for disse betraktningene viser praksis fra norske fengsler at lege ikke alltid blir varslet ved beslutning om utelukkelse fra fellesskapet. Ved Sivilombudsmannens besøk i Bergen fengsel i mai 2018 ble ombudsmannen i samtale med helsetjenesten opplyst om at helsetjenesten ble kontaktet i de tilfeller det ble vedtatt utelukkelse fra fellesskapet i helsetjenestens åpningstider. Dersom utelukkelse ble vedtatt på kveldstid eller i løpet av natten ble helsetjenesten informert dagen etter. Det ble samtidig opplyst at sykepleierne i helsetjenestene gjennomførte en vurdering, og at lege aldri fikk beskjed om vedtak om utelukkelse fra fellesskapet.¹⁴¹

Tilsvarende funn ble gjort ved besøket i Arendal fengsel. Helsetjenesten i fengselet opplyste at sykepleiere som regel ble informert om vedtak av utelukkelse ved senere anledninger. Dette skjedde gjerne på morgenmøtet eller ved vaktskiftet på ettermiddagene. Det var usikkert hvorvidt helsetjenesten ble informert om utelukkelse i helger og på helligdager.¹⁴²

Slik rapportene fra Sivilombudsmannens besøk viser var praksisen i fengslene at andre enn legen i helsetjenesten ble informert om utelukkelsen. Ordlyden i straffegjennomføringsloven § 37 syvende ledd er klar og åpner ikke for at informasjon til andre helsearbeidere kan erstatte kravet om å varsle legen. Videre var det ikke alltid varslingen skjedde «uten ugrunnet opphold». Helsetjenesten i de nevnte fengslene var ikke tilgjengelig hele døgnet, noe som resulterte i at informasjonen om utelukkelsen ble mottatt ved et senere tidspunkt. Rapportene taler for at varslingen ikke skjer «uten ugrunnet opphold» på bakgrunn av helsetjenestens tilgjengelighet.

Et slikt avvik mellom gjeldende rett og etterlevelse av gjeldende rett kan i praksis svekke innsattes rett til helsehjelp. Dersom innsatte som utelukkes fra fellesskapet ikke blir tilsett av

¹⁴¹ Sivilombudsmannen, Besøksrapport, Bergen fengsel 2.-4. mai 2018 s. 34

¹⁴² Sivilombudsmannen, Besøksrapport, Arendal fengsel 07.-08. februar 2018 s. 31

lege ved utelukkelsen, kan det gå lang tid før den innsatte møter helsetjenesten. Dette kan føre til at innsatte som har behov for å få kartlagt sin helsemessige situasjon ved utelukkelsen, mister denne muligheten. En konsekvens av dette er at fengselslegen og helsetjenesten ikke får orientert seg om hvilke innsatte som trenger nødvendig helsehjelp og ytterligere oppfølging.

7.5 Har innsatte rett til daglig tilsyn av fengselslege?

Det er i dag ingen nasjonal lov som pålegger helsetjenesten å oppsøke innsatte som er utelukket fra fellesskapet. Helsedirektoratet anbefaler i sin veileder at ansatte i helsetjenesten skal tilse utelukkede innsatte når det er medisinske grunner for tilsyn.¹⁴³ Dette kan være tilfeller hvor den innsatte selv ber om tilsyn eller hvor kriminalomsorgen oppsøker helsetjenesten basert på ansattes observasjoner om den innsattes helse.

Det følger imidlertid av de europeiske fengselsreglene at:

«Legen, eller en kvalifisert sykepleier som rapporterer til legen, skal legge særskilt vekt på helsen til innsatte som holdes i isolat, skal besøke slike innsatte daglig og skal gi dem omgående medisinsk bistand og behandling når slike innsatte eller de fengselsansatte anmoder om det.»¹⁴⁴

Slik regelen forstås skal fengselslegen tilse innsatte som utelukkes fra fellesskapet daglig.

Tilsvarende anbefaling fremkommer av Mandelareglene:

*«Health-care personnel shall not have any role in the imposition of disciplinary sanctions or other restrictive measures. They shall, however, pay particular attention to the health of prisoners held under any form of involuntary separation, **including by visiting such prisoners on a daily basis and providing prompt medical assistance and treatment at the request of such prisoners or prison staff.**»¹⁴⁵ (Min utheving)*

Begrunnelsen for daglig tilsyn av lege eller helsetjenesten overfor innsatte som er utelukket fra fellesskapet, er nettopp deres begrensede mulighet til selv å kontakte helsetjenesten i fengselet. Det kan tenkes at innsatte ikke selv er i stand til å gi uttrykk for et behov for

¹⁴³ Helsedirektoratets veileder IS-1971 s. 44

¹⁴⁴ De europeiske fengselsreglene, regel 43.2

¹⁴⁵ Mandelareglene, regel 46.1

helsehjelp eller at ansatte i fengselet ikke har kompetanse til å se hvilke behov for foreligger ved tilsyn.

De europeiske fengselsreglene og Mandelareglene er som tidligere nevnt ikke juridisk bindende i seg selv. Likevel gir de uttrykk for en akseptert internasjonal minstestandard for behandling av innsatte. Reglene er utviklet gjennom mellomstatlig samarbeid og på grunnlag av internasjonal rettspraksis. EMD har ved flere anledninger vist til regelverkene og anvendt de som rettskilde.¹⁴⁶

Norge har gitt tilslutning til regelverkene. Sivilombudsmannens rapporter fra fengselsbesøkene anvendt i avhandlingen, har ved flere tilfeller vist til disse to regelsettene og presisert viktigheten av å ha en praksis som er forenlig med de folkerettslige forpliktelsene.¹⁴⁷

De beste hensyn taler dermed for at de minstestandarder som er utviklet i folkeretten også skal ligge til grunn ved behandlingen av innsatte i norske fengsler. På denne bakgrunnen er det norske lovverket ikke utformet slik at det er forenlig med de menneskerettslige skranker hva angår innsattes rett til daglig tilsyn av helsetjenestens lege. Det skal i det følgende redegjøres for hvilke konsekvenser det kan få dersom innsatte ikke får tilstrekkelig tilgang til fengselets helsetjeneste.

7.6 Konsekvensen av at innsatte ikke får tilgang til helsetjenesten

Temaet i det videre er konsekvensene av at innsatte som er utelukket fra fengselet ikke mottar den helsehjelpen de behøver fra helse- og omsorgstjenesten. Slik redegjort for ovenfor kan manglende varsling av fengselslege ved vedtak om utelukkelse gå på bekostning av innsattes helsehjelp.

I et tenkt scenario hvor det ikke er etablert tilstrekkelig rutiner for å gi innsatte regelmessig helsehjelp hva angår deres fysiske og psykiske helse, vil det være begrenset adgang for innsatte utelukket fra fellesskapet til å be om helsehjelp. Som et resultat av å være utelukket er kontakten med andre og anledningene til å gi uttrykk for hva en trenger begrenset.

Manglende helsehjelp i fengselet er ikke nærmere vurdert av norske domstoler. Grunnloven § 93 annet ledd og EMK artikkel 3 hjemler som tidligere nevnt forbudet mot umenneskelig eller

¹⁴⁶ Se blant annet *Mursic mot Kroatia* (GC), søker nr. 7334/17, dom av 20.10.2016, avsnitt 59

¹⁴⁷ Sivilombudsmannen, Besøksrapportene fra Arendal fengsel s. 31, Bergen fengsel s. 35 og Åna fengsel s. 38

nedverdiggende behandling. EMD har tolket dette forbudet i flere tilfeller til også å omfatte situasjoner hvor innsatte ikke får tilstrekkelig helsehjelp i fengsel.

Bruken av isolasjon innebærer en risiko for den innsattes helse. EMD har på bakgrunn av EMK artikkel 3 lagt til grunn at det foreligger en plikt til effektiv oppfølging av innsattes mentale helse, selv om det ikke foreligger synbare helseproblemer. Staten plikter å gjennomføre jevnlig tilsyn av den innsatte for å forebygge både psykiske og fysiske helseproblemer ved utelukkelse fra fellesskapet.¹⁴⁸

Flere av avgjørelsene fra EMD som anvendes i dette kapittelet består i stor grad av klagerne som var syke på tidspunktet for utelukkelsen fra fellesskapet. Det avgjørende har vært hvorvidt fengselet ut fra den informasjonen de har om den innsatte utøvde tilstrekkelig helsehjelp. EMD har i disse tilfellene avsagt dom for krenkelse av EMK artikkel 3 i de tilfeller hvor fengselet burde vite, eller visste om den innsattes helseproblemer, men ikke utøvde tilstrekkelig helsehjelp. Avgjørelsene kan likevel få overføringsverdi til avhandlingens problemstilling.

I saken *Rivière mot Frankrike*¹⁴⁹ gikk klageren til sak på bakgrunn av fengselsforholdene han måtte leve i til tross for sine psykiske problemer. I avgjørelsen la domstolen vekt på at innsatte som hadde psykiske problemer og suicidal adferd hadde spesielle behov for oppfølging i fengselet. I den nevnte saken fikk ikke klageren adekvat medisinsk tilsyn for hans tilstand da han forble isolert og ikke overført til en institusjon tilsvarende spesialisthelsetjenesten, slik den innsatte hadde krav på etter fransk lovgivning.¹⁵⁰

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at innsatte som viser tegn til psykiske problemer som ikke mottar tilstrekkelig helsetjeneste fra fengselet for å hindre en eventuell forverring av symptomene, kan være offer for et brudd på forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Tilsvarende kan et fengsel stå i fare for å ikke opprettholde sin positive plikt til å

¹⁴⁸ *Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia* (C), søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012, avsnitt 212

¹⁴⁹ *Rivière mot Frankrike* (C), søker nr. 33834/03, dom av 11.07.2006

¹⁵⁰ *Rivière mot Frankrike* (C), søker nr. 33834/03, dom av 11.07.2006, sitater er hentet fra «Press release issued by the Registrar», [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1732298-1816345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), sist lest 11.06.2020 kl.12:20

sikre retten til liv ved å overflytte innsatte som viser tegn på psykiske problemer, slik redegjort for i kapittel 3.3.2.¹⁵¹

I dommen ble det trukket frem at fengselet hadde opptrådt på en slik måte at de hadde fått innsikt i den innsattes sykehistorikk og hadde kunnskap om hvilke psykiske problemer som lå til grunn. Fengselets kunnskap om innsattes helseproblemer, men manglende tiltak for å sikre den innsattes krav til helsetjenester, var tilstrekkelig for at forholdene i fengselet var i strid med forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Det bemerkes at saken ikke omhandlet en innsatt som ble utelukket fra fellesskapet, men den generelle manglende oppfølgingen fra helsepersonell i fengselet. Dette taler for at dersom fengselet ikke tilbyr tilstrekkelig helsetjenester til å følge opp innsatte som er i fellesskap, vil det naturligvis være vanskeligere for innsatte som er utelukket fra fellesskapet og har en mer begrenset adgang til å be om helsehjelp.

Senere avgjørelser fra EMD støtter tilsvarende forståelse av sammenhengen mellom retten til helsehjelp og forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.¹⁵² I den tidligere nevnte saken Renolde mot Frankrike uttalte domstolen at i de tilfeller det foreligger kunnskap om at en innsatt lider av alvorlige mentale forstyrrelser og det foreligger en risiko for selvmord, er fengselet pålagt å gjøre tiltak som er tilpasset vedkommendes tilstand for at kravene til menneskelig behandling skal være oppfylt.¹⁵³

Slik redegjort for har EMD vært konsis i praksisen av EMK artikkel 3 angående helsehjelp i fengsel. Avgjørelsene viser at fengsler er pålagt å sikre innsatte en helsehjelp som er i tråd med enkeltes individuelle behov. I Renolde-saken presiserer Frankrike at klageren ikke ga tegn på at han hadde psykiske problemer, verken fysiske eller psykiske tegn. Til dette uttalte domstolen:

«Treatment of a mentally ill person may be incompatible with the standards imposed by Article 3 in the protection of human dignity, even though that person may not be able or in a position to point to any specific ill-effects.»¹⁵⁴

¹⁵¹ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 96

¹⁵² *Claes mot Belgia* (C), søker nr. 43418/09, dom av 10.04.2013

¹⁵³ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 128

¹⁵⁴ *Renolde mot Frankrike* (C), søker 5608/05, dom av 16.01.2009, avsnitt 121

Senere i avgjørelsen trekker domstolen frem flere tydelige hendelser som tilsa at klageren hadde psykiske problemer. Til tross for dette fant domstolen det nødvendig å presisere den lave terskelen for slike tegn i det gitte sitatet.

Dersom domstolen i Renolde-saken skal tas på ordet kan fengselsinstitusjonen risikere å handle å strid med EMK artikkel 3 dersom det ikke foretas en tilstrekkelig vurdering av innsattes psykiske helse før en eventuell utelukkelse fra fellesskapet. Tilsvarende forståelse må legges til grunn hvor innsatte utviklet symptomer på psykiske problemer under en utelukkelse, hvor de ikke blir utredet av helsepersonell på grunn av manglende tilsyn.

Denne forståelsen er forenelig med de menneskerettslige kravene om at innsatte som er utelukket skal tilses daglig av helsepersonell, nettopp for å fange opp tilfeller hvor innsatte utvikler helseproblemer når de er utelukket fra fellesskapet. Praksisen fra EMD taler for at de tilfeller hvor innsatte ikke mottar den helsehjelp de har rett på ved en utelukkelse av fellesskapet, kan utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3 og dermed også Grunnloven § 93 annet ledd.

8 Avsluttende bemerkninger

Ordlyden i straffegjennomføringsloven § 37 tolkes gjennomgående som uklar. Forarbeidene er for det meste taus hva angår innholdet i bestemmelsen, og situasjonen for øvrig gjør at det er lite rettspraksis på området.

Innsatte er en sårbar gruppe mennesker. Legalitetsprinsippet stiller krav til en klar ordlyd i bestemmelser som enten gjør inngrep i en persons sfære eller pålegger noen plikter. Hensynet til innsattes sikkerhet og rettigheter i fengsel taler også for at det bør utvikles lovbestemmelser som tydelig setter grenser for hvilke inngrep som kan gjøres og på hvilket grunnlag.

I kapittel 6.2.2 ble det redegjort for kravet til nødvendighet av vedtaket. For å sikre at ordlyden «*nødvendig*» tolkes i tråd med lovgivers vilje, kan det være hensiktsmessig å vurdere hvorvidt bestemmelsen må presiseres i lovteksten eller konkretiseres gjennom rettsutvikling i domstolen. En slik presisering vil også anses å være i tråd med EMDs

uttalelser om faren for å krenke EMK artikkel 3 ved å anvende lite presise lovregler ved vedtak om utelukkelse.¹⁵⁵

På den ene siden er det forståelig at vilkår blir utformet på en måte som sikrer et vidt anvendelsesområde. Det kan være vanskelig for lovgiver å forutse hvilke problemer som kan oppstå i et fengsel, og behovet for en slik bestemmelse er klart til stede. Samtidig kan et vedtak som beror på en uklar ordlyd fortone seg som lite betryggende. Hensynet til innsatte taler for en mer presis og klar ordlyd. Konsekvensene som kan oppstå på bakgrunn av slike vedtak taler for at lovgiver, eller domstolen ved anledning, bør vurdere å utvikle og presisere bestemmelsen ytterligere. Dette kan enten skje ved en klarere ordlyd eller lovfeste hvilke kriterier en nødvendighetsvurdering skal bero på. For å sikre gode rutiner hva angår innsattes rettigheter, kan det vært hensiktsmessig å utarbeide en bestemmelse som tydelig får frem hvilke rettigheter innsatte har og hvordan disse rettighetene skal sikres i praksis.

Basert på rettskildene og drøftelsene i avhandlingen er det nærliggende å legge til grunn at innsatte som utelukkes fra fellesskapet ikke alltid mottar den helsehjelpen de har krav på. Selv om norsk rett i stor grad er utformet for å sikre et forsvarlig helsetilbud i fengselet, er det indikasjoner på at bestemmelsene ikke etterleves etter beste evne.

Flere faktorer taler for å korrigere norsk lov slik at de sikrer innsattes rettigheter etter Mandelareglene og De europeiske fengselsreglene. EMD har ved flere avgjørelser argumentert på bakgrunn av disse regelsettene ved presiseringen av gjeldende rett. Selv om Mandelareglene og De europeiske fengselsreglene ikke kan tillegges tung vekt etter norske rettskildeprinsipper, taler deres folkerettslige vekt og presumsjonsprinsippet for at det norske lovverket bør samsvare med regelverkene. Ved en slik endring vil en lettere oppnå et tolkningsresultat som er forenlig med folkeretten hva angår innsattes helserettigheter i fengselet.

Slik EMD uttalte seg i Rohde-saken er manglende oppfølging av innsattes helse er ett av de momentene som innebærer størst risiko for at Norge skal krenke forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3. Uten tett oppfølging av ansatte og helsetjenesten kan et vedtak om utelukkelse øke selvskadingsrisikoen i stede for å redusere den. Dette taler for at straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b kan virke mot sin

¹⁵⁵ *Piechowicz mot Polen (C)*, søker nr. 20071/07, dom av 17.04.2012, avsnitt 168

hensikt. Dersom dette er tilfellet kan en utelukkelse være i strid med retten til liv nedfelt i Grunnloven § 93 første ledd og EMK artikkel 2.

Kildeliste

Norske lover

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814
- 1981 Lov om rettergang i straffesaker 22. mai 1981 nr. 22
- 1999 Lov om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30
- 1999 Lov om etableringen og gjennomføring av psykisk helsevern 02. juli 1999 nr. 62
- 1999 Lov om pasient- og brukerrettigheter 02.juli 1999 nr. 63
- 1999 Lov om helsepersonell m.v. 02.juli 1999 nr. 64
- 2001 Lov om gjennomføring av straff 18.mai 2001 nr. 21
- 2011 Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.v. 26. juni 2011 nr. 30

Forskrifter

- 2002 Forskrift om straffegjennomføring 22.februar 2002 nr. 183
- 2011 Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon 18. november 2011 nr. 1103

Norske forarbeider

- 2000-2001 Ot.prp.nr. 5 «Om lov om straffegjennomføring ved straff mv.»
- 2001-2002 Ot.prp. nr. 66 «Om lov om endring i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)»
- 2007-2008 Stortingsmelding nr. 37 «Straff som virker –mindre kriminalitet – tryggere samfunn»
- 2010-2011 Prop.135 L «Endringer straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl.»

- 2011-2012 Dokument 16 «Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven»
- 2012-2013 Innstilling 169 S av 18.12.2012
- 2012-2013 Prop.92 L «Endringer i straffegjennomføringsloven mv.»
- 2014-2015 Prop.56 L «Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og
spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)»
- 2020-2021 Prop.36 L «Midlertidig lov om endringer i straffegjennomføringsloven (tiltak
for å avhjelpe negative konsekvenser av covid-19)»

Konvensjoner

- 1948 United Nations Universal Declaration of Human Rights, vedtatt 10. desember 1948
(Menneskerettighetserklæringen)
- 1950 Convention for the Protection of Human Rights, Roma vedtatt 4. november 1950, trådte
i kraft 1953 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)
- 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.
- 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading
Treatment or Punishment, vedtatt i 1984, trådte i kraft i 1987

Høyesterettspraksis

Rt-2000-996

Rt-2000-1811

Rt-2015-93

HR-2016-1051-A

HR-2016-1286-A

HR-2016-2554-P

HR-2017-1127-U

HR-2018-456-P

HR-2020-1967-A

Underrettspraksis

TOSLO-2013-103468

TOSLO-2015-107496-3

LB-2016-111749

Rettspraksis fra EMD

1969 Hellas mot flere, søker nr. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 dom av 05.11.1969 (Plenary).

2000 Labita mot Italia, søker nr. 26775/95, dom av 06.04.2000 (Grand Chamber)

2001 Keenan mot Storbritannia, søker 27229/95, dom av 03.04.2001 (Chamber)

2001 Al-Adsani mot Storbritannia, søker nr. 35763/97, dom av 21.11.2001 (Grand Chamber)

2001 Bankovic og andre mot Belgia og andre, søker 52207/99, dom av 12.12.2001 (Grand Chamber)

2002 Pretty mot Storbritannia, søker 2346/02, dom av 29.04.2002 (Chamber)

2003 Van der Ven mot Nederland, søker nr. 50901/99, dom av 04.02.2003 (Chamber)

2005 Nachova m.fl. mot Bulgaria, søker 43577/98 og 43579/98, dom av 06.07.2005 (Grand Chamber)

2005 Rohde mot Danmark, søker nr. 69332/01 dom av 21.07.2005 (Chamber)

2006 Ramirez Sanchez mot Frankrike, søker nr. 59450/00 dom av 04.07.2006 (Grand Chamber)

2006 Rivière mot Frankrike, søker nr. 33834/03, dom av 11.07.2006 (Chamber)

- 2008 Renolde mot Frankrike, søker 5608/05, dom av 16.01.2009 (Chamber)
- 2009 L'érablière A.S.B.L. mot Belgia, søker nr. 49230/07, dom av 24.05.2009 (Chamber)
- 2012 Babar Ahmad m.fl. mot Storbritannia, søker nr. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 og 67354/09, dom av 10.04.2012 (Chamber).
- 2012 Piechowicz mot Polen, søker nr. 20071/07, dom av 17.04.2012 (Chamber)
- 2013 Claes mot Belgia, søker nr. 43418/09, dom av 10.04.2013 (Chamber)
- 2014 Öcalan mot Tyrkia, søker nr. 24069/03, 197/04, 6201/06 og 10464/07, dom av 18.03.2014 (Chamber).
- 2016 Mursic mot Kroatia, søker nr. 7334/17, dom av 20.10.2016 (Grand Chamber)
- 2016 Khlaifia og andre mot Italia, søker nr. 16583/12, dom av 15.12.2016 (Grand Chamber)
- 2019 Fernandes de Olivia mot Portugal, søker 78103/14, dom av 31.01.2019 (Grand Chamber)
- 2020 Aggerholm mot Danmark, søker 45439/18, dom av 15.09.2020 (Chamber)

Juridisk teori

- Aall (2018) Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget, 2018
- Eskeland (1989) Eskeland, Ståle: *Fangerett*, 2. utgave, TANO AS, 1989
- Gisle (2010) Gisle, Jon m.fl.: *Jusleksikon*, 4.utgave, 2010
- Hammerlin (2009) Hammerlin, Yngve: *Selv mord og selvmordsnærhet i norske fengsler*, utgitt av Kriminalomsorgens utdanningssenter KRUS, 2009
- Horn (2015) Horn, Thomas: *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse*, produsert i samarbeid med Akademika forlag, 2015
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2012

- Rua mfl. (2019) Rua, Marte og Smith, Peter Scharff (red.): *Isolasjon et fengsel i fengselet*, Cappelen Damm Akademisk, 2019
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A: *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2017
- Storvik (2011) Storvik, Birgitte Langset: *Straffegjennomføring etter lov av 18.mai 2001 nr. 21*, 2. utgave, Høyskoleforlaget, 2011
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf: *Straffeprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget, 2019

Retningslinjer og veiledere

- 2008 Kriminalomsorgens retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 27. oktober 2008
- 2013 Helsedirektoratets veileder IS-1971 «Helse- og omsorgstjenester til innsatte i fengsel» utgitt januar 2013, oppdatert november 2013 og desember 2016
- 2019 Kriminalomsorgens retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 22.04.2019 om «utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak»

Sivilombudsmannen

- 2017 Besøksrapport, Åna fengsel 13.-15. november 2017
- 2018-2019 Dokument 4:3 «Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler»
- 2018 Besøksrapport, Arendal fengsel 07.-08. februar 2018
- 2018 Besøksrapport, Bergen fengsel 02.-04. mari 2018

Utenlandske kilder

European committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT), Extract from 3rd General report, Health care services in prisons, CPT/Inf (1993)

Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Twenty-fourth session, Vienna, 18-22 May 2015

Essex Paper 3, Initial Guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules 07.-08. April 2016

Committee against Torture (CAT) Concluding observations on the eighth periodic report of Norway 2018

Europarådet: Ministerkomiteens rekommandasjon Rec(2006)2 til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene. Vedtatt av ministerkomiteen 11. januar 2006.

FNs standard minimumsregler for behandling av innsatte (Mandelareglene), vedtatt av FN's generalforsamling 17. desember 2015

Nettsider

Aage Thor Falkanger, sivilombudsmann «*Isolasjon av psykisk syke innsatte er uverdigg*», sist oppdater 05.06.2018 (Kronikk) <https://www.sivilombudsmannen.no/aktuelt/isolasjon-av-psykisk-syke-innsatte-er-uverdigg/>

https://lvh.no/symptomer_og_sykdommer/psykiske_lidelser/psykiatrisk_undersokelse/vurdering_av_fare_for_andre. Sist lest 29.september 2020 kl. 10:51.

«*Press release issued by the Registrar*», [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{ "itemid":\["003-1732298-1816345"\] }](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{), sist lest 11.06.2020 kl.12:20

