

Er isolasjon av innsatte i politiarrest i strid med EMK artikkel 8?

Stipendiat/advokat Thomas Horn¹

Innledning

Den norske bruken av politiarrest har over lang tid vært omdiskutert.² Norge har måttet tåle vedvarende kritikk fra Den europeiske torturkomité (CPT) helt siden begynnelsen av 1990-tallet og frem til idag.³ Kritikken har ført til enkelte tilpasninger fra norske myndigheters side,⁴ men uten at selve systemet har vært tatt opp til mer grunnleggende vurdering.

1. Hjertelig takk til seniorrådgiver Morten Holmboe ved Politihøgskolens forskningsavdeling og advokat Bendik Falch-Koslung som begge har gitt verdifulle innspill. Takk også for gode innspill fra TFS sin anonyme fagfellereferent.
2. Varetekt ble f.eks. omtalt som «rettsstatens akilleshæl» i Advokatforeningens årstale for 2010. Det ble særlig fokusert på bruken av politiarrest. Advokatforeningen krevde at bruken av «glattceller» må opphøre, og at siktede som hovedregel skal settes direkte i ordinært varetektsfengsel. Situasjonen ble omtalt som en «skam for vårt rettsvesen». Alle samfunnsaktører ble oppfordret til å ta ansvar, og ikke bare akseptere en praksis som man mente hadde vokst frem uten noen grunnleggende politisk beslutning.
3. Se CPTs rapporter CPT/Inf (94) 11, CPT/Inf (97) 11, CPT/Inf (2000) 15, CPT/Inf (2006) 14 og CPT/Inf(2011) 33. I 2011 anbefalte CPT at norske myndigheter måtte «redouble their efforts to put an end to the practice of accommodating persons in police establishments after they have been remanded in custody», jf CPT/Inf(2011) 33 punkt 8.
4. Enkelttiltakene er kommentert i de norske tilsvarene til CPT: CPT/Inf(94)12, CPT/Inf(98)3, CPT/Inf(2006)34. I 2010 ble fremstillingsfristen for fengsling (strpl § 183) foreslått redusert fra 3 døgn til 2 døgn. Begrunnelsen var delvis at harmonisering av fremstillingsfristen og todøgnsfristen i politiarrestforskriften § 3-1 kan tenkes å bidra til færre brudd på fristen i politiarrestforskriften (Justisdepartementets høringsnotat «Etterkontroll av utvidelsen av fremstillingsfristen for varetektsfengsling» av 10. desember 2010 s. 23 flg).

Norske myndigheter fremstiller ofte bruken av politiarrest som et midlertidig kapasitetsproblem, som man nærmest kan bygge seg ut av. Men man kan spørre om vi ikke snarere står overfor et system basert på kulturelt befestet pragmatisme. I *prinsippet* skal innsatte i politiarrest overføres til ordinært fengsel innen to døgn, jf politiarrestforskriften § 3-1. Prinsippet undergraves imidlertid av pragmatiske hensyn: Fristen kan oversittes i alle tilfeller der overføring «av praktiske grunner ikke er mulig». Ved sentralarresten i Oslo ble todøgnfristene brutt i 977 tilfeller i 2010, jf Kaplon (2010) s. 24. Det er usikkert hvor stor prosentandel dette utgjør av dem som skulle vært overført innen todøgnfristene. Antallet nyinnsettelse i *varetekt* utgjorde imidlertid 3 859 personer *for hele landet* (Kriminalomsorgens årsstatistikk 2010 s. 11). Dette skulle indikere at de 977 fristbruddene utgjør en relativt høy prosentandel av dem som ble frihetsberøvet i mer enn to døgn i Oslo. Det er derfor grunn til å spørre om ikke den omfattende bruken av politiarrestene vil fortsette så lenge systemet og kulturen baserer seg på at pragmatisme settes foran prinsipielle overveielser.

Kritikken mot politiarresten har ofte vært forankret i vernet mot tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling, jf EMK artikkel 3.⁵ Denne innfallsvinkelen har sin naturlige forklaring i at hovedfokuset for Den europeiske torturkomité (CPT) er å forebygge tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling.⁶

Temaet for denne artikkelen er imidlertid *ikke* om norsk politiarrest er i strid med EMK artikkel 3. Siktemålet er i stedet å tilføre debatten en *ny innfallsvinkel* ved at politiarresten vurderes i lys av EMK *artikkel 8*. Etter mitt skjønn gir artikkel 8 en vel så treffende innfallsvinkel som bestemmelsene om tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling. Forbudet mot tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling er absolutt, selv de sterkeste hensyn kan ikke forsvare inngrep i artikkel 3.⁷ Men til gjengjeld er terskelen for krenkelse av artikkel 3 høy.

5. Se f.eks. Sulland (2010).

6. Nærmere om CPTs mandat og rolle i Horn (2011).

7. Se f.eks. *Saadi vs Italy* (storkammer) (28.02.2008) der EMD understreker artikkel 3 sin absolute karakter, og avviser en relativ tilnærming der ulike hensyn veies mot hverandre, jf bl.a. avsnitt 138. Se også saken *Gäfgen vs Tyskland* (storkammer) (01.06.2010). Tysk politi hadde her brukt både fysisk vold og trusler om tortur for presse en kidnapper til å si hvor en kidnappet 11-åring befant seg. Politiet mente at 11-åringen befant seg i livsfare (han ble senere funnet død). EMD holdt likevel fast ved at EMK artikkel 3 gjelder uten unntak (avsnitt 87): «The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation ... The Court has confirmed that even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned

Virkeområdet for EMK artikkel 8 er langt videre – mye kan regnes som *inngrep* i artikkel 8. Men et inngrep i artikkel 8 er ikke uten videre en *krenkelse*. Krenkelse foreligger *bare* der inngrepet ikke kan forsvares etter unntaksvilkårene i artikkel 8 *annet ledd* – altså der inngrepet skjer uten tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett («in accordance with the law»), uten at inngrepet forfølger et legitimt formål («legitimate aim»), eller der inngrepet er unødvendig eller uproporsjonalt (uten at inngrepet er «necessary in a democratic society»).

Nødvendighetsvurderingen i artikkel 8 åpner dermed for en bredere vurdering av de interesser som står på spill. Vurderingen blir ikke så dominert av inngrepets styrke (hvor belastende det er å sitte i politiarrest), men gir større rom for en kritisk vurdering av *behovet* for å bruke politiarrest. Vurderingen etter artikkel 8 fanger derfor lettere opp noe av det som synes sentralt ved kritikken: Politiarresten er et system som har vokst frem i praksis, men *må* systemet fortsatt praktiseres slik vi gjør i dag?

Hvilken betydning har det for eksempel at bruken av isolasjon skjer uten noen vurdering av det konkrete behovet for isolasjon? Er det «nødvendig i et demokratisk samfunn» å isolere *enhver* innsatt i politiarrest – også dem som pågripes for unndragelsesfare eller gjentakelsesfare? Kan den automatiske bruken av isolasjon forsvares med at inngrepet er lite? Kan bruken av isolasjon forsvares med manglende ressurser? Og hva med tilfeller der siktede etter fremstilling for fengsling føres tilbake til isolasjon i politiarrest – til tross for isolasjon ikke er funnet nødvendig etter strpl § 186a?

Lovskravet medfører dessuten at man må spørre seg om ordningen har tilstrekkelig rettslig forankring. Er det for eksempel et problem at systemet har vokst frem uten tilstrekkelig klar demokratisk forankring gjennom positiv lovgivning?

Man kunne spørre om artikkel 8 konsumeres av artikkel 3, slik at det aldri vil være aktuelt å vurdere isolasjon etter artikkel 8 fordi isolasjon allerede omfattes av artikkel 3. Det finnes riktignok flere tilfeller der domstolen ikke har funnet grunn til å vurdere artikkel 8 når det allerede er konstatert krenkelse av artikkel 3, se f.eks. *Baybasin vs The Netherlands* (06.07.2006) avsnitt 62. Men dette gjelder ikke motsatt: Dersom EMD *ikke* konstaterer krenkelse av artikkel 3, kan klagen likevel vurderes etter artikkel 8. Dette ble prinsipielt avklart allerede i *Costello-Roberts vs UK* (25.03.1993) avsnitt 36. Aller klarest er uttalelsen i *Dolenec vs Croatia* (26.11.2009) avsnitt 128: «In this connection the Court stresses that its case-law does

... . The nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3 ... ».

ER ISOLASJON AV INNSATTE I POLITIARREST I STRID MED EMK ARTIKKEL 8?

not exclude that treatment which does not reach the severity of Article 3 may nonetheless breach Article 8 in its private-life aspect where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity (see Costello-Roberts v. the United Kingdom, judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, § 36).» Se også *Junkhe vs Turkey* (13.05.2008) avsnitt 71, *Wainwright vs UK* (26.09.2006) avsnitt 43, mindretallet i *Raninen vs Finland* (24.10.1996) som heller ville konstatere krenkelse av artikkel 8 enn av artikkel 3, samt avvisningsavgjørelsen i *Bollan vs UK* (04.05.2000) s. 9.

Er isolasjon i politiarrest et *inngrep* i EMK artikkel 8?

Før man kan gå i gang med å vurdere om dagens system oppfyller lovskravet og om inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn», må man først drøfte *om artikkel 8 i det hele tatt kommer til anvendelse* for innsatte i politiarrest. Dette forutsetter at isolasjon i politiarrest anses som et *inngrep* i rettighetene etter artikkel 8. Så vidt jeg er kjent med har politiarresten ikke tidligere vært vurdert opp mot artikkel 8. Siden EMDs praksis er omfattende, og ikke alltid umiddelbart like lett tilgjengelig, vil jeg gjennomføre inngrepsdrøftelsen nokså nøye.⁸

De faktiske forhold – regimet i politiarresten

Politiarrest tilsvarende *fullstendig isolasjon* av den innsatte, slik begrepet brukes i strpl § 186a. I praksis plasseres man i enecelle og *utelukkes fra samvær med alle andre innsatte*. Politiarrestforskriften § 2-7 gir en viss rett til daglig lufting, men i vår sammenheng er det sentralt at luftingen skjer uten samvær med andre innsatte. I praksis er det heller ikke alltid kapasitet til å gjennomføre foreskrevet lufting. Den siktede isoleres også fra familie og venner, ettersom man automatisk er avskåret fra å motta besøk utenfra, jf politiarrestforskriften § 2-9. Det finnes riktignok en unntakshjemmel som gir mulighet for å tillate besøk ved «særlige grunner». Så vidt jeg er kjent med er unntaksregelen ikke ofte i bruk. Den siktede har rett til besøk av sin advokat, samt av eventuell konsulær representant, jf politiarrestforskriften § 2-9. Det er imidlertid ikke lagt til rette for noen form for sosial kontakt med ansatte. Graden av isolasjon er altså stor, og mangelen på menneskelig kontakt vil

8. Den utålmodige leser kan eventuelt vurdere å hoppe direkte til konklusjonen i punkt 2.6. Dette vil lede videre til vurderingen av selve politiarrestordningen i punkt 3, 4 og 5. Den sammenfattende konklusjonen er gitt i punkt 6.

lett oppleves som inngripende. Det er denne mangelen på menneskelig kontakt som jeg i denne artikkelen vi vurderer i forhold til artikkel 8.

Isolasjonen må utholdes under relativt strenge fysiske forhold. Cellen er som oftest innredet som «glattcelle». Den er strippet for interiør. Det finnes ingen stol, bare en hard brisk med en plastmadrass og et metalltoalett i hjørnet. Som oftest kan man ikke slå lyset av og på. Lys som blir stående på kan derfor skape søvnforstyrrelser. Det finnes ingen TV, ingen bøker, ingen aviser eller annet tidsfordriv. Noen steder finnes riktignok en viss mulighet for musikk. De fysiske forholdene i politiarresten må isolert sett vurderes etter EMK artikkel 3, ikke etter artikkel 8. Likevel kan de fysiske forholdene ha en viss *indirekte* betydning også for artikkel 8. Isolasjon som skjer under strenge fysiske forhold vil oppleves som mer inngripende. De fysiske forholdene kan også ha *praktisk* betydning for den innsattes muligheter for å utøve sitt «private life», for eksempel dersom den innsattes fratas muligheten for å holde seg mentalt engasjert med atspredelser som TV, radio, musikk, bøker og aviser.

Utgangspunktet: Anvendelsesområdet for artikkel 8 fortolkes vidt og omfatter retten til kontakt med andre

Spørsmålet er så om den isolasjon som skjer i politiarresten representerer et *inn-grep* i artikkel 8.

Det er en vanlig misforståelse at artikkel 8 bare verner privatlivet i snever forstand – bestemmelsen er langt mer enn en «right to privacy».⁹ EMD har konsekvent fremholdt at begrepet «private life» skal undergis en vid fortolkning – «private life is a broad term not susceptible to exhaustive interpretation».¹⁰

Det vide anvendelsesområdet innebærer blant annet at bestemmelsen sikrer en sfære der man kan strebe etter å utvikle og realisere sin personlighet.¹¹ I vår sammenheng er det mest sentralt at EMD allerede tidlig slo fast at retten til «private life» innebærer en *rett til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker*.¹²

9. Se Van Dijk (2006) s. 665, Harris (2009) s. 364 og Jacobs (2010) s. 358.

10. Se f.eks. *Gillan and Quiton vs UK* (12.01.2010) avsnitt 61 og *Pretty vs UK* (2002) avsnitt 61. Se også Harris (2009) s. 665.

11. Kommisjonsavgjørelsen i *Burghartz vs Switzerland* (22.02.1994) avsnitt 47: «... a sphere within which everyone can freely pursue the development and fulfilment of the personality».

12. Se bl.a. *Gillan and Quiton vs UK* (2010) avsnitt 61: «... establish and develop relationships with other human beings and the outside world». Se også *Pretty vs UK* (29.04.2002) avsnitt

Den faktiske isolasjon som skjer i politiarresten er åpenbart til hinder for å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker. Utgangspunktet er derfor klart: Et regime som begrenser kontakten med andre mennesker i en slik grad som det gjøres i politiarresten, er et inngrep i artikkel 8.

Man kan selvsagt diskutere om hva som er det mest inngripende aspektet av isolasjonen. Er det at siktede avskjæres fra besøk fra familie og venner? Eller er det den løpende isolasjonen på enecellen – altså det totale fraværet av fellesskap med andre innsatte? I denne artikkelen – som har sitt utspring i mitt arbeid med en doktorgradsavhandling om isolasjon av varetektsfengslede etter strpl § 186a – vil jeg imidlertid rette hovedfokus mot den løpende isolasjonen på enecelle, der siktede ikke får ha kontakt med andre *innsatte*. Dette aspektet berører altså den innsattes rett til «private life». Retten til besøk fra familie rubriseres derimot best under retten til «family life», mens retten til kommunikasjon med omverdenen aktualiserer retten til «correspondence». Ved eventuelle reformer av regimet i politiarresten vil imidlertid en utvidet adgang til å motta besøk fra familie og venner likevel kunne tjene til å dempe behovet for kontakt med andre innsatte. Utvidet besøksadgang vil altså redusere inngrepets styrke også når det gjelder isolasjon overfor andre innsatte. Med dagens rettsstilstand er imidlertid den siktede automatisk avskåret fra å motta besøk fra familie og venner, jf politiarrestforskriften § 2-9. I det følgende vil jeg derfor basere drøftelsen på at siktede i tråd med gjeldende forskriftsverk er avskåret fra å motta besøk (med unntak av advokat og eventuell konsulær representant).

Innskrenkende tolkning? Gjelder retten til «private life» også når man er pågrepet eller varetektsfengslet?

Selv om artikkel 8 i utgangspunktet gir en rett til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker, kan man spørre om ikke *pågrepne* og *varetektsinnsatte* likevel faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 8. Kan innsatte i fengsel i det hele tatt ha rett til et «private life»?¹³

Utgangspunktet: Ordlyden og prinsippet i uskyldspresumsjonen

Ordlyden i artikkel 8 er helt generell – retten til privatliv gjelder for «everyone». Tilsvarende pålegger artikkel 1 statene å sikre «enhver» de rettigheter som fremgår

61, *Niemietz vs Germany* (16.12.1992) avsnitt 29, samt kommisjonsavgjørelsene *X. vs Iceland* (18.05.1976), *McFeeley a.o. vs UK* (15.05.1980) og *Friedl v Austria* (19.05.1994) avsnitt 45.

13. Her bør man huske at selv om regimet i politiarresten anses som et *inngrep* i artikkel 8, så kan inngrepet likevel være *tillatt* etter artikkel 8 annet ledd. Inngrepet må da bare ha tilstrekkelig forankring i nasjonal rett, forfølge et legitimt formål og dessuten være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

av konvensjonen. I plikten til å «sikre» rettighetene ligger det også at konvensjonen skal tolkes slik at rettighetene blir effektive, noe EMD tradisjonelt har lagt stor vekt på.¹⁴ Isolert sett tilsier dette at menneskerettighetenes anvendelsesområde ikke kan avgrenses overfor innsatte. Tvert om befinner personer som er pågrepet eller fengslet seg i en særlig utsatt stilling – der man har større behov for vern enn ellers.¹⁵

Siden vi her står overfor personer som ennå ikke er dømt, må artikkel 8 dessuten tolkes i lys av uskyldspresumsjonen. Uskyldspresumsjonen tilsier at pågrepne eller varetektsfengslede så langt som mulig skal ha de samme rettigheter som andre. At man er pågrepet eller varetektsfengslet bør derfor ikke i seg selv føre til at man faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 8.¹⁶ Uskyldspresumsjonen er som kjent forankret i artikkel 6 (2), men på vårt område er betydningen av uskyldspresumsjonen eksplisitt understreket i Europarådets rekommandasjon om varetekt:

“Remand prisoners shall be subject to conditions appropriate to their legal status; this entails the absence of restrictions other than those necessary for the administration of justice, the security of the institution, the safety of prisoners and staff and the protection of the rights of others and in particular the fulfilment of the requirements of the European Prison Rules and the other rules set out in Part III of the present text.”¹⁷

Tilsvarende følger også av Europarådets europeiske fengselsregler – som dessuten fastsetter et «normalitetsprinsipp».¹⁸ Både rekommandasjonen om varetekt og rekommandasjonen om de europeiske fengselsreglene er klart relevant for tolknin-

14. Se f.eks. Jacobs m.fl (2010) s. 73 flg. og Harris m.fl (2009) s. 5 flg.

15. Se f.eks. det særlige prinsippet om at enhver form for bruk av fysisk vold overfor frihetsberøvede medfører krenkelse av *artikkel 3*, med mindre voldsbruken er strengt nødvendig på grunn av den frihetsberøvedes egen atferd. Prinsippet ble først utviklet i kommisjonens avgjørelse *Ribitsch vs Austria* (04.07.1994), og er senere konsekvent fulgt opp i praksis.

16. Uskyldspresumsjonen var også den prinsipielle bakgrunnen for at en tilsvarende regel om at varetektsinnsatte bare kan pålegges de innskrenkninger som fulgte av fengslingens formål og hensynet til god orden, ble innført allerede ved straffeprosessloven av 1887. Bestemmelsen kom til etter initiativ fra Bernhard Getz, se bl.a. hans kraftfulle utfall mot tidligere praksis i artikkelserien inntatt i Rt. 1878 s. 113, Rt. 1878 s. 129, Rt. 1878 s. 145 og Rt. 1878 s. 161.

17. Europarådet Rec(2006)13 General principles, punkt 5.

18. De europeiske fengselsreglene er fastsatt i Europarådets Rec(2006)2. Punkt 3 lyder: «Restrictions placed on persons deprived of their liberty shall be the minimum necessary and proportionate to the legitimate objective for which they are imposed.» Punkt 5: «Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.» De europeiske fengselsreglene er også direkte relevante for innholdet i rekommandasjonen om varetekt, jf Rec(2006)13 punkt 35.

gen av EMK artikkel 8. EMD har tradisjon for å legge vekt på denne type rekommandasjoner, og har tidligere spesifikt vektlagt de europeiske fengselsreglene ved tolkningen av artikkel 8.¹⁹

«Implied limitations»: Må anvendelsesområdet for artikkel 8 avgrenses mot restriksjoner ved en lovlig pågripelse?

Det eksisterer likevel en viss usikkerhet om rekkevidden av anvendelsesområdet for artikkel 8. Man finner nemlig flere uttalelser i konvensjonsorganenes praksis som går ut på at visse restriksjoner i fengsel må anses som en *implisitt følge* av selve frihetsberøvelsen: Er fengslingen lovlig etter EMK artikkel 5, må også restriksjonene i fengselet falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 8. Uttalelsene indikerer at denne type restriksjoner ikke engang anses som et inngrep i artikkel 8. Et slikt synspunkt ble for eksempel tidlig lagt til grunn av *Kommisjonen*.²⁰

Selv om et slikt synspunkt om «implied limitations» i utgangspunktet kan virke besnærende, bør det imidlertid utvises en viss varsomhet ved denne type tolkning, der én konvensjonsrettighet (artikkel 8) tolkes *innskrenkende* sett i lys av en annen bestemmelse (artikkel 5). Uten solid rettsgrunnlag bør man ikke kunne bruke en konvensjonsrettighet, som skal beskytte borgeren mot staten, til å begrense den samme borgerens rettigheter overfor staten i en annen relasjon.²¹ En nærmere analyse viser at artikkel 5 ikke gir grunnlag for en slik innskrenkende tolkning av artikkel 8.

19. Se f.eks. *Boguslaw Krawczak vs Poland* (31.05.2011) avsnitt 107. I eldre Høyesterettspraksis har det vært lagt til grunn at rekommandasjonene ikke har direkte virkning for norsk intern rett, jf Rt. 1983 s. 1566 og Rt. 1987 s. 1286. Dette er i prinsippet fortsatt riktig, men i praksis er det avgjørende at EMK nå gjelder som norsk lov. Ettersom domstolene etter Bøhler-doktrinen (Rt. 2000 s. 966) i utgangspunktet må anvende samme tolkningsmetode som EMD, må også norske domstoler vektlegge de europeiske fengselsreglene og rekommandasjonen om varetekt når norske domstoler tolker EMK artikkel 8.

20. Se *X vs Federal Republic of Germany* (07.02.1967): «... the ordinary control of a prisoner's correspondence is to be considered as an inherent feature of imprisonment». Saken har klagenummer 2375/64. Tilsvarende formulering i sak 2279/64, som har samme partsbetegnelse, *X vs Federal Republic of Germany* (31.05.1967).

21. Dette er selvsagt noe helt annet enn å avveie beskyttelsen av ulike konvensjonsrettigheter i forholdet mellom ulike borgere, f.eks. slik man må gjøre i ærekrenkelsessaker når man må avveie den injuriertes beskyttelse etter artikkel 8 i forhold til ytrereens ytringsfrihet etter artikkel 10. En viss støtte for en slik varsomhet kan man for øvrig finne i prinsippet om «abuse of rights» i EMK artikkel 17.

Ordlyden i artikkel 5 gir *borgeren* et vern mot frihetsberøvelse. Ordlydens hovedregel og bestemmelsens *hovedformål* gir altså ingen indikasjon på at bestemmelsen skal kunne begrense rettighetene etter artikkel 8. Synspunktet om «implied limitations» må derfor søke støtte i *unntakene* i artikkel 5, som bestemmer at frihetsberøvelse i visse tilfeller tillates. Argumentet måtte være at disse unntakene – statens adgang til lovlig frihetsberøvelse – ikke kan realiseres hvis artikkel 8 får anvendelse for frihetsberøvede. Men dette argumentet er ikke treffende: Konvensjonens forutsetning om at det skal være en adgang til lovlig frihetsberøvelse kan utmerket godt ivaretas selv om artikkel 8 får anvendelse for frihetsberøvede. Artikkel 8 tillater nemlig inngrep. Konsekvensen av at restriksjonen regnes som et inngrep etter artikkel 8, er bare at inngrepet må forfølge et legitimt formål, ha tilstrekkelig grunnlag i nasjonal rett og dessuten være «necessary in a democratic society». Det er ikke lett å se hvorfor ikke også fengselsregimet bør kunne underkastes en slik test.

En annen sak er at unntaksreglene i artikkel 5 meget vel kan brukes som argumenter i den nærmere vurderingen – altså slik at bruk av restriksjoner overfor fengslede ofte kan være «necessary in a democratic society».

Også ut fra en *lex specialis*-betraktning er det vanskelig å se hvorfor artikkel 5 skulle kunne overstyre artikkel 8. Artikkel 5 regulerer det forhold at man berøves friheten. Samtidig har vi allerede slått fast at artikkel 8 beskytter retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker. Artikkel 8 fremstår derfor som den bestemmelse som *mest direkte* regulerer spørsmålet om begrensinger i kontakt med andre personer. Frihetsberøvet kan man jo være selv om man får ha kontakt med andre innsatte. I alle fall er det vanskelig å se at artikkel 5 skulle ha det sterkeste preg av «*lex specialis*».²²

22. Derimot blir artikkel 5 selvsagt den avgjørende bestemmelsen dersom klagen gjelder selve frihetsberøvelsen, og ikke restriksjonen. Dette var f.eks. tilfellet i saken *Bollan vs UK* (04.05.2000), der en 19 år gammel jente ble holdt på cellen i 1 ½ time (disiplinærreaksjon mot sparring i celledøren). En slik restriksjon kan vurderes etter artikkel 8, men i *Bollan*-saken var artikkel 8 ikke påberopt. Spørsmålet var derfor om innelåsingen på cellen var en *ny frihetsberøvelse* (innenfor fengselet), slik at også den nye avgjørelsen om innelåsning på cellen måtte oppfylle vilkårene i *artikkel 5*. EMD avviste ikke at en beslutning om «fengsling i fengselet» i prinsippet kan utgjøre en *ny frihetsberøvelse*. Normalt sett kan imidlertid ikke disiplinærreaksjoner i et fengsel anses som en *ny frihetsberøvelse* som i seg selv må oppfylle vilkårene i artikkel 5. Anvendelsesområdet *for artikkel 5* omfatter altså normalt ikke frihetsberøvelse eller restriksjoner innenfor fengselet. Dermed medfører en lovlig fengslings-

I perioden frem mot årtusenskiftet finner man heller ikke mange uttrykk for synspunktet om «implied limitations» i EMDs praksis. Kommisjonens opprinnelige standpunkt ble forkastet av EMD allerede i *De Wilde, Ooms and Versyp vs Belgium* (18.06.1971),²³ og ikke minst i den kjente plenumsavgjørelsen i *Golder vs UK* (21.02.1975). Her viste EMD særlig til den strenge ordlyden i unntaksregelen i artikkel 8 annet ledd:

“The restrictive formulation used at paragraph 2 (art. 8–2) («There shall be no interference ... except such as ...») leaves no room for the concept of implied limitations.”²⁴

Senere slo også Kommisjonen eksplisitt fast at *begrensninger i fangefelleskapet* utgjør et inngrep i retten til «private life» etter artikkel 8, jf saken *McFeeley and others vs UK* (1980):

“Finally, insofar as the applicants complain that they are not permitted to associate with other prisoners, the Commission observes that it has previously been held in *X . v . Iceland* (Decisions and Reports 5, p. 86) that the concept of private life under the Convention comprises ‘to a certain degree the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and the fulfilment of one’s own personality’. The Commission considers that this element in the concept of privacy extends to the sphere of imprisonment and that their removal from association thus constitutes an interference with their right to privacy in this respect.”²⁵

beslutning en «implied limitation» i forhold til anvendelsesområdet for artikkel 5. Men i vår sammenheng er det anvendelsesområdet for artikkel 8 som er interessant. Man kan ikke da slutte fra Bollan-saken at også anvendelsesområdet for artikkel 8 er avgrenset fordi visse restriksjoner må anses som en implisitt følge av en lovlig fengslingsbeslutning. Tvert om uttalte EMD i Bollan-saken at restriksjoner i fengselet *kan* reise spørsmål både i forhold artikkel 3 og artikkel 8. I Bollan-saken var imidlertid inngrepet ikke så alvorlig at artikkel 3 ble ansett krenket, mens artikkel 8 ikke var påberopt.

23. Se avsnitt 93: «The Court finds that the supervision in question, which constitutes unquestionably an ‘interference by a public authority with the exercise of (the) right’ enshrined in paragraph (1) of Article 8 (art. 8–1).»
24. *Golder vs UK* (plenum) (21.02.1975) avsnitt 44. Se også Kommisjonens avgjørelse i Silver-saken (11.10.1908) avsnitt 267–273.
25. *McFeeley and others vs UK* (1980) avsnitt 82 (min uthevelse). Isolasjonen omfattet her tre ulike perioder, som varierte fra 2 dager til 1 måned og 8 dager, uten at Kommisjonen hadde bemerkninger til varigheten av isolasjonen. Begrensningen av fellesskapet ble imidlertid ansett nødvendig for å opprettholde ro og orden i fengselet og var derfor «necessary in a democratic society» etter artikkel 8 annet ledd.

Så langt skulle konklusjonen altså være klar: Isolasjon i politiarrest utgjør et inngrep i artikkel 8.

Men uttalelser i praksis fra tiden etter tusenårsskiftet skaper likevel en viss usikkerhet. Har synspunktet om «implied limitations» likevel funnet veien tilbake til praksis?

Et eksempel på dette er saken *D.G. vs Ireland* (16.05.2002). Saken dreide seg om forholdene på en institusjon for ungdomskriminelle var et inngrep i ungdommens «private life». Selv om domstolen først slo fast at også frihetsberøvede personer kunne omfattes av retten til fysisk og moralsk integritet, uttalte domstolen likevel følgende:

“However, normal restrictions and limitations consequent on prison life and discipline during lawful detention are not matters which would constitute a violation of Article 8 either because they are considered not to constitute an interference with the detainee's private and family life (see *X v. the United Kingdom*, no. 9054/80, Commission decision of 8 October 1982, Decisions and Reports (DR) 30, p. 113, and *Raninen*, cited above, p. 2823, § 64) or because any such interference would be justified (see *Wakefield v. the United Kingdom*, no. 15817/89, Commission decision of 1 October 1990, DR 66, p. 251).”²⁶

Hvor mye skal man så legge i denne reservasjonen i D.G.-saken? Her mener jeg at det er relevant at saken gjaldt et *annet aspekt* av retten til «private life» enn det som er aktuelt ved isolasjon i politiarrest. Dette er en sentral distinksjon. Den fysiske og moralske integritet berører i sterkere grad individets autonomi og selvbestemmelsesrett. Inngrep i den fysiske og moralske integritet har altså *nær sammenheng* med selve frihetsberøvelsen. Retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker har derimot ikke like nær forbindelse til selve frihetsberøvelsen. I hvert fall gjelder dette når man snakker om det å etablere og utvikle relasjoner med personer *innenfor fengselet*. Det er dermed ikke gitt at selve frihetsberøvelsen bør medføre de samme «implied limitations» i begge disse sammenhenger. Uttalelser i retning av «implied limitations» finner man da også særlig i forbindelse med saker om restriksjoner i adgangen til besøk *utenfra*, først og fremst fra familie. I saken *Messina vs Italy (No 2)* (28.09.2000) innleder for eksempel EMD med å konstatere at enhver frihetsberøvelse naturlig medfører en begrensning av familielivet:

26. *D.G. vs Ireland* (2002) avsnitt 105 (min uthevelse).

“The Court observes that any detention which is lawful for the purposes of Article 5 of the Convention entails by its nature a limitation on private and family life.”²⁷

Domstolen fant likevel at det hadde skjedd et inngrep i artikkel 8, men først etter at man hadde konstatert at klageren ble utsatt for et *spesielt strengt regime*.²⁸ Mente EMD dermed at *ordinære* besøksbegrensninger aldri kan utgjøre et *inngrep* etter artikkel 8? Fordi Messina-saken utvilsomt gjaldt et spesielt strengt regime, er det uklart om dommen kan tolkes motsetningsvis. Slik dommen er formulert, trekker imidlertid tolkingen i retning av at inngrep bare foreligger der besøksregimet er spesielt strengt. En slik motsetningsslutning støttes av andre dommer med lignende uttalelser.²⁹ Betydningen av disse sakene er likevel usikker, idet spørsmålet om inngrep ikke kom på spissen i noen av disse sakene.³⁰

På den annen side har man i tiden etter år 2000 sett en utvikling der EMD i flere viktige avgjørelser har fremholdt med bred penn at alle konvensjonens rettigheter også gjelder for innsatte, med unntak av retten til frihet. Den første saken var storkammeravgjørelsen i saken *Hirst vs UK (No 2)* (06.10.2005):

“In this case, the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention ... ; they continue to enjoy the right to respect for family life ... ; the right to freedom of expression ... ; the right to practise their religion ... ; the right of effective access to a lawyer or to a court for the purposes of Article 6 ... ; the right to respect for correspondence ... ; and the right to marry Any restrictions on these other rights must be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment.

There is no question, therefore, that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction.”³¹

27. *Messina vs Italy (No 2)* (28.09.2000) avsnitt 61.

28. *Messina vs Italy (No 2)* (28.09.2000) avsnitt 62. Saken var en mafia-sak.

29. *Lorse and others vs The Netherlands* (04.02.2003) avsnitt 83 og *Van der Ven vs Netherlands* (04.02.2003) avsnitt 69.

30. I alle sakene ble inngrepene ansett nødvendig i et demokratisk samfunn.

31. *Hirst vs UK (No 2)* (06.10.2005) avsnitt 69–70 (min uthevelse). Saken gjaldt ikke artikkel 8, men begrensinger i stemmerett for innsatte, jf EMK P1–3. Det spesielle i Hirst-saken var at Hirst hadde mistet stemmeretten *ene og alene* fordi han var idømt fengselsstraff («an automatic blanket ban imposed on all convicted prisoners», jf avsnitt 21). Denne helt generelle

EMDs avgjørelse i Hirst-saken er senere bekreftet i saken *Greens and M.T. vs UK* (23.11.2010).³² Prinsippet i Hirst-saken har også blitt lagt til grunn direkte for innsattes rettigheter etter *artikkel 8*. Et eksempel er storkammeravgjørelsen i saken *Dickson vs UK* (04.12.2007). Dickson-saken gjaldt riktignok et spesielt tema,³³ men Hirst-prinsippet er også gjentatt i saken *Gülmez vs Turkey* (20.05.2008), som gjaldt begrensninger i adgangen til besøk:

“The Court reiterates that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, § 69, ECHR 2005–...). For example, they continue to enjoy the right to respect for family life (see *Messina v. Italy*/(no. 2)/, no. 25498/94, § 61, ECHR 2000-X; *Ploski v. Poland*/, no. 26761/95, judgment of 12 November 2002; *X. v. the United Kingdom*/, no. 9054/80, Commission decision of 8 October 1982, Decisions and Reports (DR) 30, p. 113) and the right to respect for correspondence (see *Silver and Others v. the United Kingdom*/, judgment of 25 March 1983, Series A no. 61). Any restrictions on these rights have to be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment.”³⁴

Det prinsipielle synspunktet synes altså å være at lovlig frihetsberøvelse etter artikkel 5 ikke fører til at innsatte mister noen av sine øvrige rettigheter etter konvensjonen. Inngrep i øvrige rettigheter må uansett være «justified». I så måte kan imidlertid de samme hensyn som forfølges ved selve frihetsberøvelsen også medføre at inngrep i andre rettigheter vil være «justified». Dette beror imidlertid på

lovbestemmelsen hadde heller aldri vært undergitt noen substansiell debatt i det engelske parlamentet (avsnitt 79 og 82).

32. EMDs avgjørelse i Hirst-saken er kritisert i Skoghøy (2011) s. 530. Kritikken retter seg imidlertid mot den konkrete proporsjonalitetsvurderingen, og ikke mot det prinsipielle utgangspunkt om at «prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty».
33. *Dickson vs UK* (04.12.2007) avsnitt 67–68. Dickson-saken gjaldt en innsatts rett til å bli far gjennom assistert befruktning. Staten anførte bl.a. at den begrensede muligheten til å bli far bare var en ren følge av fengslingen, men dette synspunktet ble avfeid ettersom begrensningen *ikke var en nødvendig og uunngåelig følge av fengslingen* (avsnitt 74). Søvig (2008) og Backer (2009) er kritiske til dommen. Kritikken synes imidlertid å være mer rettet mot domstolens nærmere avveininger enn selve det forhold at artikkel 8 kommer til anvendelse for innsatte i fengsel.
34. *Gülmez vs Turkey* (20.05.2008) avsnitt 46 (min uthevelse).

en nærmere vurdering, og kan ikke alene bero på det forhold at man står overfor en lovlig frihetsberøvelse etter artikkel 5.

Men også i tiden etter storkammeravgjørelsen i Hirst-saken finner man spriken- de uttalelser i EMDs praksis. I noen saker nevnes overhodet ikke at fengsling med- fører «inherent limitations», jf for eksempel saken *Petrov vs Bulgaria* (22.05.2008). Her slås det bare kort fast at kontroll av all korrespondanse *er et inngrep* i artikkel 8.³⁵ I de fleste saker nevnes imidlertid fortsatt at fengsling medfører «inherent limitations».

Hvordan EMD forholder seg til betydningen av slike «inherent limitations» er imidlertid ikke klart. I enkelte saker går EMD rett videre til spørsmålet om restriksjonen er tillatt etter artikkel 8 annet ledd, uten at det foretas noen ekspli- sitt vurdering av om man i det hele tatt står overfor et inngrep. Saken *Kučera vs Slovakia* (17.07.2007) er ett eksempel i så måte:

“The Court reiterates that detention, likewise any other measure depriving a person of his liberty, entails inherent limitations on his private and family life. However, it is an essential part of a detainee's right to respect for family life that the authorities enable him or, if need be, assist him in maintaining contact with his close family. Any restriction in that respect must be applied «in accordance with the law», must pursue one or more legitimate aims listed in paragraph 2 of Article 8 and, in addition, must be justified as being «necessary in a democratic society.»”³⁶

I andre saker finner man imidlertid igjen formuleringen om at *spesielle* fengsels- regimer utgjør et inngrep, før man deretter konstaterer eksplisitt at den aktuelle restriksjonen utgjorde et inngrep. Saken *Boguslaw Krawczak vs Poland* (31.05.2011) er et eksempel i så måte:

“The Court recalls that detention, similar to any other measure depriving a person of his liberty, entails inherent limitations on private and family life. However, it is an essential part of a detainee's right to respect for family life that the authorities enable him or, if need be, assist him in maintaining contact with his close family (see *Klamecki v. Poland* (no. 2), no. 31583/96, § 144, 3 April 2003; *Lesiak v. Poland*, no. 19218/07, § 73, 1 February 2011). Furthermore, as prescribed by the relevant provi- sion of the European Prison Rules, the arrangements for family visits in detention shall be such as to allow detainees to maintain and develop family relationships in as normal a manner as possible.

35. *Petrov vs Bulgaria* (22.05.2008) avsnitt 39–40. Tilsvarende *Boris Popov* (28.10.2010) avsnitt 97.

36. *Kučera vs Slovakia* (17.07.2007) avsnitt 127 (saken gjaldt besøk av ektefelle). Tilsvarende *Eztrikh vs Latvia* (18.01.2007) avsnitt 166 og *Ferla vs Poland* (20.05.2008) avsnitt 37–39.

Restrictions such as limitations on the number of family visits, supervision of those visits and, if so justified by the nature of the offence, subjection of a detainee to a special prison regime or special visiting arrangements constitute an interference with his rights under Article 8 but are not, of themselves, in breach of that provision (see e.g. *Kučera v. Slovakia*, no. 48666/99, § 127-8, ECHR 2007-IX).

Nevertheless, any restriction of that kind must be 'in accordance with the law', must pursue one or more of the legitimate aims listed in paragraph 2 and, in addition, must be justified as being 'necessary in a democratic society'.³⁷

Konklusjon: Isolasjon i politiarrest er et inngrep i retten til «private life»

Rettskildebildet er ikke entydig på alle punkter. Likevel gir gjennomgangen ovenfor grunn til å konkludere med at isolasjon i politiarrestene ikke faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 8 ut fra et synspunkt om at isolasjon må anses som en implisitt følge av en lovlig pågripelse. Artikkel 5 gir dårlig grunnlag for å tolke artikkel 8 innskrenkende ut fra et slikt syn, og en slik tolkning ville stå i sterk spenning til ordlyden (jf blant annet *Golder-dommen*), *Hirst-prinsippet* og prinsippet i uskyldspresumsjonen (jf blant annet Europarådets rekommendasjoner³⁸).

Uansett mener jeg at synspunktet om «implied limitations» ikke kan legges til grunn for isolasjon overfor andre innsatte. Skal man i det hele tatt anvende synspunktet om «implied limitations», har det mer for seg å si at fengslingen innebærer en implisitt forutsetning om *avgrenset kontakt med verden utenfor fengselets murer*. Dette betyr imidlertid ikke at fengslingen også implisitt må innebære en begrensning i retten til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker *innenfor fengselets murer*.

Under enhver omstendighet utgjør den fullstendige isolasjon som praktiseres i norske politiarrester et så spesielt fengselsregime at det ikke kan anses som en ren følge av selve pågripelsen. Dette støttes av Europarådets fengselsregler.³⁹ Etter fengselsreglene artikkel 3 skal frihetsberøvede bare underlegges et minimum av restriksjoner. Livet i fengsel skal være mest mulig jevngodt med livet utenfor feng-

37. *Boguslaw Krawczak vs Poland* (31.05.2011) avsnitt 107–110 (min uthevelse). Inngrepet konstateres deretter kort i avsnitt 111–112. (Saken gjaldt besøk av familie samt forholdene under de besøk som fant sted). Tilsvarende uttalelser i *Eryk Kozłowski vs. Poland* (04.11.2008) avsnitt 66, *Moiseyev vs Russia* (09.10.2008) avsnitt 246 og *Vlasov vs Russia* (12.06.2008) avsnitt 123.

38. Europarådet Rec(2006)2 samt Europarådet Rec(2006)13.

39. Europarådet Rec(2006)2.

sel, jf artikkel 5. I artikkel 27.7 er det dessuten spesifikt bestemt at innsatte skal gis anledning til å omgås hverandre under mosjon og i forbindelse med rekreasjonsaktiviteter. Disse reglene tillegges vekt av EMD, jf for eksempel saken *Boguslaw Krawczak vs Poland* (31.05.2011) avsnitt 107.

Konklusjonen må derfor uansett bli at isolasjon i politiarrest må anses som et inngrep i artikkel 8.

Forfølger isolasjonspraksis i politiarresten et legitimt formål?

Inngrep i artikkel 8 kan bare tillates dersom staten oppfyller de tre kumulative vilkårene i artikkel 8 annet ledd. Det første spørsmålet blir derfor om bruken av isolasjon forfølger et legitimt formål – hvorfor isoleres alle innsatte i politiarrest?

Hensynet til etterforskningen – å unngå bevisforspillelse – kan åpenbart være en legitim grunn til å holde én konkret person isolert fra andre innsatte, jf formålet med reglene i strpl § 186 tredje ledd og § 186a.⁴⁰

Men er dette grunnen til at *alle* innsatte i politiarrest isoleres, uten at det foretas noen vurdering av faren for bevisforspillelse i det konkrete tilfellet? Det er mange som pågripes og fengsles uten hensyn til bevisforspillelsesfare. Hvorfor isoleres da likevel den som er pågrepet for unndragelsesfare eller gjentakelsesfare?

Historisk sett skulle politiarresten i utgangspunktet bare brukes for berusede personer, jf fengselsloven av 1900 § 2 første ledd nr 4. Varetektsfanger kunne bare settes i politiarrest i «paatrængende tilfælde», jf bestemmelsens annet ledd. Unntaket for «paatrængende tilfælde» synes å ha vært begrunnet i ressurshensyn og manglende kapasitet. Lovmotivene viser dessuten at utformingen av arresten skulle være billig:

“Da der selvfølgelig ikke ved Politiarrester beregnede paa Berusede, behøves at tages synderlig hensyn til Faren for Undvigelse, vil de maatte kunne indrettes ganske enkelt og billig, saaledes at det ikke bliver Tale om betænkelig store Udgifter for de Kommuner, der nødes at anbringe særlige Rum til Anbringelse af Berusede.”⁴¹

40. Se f.eks. *Boguslaw Krawczak vs Poland* (31.05.2011) avsnitt 114, *Ferla vs Poland* (20.05.2008) avsnitt 43 og *Klamecki vs Poland (No 2)* (03.04.2003) avsnitt 147.

41. Udkast til Lov om Fængselsvæsenet og om Fuldbyrkelse af Frihedsstraffe med motiver, Udarbejdet av den ved kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission (1896), s. 21. Hjemmelen for anbringelse i politiarrest ble videreført ved fengselsreformen i 1957. Også vil-

Mer enn 100 år senere synes ressurshensyn fortsatt å være det bærende argument, i hvert fall der politiarrest brukes over noen tid. Ifølge Politidirektoratet er vanskeligheter med å skaffe ledige fengselsplasser den vesenligste årsaken til de mange bruddene på todagersfristen i politiarrestforskriften § 3-1.⁴²

Ressurshensyn er også den vesentlige begrunnelsen for at *alle* innsatte i politiarresten *isoler*es. Dagens bygninger er rett og slett ikke tilrettelagt for at innsatte i politiarrest kan ha fellesskap med andre innsatte. I tillegg ville driften av politiarresten bli langt dyrere dersom man skulle legge til rette for fellesskap. Det er derfor ressurshensyn som gjør at bruken av isolasjon ikke er begrenset til de tilfeller der det foreligger et konkret behov for å motvirke bevisforspillelsesfare.

Når det er sagt, bør man ha for øye at bevissituasjonen i sakens første fase gjerne er uoversiktlig. Selv om siktede for eksempel er pågrepet med grunnlag i unndragelsesfare, kan det fortsatt være behov for noe tid til å *avklare* om det også foreligger bevisforspillelsesfare. Hensynet til å unngå bevisforspillelse kan derfor tilsi at det i seg selv må anses om et *legitimt formål* å bruke isolasjon inntil situasjonen er tilstrekkelig avklart. Men dette formålet rekker neppe så langt at *alle* innsatte i politiarrest isoleres, uten noen vurdering av behovet. Vi må derfor holde fast ved at ressurshensyn utgjør den vesentlige begrunnelsen for dagens system der *alle* innsatte i politiarrest isoleres.

Det er selvsagt betimelig å spørre hvilken vekt slike ressurshensyn kan ha.⁴³ Men ved vurderingen av kriteriet «legitimt formål» er ikke vektspørsmålet interessant. Det er her tilstrekkelig at ressurshensyn må ses i sammenheng med det mer grunnleggende målet om kriminalitetsbekjempelse – som utvilsomt utgjør et legitimt formål. Ingen stat har ubegrensede ressurser. Konklusjonen må derfor klart

kåret om «påtrengende tilfelle» ble opprettholdt. Motivene kaster imidlertid ikke særlig nytt lys over begrunnelsen for ordningen (se fengselsloven av 1957 § 9 fjerde ledd jf Innstilling fra Komitéen til å utrede spørsmålet om reformer i fengselsvesenet s. 207 og Ot.prp nr. 25 (1958) Om lov om fengselsvesenet s. 13). Ved vedtagelsen av straffegjennomføringsloven er regelen om bruk av politiarrest i «påtrengende tilfelle» utelatt, uten at dette er kommentert nærmere.

42. Sivilombudsmannens årsmelding 2008 s. 197. Ordlyden i dagens politiarrestforskrift § 3-1 indikerer for øvrig at ressurshensyn er enda sterkere prioritert i dag enn for 100 år siden: Mens politiarresten i 1900 bare kunne brukes i «paatrengende tilfælde», kan den i dag alltid brukes i de to første døgn, og deretter i alle tilfelle der overføring «av praktiske grunner ikke er mulig».

43. Jf nedenfor i punkt 5.

være at ressurs hensyn utgjør et «legitimt formål» i relasjon til artikkel 8 såfremt ressurs hensyn kan ses i sammenheng med målet om kriminalitetsbekjempelse.⁴⁴

Skjer isolasjon i politiarrest «in accordance with the law»?

Norsk rett: Det rettslige grunnlaget for isolasjon av innsatte i politiarrest

Det neste spørsmålet er om bruken av isolasjon i politiarrest skjer «in accordance with the law».

I norsk rett foreligger ikke noe klart og uttrykkelig lovgrunnlag for den faktiske isolasjonen som skjer i politiarrest. Etter politiarrestforskriften § 2-9 er innsatte i politiarrest avskåret fra å motta «eksterne besøk».⁴⁵ Men politiarrestforskriften er fullstendig taus om adgangen til samvær *med andre innsatte*. Spørsmålet om *isolasjon* er altså ikke regulert.

En viss analogisk hjemmel finnes imidlertid i forskriften til straffegjennomføringsloven. I forskriftens § 4-2 er det bestemt at innsatte som ennå ikke er besluttet fengslet av retten, bare skal ha adgang til samkvem med andre innsatte dersom påtalemyndigheten forhåndssamtykker. Men forskriften til straffegjennomføringsloven gjelder ikke direkte for politiarresten, bare for «Kriminalomsorgens virksomhet». Dette følger av hjemmelsgrunnlaget i straffegjennomføringsloven § 5, der Kongen gis hjemmel til å fastsette «nærmere regler om Kriminalomsorgens virksomhet». Forskriften kan derfor ikke gi annet enn en *analogisk hjemmel* for isolasjon i politiets arrester.

Analogien synes likevel ikke så altfor fjern. Varetekt faller inn under forskriftshjemmelens saklige virkeområde, jf straffegjennomføringsloven § 5. I proposisjonen til straffegjennomføringsloven sies det dessuten at begrepet «varetektsfengsling» ikke bare omfatter dem som er fengslet etter rettens kjennelse, men også personer som bare er *pågrepet*.⁴⁶ Ikke minst er det en nær sammenheng mellom de hensyn regelen formodentlig skal ivareta og begrunnelsen for isolasjon i poli-

44. Det skal visstnok ikke foreligge noen avgjørelse der krenkelse er konstatert fordi staten ikke har forfulgt et legitimt formål, se Jacobs (2010) s. 315–317 med videre henvisninger.

45. Forskriften er gitt med hjemmel i strpl § 183 første ledd fjerde punktum.

46. Ot.prp nr 5 (2000–2001) s. 149, i merknadene til straffegjennomføringsloven § 1 om «anvendelsesområde». Uttrykket er altså brukt på en annen måte enn i strpl § 172 og § 183 der det skilles mellom pågrepelse og fengsling.

tiarrest – nemlig beskyttelse av politiets etterforskning. Til støtte for denne analogien kan man også anføre lang praksis. Bruken av isolasjon i politiarrest er så innarbeidet i praksis at man knapt stiller spørsmål om det formelle grunnlaget for inngrepet. Dette er vel også den praktiske forklaringen på fraværet av hjemmel.⁴⁷

Uansett vil en slik analogisk hjemmel bare gjelde frem til den innsatte har vært fremstilt for retten, jf ordlyden i straffegjennomføringsforskriftens § 4-2. Hva er da hjemmelen for å holde siktede isolert i politiarrest *etter* at han har vært fremstilt for fengsling? Som kjent er det ikke uvanlig at dette forekommer.

Dersom retten har bestemt at siktede skal undergis fullstendig isolasjon etter strpl § 186a, er hjemmelsgrunnlaget klart. Men hva hvis siktede fengsles uten at retten har gitt tillatelse til bruk av isolasjon? Føres siktede likevel tilbake til politiarrest, er det vanskelig å se noe rettslig grunnlag for den faktiske og fullstendige isolasjon som skjer i politiarresten.

Den faktiske begrunnelsen for isolasjonen er i disse tilfellene bare vanskeligheter med å skaffe ordinær fengselsplass. I så fall er den eneste hjemmelen man i prinsippet kunne tenke seg – og da per analogi – regelen om isolasjon etter straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd. Etter denne bestemmelsen kan Kriminalomsorgen isolere innsatte «dersom bygningmessige forhold gjør det påkrevet». Det fremgår imidlertid av proposisjonen til straffegjennomføringsloven at denne bestemmelsen uansett ikke er ment å gi hjemmel for *systematisk* bruk av isolasjon på grunn av bygningmessige forhold, slik det eventuelt ville være i politiarresten:

“Det er svært viktig at dette grunnlaget bare brukes unntaksvis, og fengslene skal strekke seg langt for å tilrettelegge for fellesskap mellom innsatte. Det kan imidlertid oppstå situasjoner der bemanningsmessige eller bygningmessige forhold fører til at fellesskap ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig. Et eksempel kan være ekstraordinært stort sykefravær blant de tilsatte.”⁴⁸

I merknaden til bestemmelsen heter det dessuten:

47. Det kan imidlertid spørres hvor heldig det er at et så inngående tvangsmiddel som isolasjon praktiseres på grunnlag av praksis og analogisk anvendelse av en forskrift, uten noen prinsipiell vurdering på lovgivernivå.

48. Ot.prp nr 5 (2000–2001) s. 103.

“Som eksempel nevnes tilfelle hvor akutte forhold som branntilløp, bygningsmessige skader, reparasjonsarbeider eller personalmangel gjør hel eller delvis utelukket nødvendig.”⁴⁹

Etter mitt syn må det dermed være klart at regelen i straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd ikke gir hjemmel i nasjonal rett for dagens systematiske bruk av isolasjon i politiarrest.

Nærmere om vurderingen av lovskravet i EMK artikkel 8

Lovskravet i artikkel 8 inneholder to hovedaspekter. Inngrepet må for det første ha tilstrekkelig rettslig grunnlag i nasjonal rett. For det annet må det nasjonale rettslige grunnlaget være i samsvar med grunnleggende rettsstatlige prinsipper – «rule of law».⁵⁰

Som kjent stilles det ikke krav om hjemmel i formell lov vedtatt av Stortinget – uttrykket «law» betyr ikke «formell lov». Hjemmelskravet er heller ikke særlig strengt – det er tilstrekkelig at inngrepet har «some basis in domestic law».⁵¹

Ettersom politiarrestforskriften ikke har noen bestemmelse om isolasjon, må lovskravet vurderes opp mot andre mulige rettslige grunnlag. De aktuelle rettslige grunnlagene er:

- 1) Rettslig kjennelse etter strpl § 186a om fullstendig isolasjon.
- 2) Analogi til forskriften til straffegjennomføringsloven § 4-2 om isolasjon av varetektsinnsatte som ikke har vært fremstilt for retten.
- 3) Analogi til regelen om isolasjon på grunn av bygningsmessige forhold i straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd.
- 4) Praksis.

Det er hensiktsmessig å vurdere hjemmelsgrunnlaget separat for tiden før og etter at siktede har vært fremstilt for fengsling (pågrepet/varetektsfengslet).

49. Ot.prp nr 5 (2000–2001) s. 165.

50. I *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010) avsnitt 76 er dette formulert slik: «... the words ‘in accordance with the law’ require the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, ...» Se f.eks. også Kjølbros s. 511 flg.

51. Se f.eks. *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010) avsnitt 76.

Lovgrunnlaget for isolasjon av siktede som har vært fremstilt for fengsling (siktete er varetektsfengslet)

Som nevnt er lovgrunnlaget klart der retten har avsagt kjennelse om fullstendig isolasjon etter strpl § 186a. Men der påtalemyndigheten ikke har begjært fullstendig isolasjon – eller der retten har avslått en slik begjæring – fremstår hjemmelsgrunnlaget for den fullstendige isolasjon som finner sted ved tilbakeføring til politiarresten som høyst problematisk i et EMK-perspektiv.

Systemet bygger her på at det skal være opp til retten å bestemme om siktede skal holdes fortsatt isolert etter at han har vært fremstilt for fengsling, jf strpl § 186a. Det er derfor forskriften til straffegjennomføringsloven § 4-2 ikke gjelder for tiden *etter* at siktede har vært fremstilt for fengsling. Denne bestemmelsen kan derfor ikke engang pr analogi gi noe grunnlag for isolasjon av siktede – snarere tvert i mot.

Som nevnt ovenfor kan det heller ikke være aktuelt å bruke analogi fra straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd (akutte «bygningmessige forhold») som hjemmel for den systematiske bruk av isolasjon som finner sted i politiarrestene.

Det eneste hjemmelsgrunnlaget man da står tilbake med er langvarig praksis. Rett nok innebærer ikke lovskravet et krav om hjemmel i formell lov. Etter mitt skjønn er det likevel lite tvilsomt at praksis i vår sammenheng ikke vil bli anerkjent som tilstrekkelig rettsgrunnlag etter lovskravet i EMK. Isolasjonsbestemmelsen i strpl § 186a bygger jo nettopp på den uttrykkelige forutsetning at det er *retten* som skal ta stilling til spørsmålet om isolasjon av varetektsinnsatte (idet de fremstilles for fengsling).⁵² Denne regelen er innført for å styrke siktedes rettssikkerhet, og er et resultat av langvarig kritikk fra Den europeiske torturkomité (CPT). Man kan derfor vanskelige legge vekt på en praksis som undergraver den mekanisme for domstolsprøving som er tilsiktet innført gjennom vedtagelsen av strpl § 186a. Ikke minst gjelder dette ettersom et vesentlig aspekt ved lovskravet i artikkel 8 er kravet til «rule of law» – et aspekt som nettopp forutsetter tilstrekkelige prosessuelle garantier.⁵³ I tillegg kan en slik praksis ikke sies å være forankret i bevisste overveielser fra lovgivers side.

52. Se f.eks. Ot. prp nr 66 (2001–2002) s. 6, s. 47 og s. 135–136.

53. Se f.eks. *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010) avsnitt 76–87 og Harris (2009) s. 404–406. Se også *Gülmez vs Turkey* (20.05.2008) avsnitt 49–53 og *Niedbala vs Poland* (04.07.2000) avsnitt 79–82.

I tilfeller der siktede føres tilbake til politiarresten til tross for at han har vært fremstilt for fengsling, burde konklusjonen derfor være klar: Dersom retten ikke har gitt bemyndigelse til fullstendig isolasjon etter strpl § 186a, er lovskravet i EMK artikkel 8 ikke oppfylt. Fortsatt isolasjon i politiarrest er da i strid med EMK artikkel 8.

Lovgrunnlaget for isolasjon av siktede som ikke har vært fremstilt for fengsling (siktede er pågrepet)

Ettersom forskriften til straffegjennomføringsloven § 4-2 gir en viss analogisk hjemmel for isolasjon *i tiden frem til siktede fremstilles for fengsling*, blir spørsmålet om denne hjemmelen er tilstrekkelig for å oppfylle lovskravet i EMK artikkel 8.

Det er riktignok tale om en analogisk hjemmel, men analogien fra Kriminalomsorgens institusjoner til politiarresten er relativt nærliggende. I denne fasen, der siktede bare er pågrepet, vil isolasjon i politiarrest heller ikke stå i motstrid med den beslutningsmekanisme som er forutsatt i strpl § 186a. Ettersom lovskravet blant annet skal sikre forutsigbarhet, må det være relevant å legge en viss vekt på at analogien støttes av langvarig praksis.⁵⁴ Isolasjon i politiarrest har vært praktisert i mer enn 100 år. At man blir isolert ved innsettelse i politiarrest kan derfor ikke komme som noen overraskelse på noen. I tillegg er den langvarige praksis med bruk av isolasjon i politiarrest trolig årsaken til at spørsmålet om isolasjon ikke er nevnt i politiarrestforskriften – anvendelse av isolasjon har sannsynligvis vært ansett som en selvfølge. Ved tolkningen av nasjonal rett kan man derfor si at isolasjon i politiarrest har vært ansett som en implisitt følge av selve pågripelsen.⁵⁵ Det er derfor nærliggende å hevde at forskriften til straffegjennomføringsloven oppfyller kravet til *forutsigbar* hjemmel i nasjonal rett for bruk av isolasjon i politiarrest.⁵⁶

54. Allerede avgjørelsen i *Silver vs UK* (25.03.1983) åpnet EMD opp for å legge vekt på ikke-rettslige faktorer ved avgjørelsen av om inngrepet hadde tilstrekkelig grunnlag i nasjonal rett. Her ble fengselspraksis knyttet til kontroll av innsattes korrespondanse trukket inn i vurderingen, selv om praksis bare var nedfelt i interne «Orders and Instructions» og ikke i formell lov (se avsnitt 88).

55. En annen sak er at en slik implisitt følge etter *nasjonal rett* neppe bringer forholdet utenfor anvendelsesområdet for EMK artikkel 8, jf ovenfor under punkt 2 og drøftelsen knyttet til betydningen av «implied limitations» i *konvensjonssammenheng*.

56. I *Moiseyev vs Russia* (09.10.2009) ble det imidlertid lagt til grunn at analogi fra Justisdepartementets generelle regler for varetektfengsler *ikke* var tilstrekkelig når klager ble holdt fengslet av den føderale sikkerhetstjenesten, jf avsnitt 257 og 266.

Men selv om isolasjon av pågrepne i politiarrest kan sies å fylle minstekravet forutsigbar hjemmel i nasjonale rettskilder, reiser bestemmelsen likevel vesentlige betenkeligheter i et «rule of law»-perspektiv. Skal man bygge på en analogisk anvendelse av forskriften til straffegjennomføringsloven, vil isolasjon kunne brukes *overfor alle* pågrepne – med mindre politiet selv bestemmer annerledes. Politiet tillegges dermed en ubegrenset og udefinert skjønnskompetanse. EMD har i sin praksis vært skeptisk til denne type ubegrensede fullmakter. Et eksempel blant mange er følgende uttalelse i saken *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010):

“For domestic law to meet these requirements it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise ...”⁵⁷

Verken forskriften til straffegjennomføringsloven § 4-2 eller noen andre bestemmelser gir nærmere regler for politiets vurdering – politiets skjønn fremstår altså som helt uregulert. Det er ikke engang gitt noen positiv bestemmelse som krever at politiet må vurdere nødvendigheten av inngrepet. Både regler og praksis kjennetegnes derfor først og fremst av et totalt fravær av vurdering. Jeg er i hvert fall ikke kjent med tilfeller der politiet bestemmer at innsatte i politiarrest *ikke* skal isoleres.⁵⁸ Saken *Niedbala vs Poland* (04.07.2000) gjaldt en tilsvarende vid hjemmel for påtalemyndighetens kontroll av innsattes korrespondanse. Utgangspunktet var her at all korrespondanse kunne kontrolleres, med mindre påtalemyndigheten eller domstolene bestemte noe annet:

57. *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010) avsnitt 77 (min uthevelse). Saken gjaldt omfanget av politiets «stop and search-orders» der politiet kunne stoppe og ransake folk på gaten, men er et eksempel på EMDs generelle skepsis til svært omfattende og uregulert skjønnskompetanse. Tilsvarende skepsis kommer også til uttrykk ved restriksjoner i fengsel, jf f.eks. *Niedbala vs Poland* som kommenteres straks nedenfor.

58. Skulle politiets skjønsmessige mulighet for å unnlate isolasjon overhodet kunne ha noen betydning, måtte denne muligheten uansett ha vært praktisert på en effektiv måte. I *Gillan and Quinton vs UK* (12.01.2010) anførte staten at politiets vide skjønnsfullmakter var mindre betenkelig fordi politiets «stop and search»-ordrer uansett kunne settes til side av «Secretary of State». EMD avviste imidlertid dette fordi «Secretary of State» aldri hadde utøvet overprøvingsmuligheten i praksis (dommens avsnitt 80).

“The Court observes that Polish law, as it stood at the material time (see §§ 34 and 35 above), allowed for automatic censorship of prisoners’ correspondence by the authorities conducting criminal proceedings. Thus, the applicable provisions did not draw any distinction between the different categories of persons with whom the prisoners could correspond. Consequently, also the correspondence with the Ombudsman was subject to censorship. Moreover, the relevant provisions had not laid down any principles governing the exercise of this censorship. In particular, they failed to specify the manner and the time-frame within which it should be effected. As the censorship was automatic, the authorities were not obliged to give a reasoned decision specifying grounds on which it had been effected.

In the light of the foregoing considerations, the Court concludes that Polish law as it stood at the material time, did not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of discretion conferred on the public authorities in respect of control of prisoners’ correspondence. It follows that the interference complained of was not «in accordance with the law».”⁵⁹

Samme synsmåte har også vært lagt til grunn i andre saker, se for eksempel *Klamecki vs Poland (No 2)* (03.04.2003) og *Vlasov vs Russia* (12.06.2008).⁶⁰ Som det fremgår av sitatet ovenfor vektlegger EMD også fraværet av begrunnelsesplikt. Et krav om begrunnelse ville motvirke vilkårlige avgjørelser, herunder at man mer eller mindre ureflektert bare følger en inngrodd praksis. Når reglene mangler slike prosessuelle sikkerhetsmekanismer, vil man altså lettere komme i konflikt med lovskravets «rule of law»-aspekt. Denne type prosessuelle garantier synes for øvrig å få en stadig mer fremtredende rolle i EMDs praksis, jf bl.a. Jacobs m.fl: «What does emerge is that ... the procedural dimension to decision-making affecting rights within the ambit of private life is taking on greater importance».⁶¹

Konklusjon

Etter mitt skjønn er det klart at isolasjon i politiarrest er i strid med lovskravet etter EMK artikkel 8 i de tilfeller der siktede *har vært fremstilt for fengsling*, forutsatt at det ikke foreligger kjennelse om fullstendig isolasjon etter strpl § 186a.

I tiden *før fremstilling for fengsling* er konklusjonen ikke like klar. Politiets uinnskrenkede skjønnskompetanse, fraværet av vurderingskriterier, fraværet av for-

59. *Niedbala vs Poland* (04.07.2000) avsnitt 81–82 (min uthevelse). Regelen om kontroll av korrespondanse er beskrevet i avsnitt 101.

60. *Klamecki vs Poland (No 2)* (03.04.2003) avsnitt 138 og *Vlasov vs Russia* (12.06.2008) avsnitt 126.

61. Jacobs (2010) s. 401.

melle prosedyrer og fraværet av regler som krever faktisk vurdering av de konkrete tilfeller tilsier imidlertid at reglens utforming i er klart problematisk i et «rule of law»-perspektiv. Trolig er lovskravet ikke oppfylt.

Er isolasjon av alle innsatte i politiarrest «nødvendig i et demokratisk samfunn»?

Innledning

Er det «nødvendig i et demokratisk samfunn» å utsette *alle* innsatte i politiarrest for isolasjon? Bruken av isolasjon er systematisk – alle skjæres over én kam, uten noen vurdering av om det faktisk foreligger et konkret behov for bruk av isolasjon. Historisk tradisjon, bygningsmessig utforming og ressurs hensyn står som sentrale premisser for systemet. Sett fra statens ståsted kan eksisterende bygningsmasse og ressurs hensyn sies å gjøre det nødvendig å behandle alle innsatte i politiarrest på samme måte. I dagens situasjon kan man hevde at det – i snever forstand – er *nødvendig* at alle innsatte isoleres – det finnes ikke mindre inngripende alternativer. Men det sentrale spørsmålet blir da uansett om systemet oppfyller *proporsjonalitetskravet*. Er systematisk bruk av isolasjon overfor alle innsatte i politiarrest et proporsjonalt inngrep?

Hvor inngripende er bruken av isolasjon i politiarrest?

Proporsjonalitetsvurderingen må ta utgangspunkt i hvor inngripende bruken av isolasjon i politiarrest er. Selv om oppholdet i politiarresten fortrinnsvis skal være av kortere varighet, er det liten tvil om at det er tale om et inngripende tiltak. Prøver man å sette seg inn i hvordan det ville oppleves å bli arrestert og isolert på glattcelle – skyldig eller uskyldig – vil man formodentlig ganske lett kunne komme til at inngrepet vil oppleves som betydelig.

Diskusjonen om politiarrest og varetektsfengsling har ofte vært preget av argumenter knyttet til medisinske skadevirkninger. Men etter min oppfatning er det viktig å presisere at inngrepet er betydelig *uansett* om isolasjon medfører medisinske skadevirkninger. De færreste inngrep i artikkel 8 medfører medisinske skadevirkninger – likevel kan inngrepet selvsagt være betydelig.

Når det er sagt, bør det nevnes at FNs spesialrapportør for tortur så sent som høsten 2011 konkluderte med at «solitary confinement should be used only in very

exceptional circumstances, for as short a time as possible». Spesialrapportøren anbefalte vidtgående begrensninger i bruken av isolasjon, og konklusjonene i rapporten bygger blant annet på medisinsk kunnskap om belastningen ved isolasjon.⁶²

Det er for øvrig *ikke* slik at belastningen ved isolasjon bare gjelder langvarig isolasjon. Tvert om er virkningen for den innsatte spesielt stor den første tiden etter pågripelsen. Siktete er da i en særlig sårbar situasjon, fordi pågripelsen medfører omfattende omveltninger og stor usikkerhet, noe som igjen fører til stort behov for kontakt med andre mennesker. En ny svensk undersøkelse, gjennomført av Kriminalvårdens forskningsenhet, viser at den første tiden etter pågripelsen er en kritisk fase. Situasjonen er preget av usikkerhet, avmakt og passivitet. Mangelen på menneskelig kontakt gjør det ekstra vanskelig å tilpasse seg en ny situasjon. Undersøkelsen viser at restriksjoner fører til at de innsattes situasjon forblir dårlig så lenge restriksjonene vedvarer. Det konkluderes med at fengsling med restriksjoner utgjør en «signifikant risiko for psykisk ohälsa».⁶³ Dette resultatet stemmer godt med en tilsvarende dansk undersøkelse.⁶⁴

Forskning viser imidlertid også at de individuelle forskjellene er store. Noen rammes, andre ikke. Også variasjonen blant dem som rammes er store – alt fra lettere psykiske virkninger til psykotiske tilstander.⁶⁵ Det er altså ikke slik at alle rammes av medisinske skadevirkninger, ei heller at alle rammes hardt.

Men uansett medisinske skadevirkninger kommer man ikke unna at det å isoleres i politiarrest må anses som et av samfunnets mer inngripende tiltak. Spørsmålet blir da hvilket behov det er som skal forsvare denne type inngripende tiltak.

Også her kan det være hensiktsmessig å vurdere nødvendigheten separat for tiden før og etter at siktede har vært fremtilt for fengsling (pågriperet/varetektsfengslet).

62. FN's spesialrapportør for tortur, General Assembly report A/66/268. En oppsummering av helseeffekter er gitt i rapportens Annex 1, med videre henvisning til oppsummeringene i Smith (2006) og Shalev (2008).

63. Kriminalvården (2011) s. 20.

64. Andersen (2004). Se bl.a. konklusjonen på s. 50: «The early imprisonment phase represents a vulnerable phase with a 15 % risk of developing an incident psychiatric disorder in normal remand prisoners and twice that risk under SC [solitary confinement] conditions.» Artikkelen oppsummerer forskningslitteraturen på området, og har sin bakgrunn i to tidligere danske undersøkelser initiert og støttet av det danske justisdepartementet. Også Smith (2006) fremholder på s. 498 at: «The initial move from freedom to imprisonment is very stressfull.» Smith viser blant annet til undersøkelser som viser forhøyet selvmordsrate nettopp i denne fasen.

65. Se nærmere Smith (2006), samt Shalev (2008) s. 15.

Er det nødvendig i et demokratisk samfunn å isolere siktede som har vært fremstilt for fengsling?

Isolasjon kan være nødvendig og legitimt av hensyn til faren for bevisforspillelse. Dersom påtalemyndigheten har begjært fullstendig isolasjon etter strpl § 186a, og fått rettens medhold, burde saken være klar. Faren for bevisforspillelse vil da gjøre isolasjonen nødvendig i et demokratisk samfunn, selv om siktede isoleres i politiarresten i stedet for i et ordinært fengsel.⁶⁶

Det mest interessante problemet oppstår også her der påtalemyndigheten *ikke* har begjært isolasjon, eller der retten har *avslått* en slik begjæring. Hvis siktede likevel holdes fortsatt isolert, bare fordi han settes i politiarrest, har det oppstått en situasjon som er høyst problematisk i forhold til lovgivers intensjon ved vedtagelsen av isolasjonsbestemmelsen i strpl § 186a. Bestemmelsen var et resultat av internasjonal kritikk mot den omfattende bruken av isolasjon i norske varetektsfengsler. Formålet var å bedre rettssikkerheten og redusere isolasjonsbruken. At disse formålene blir undergravet ved bruk av isolasjon i politiarrest fremstår da ikke som lett å forsvare som «nødvendig i et demokratisk samfunn». Dette forsterkes ved at hjemmelsgrunnlaget for bruk av isolasjon i politiarresten her er svært tvilsomt, jf ovenfor i punkt 4.

Begrunnelsen for bruk av isolasjon er i disse tilfellene svært svak. Hensynet til etterforskningen er ikke relevant, ettersom slike hensyn enten ikke er påberopt av påtalemyndigheten eller ikke har fått gehør i retten. Dermed står man tilbake med ressurs hensyn – at staten ønsker å fengsle flere personer enn man har bygget egnede lokaler til.

Rett nok er ressurs hensyn et *legitimt* hensyn når det ses i sammenheng med det generelle målet om kriminalitetsbekjempelse. Men er ressurs hensyn også *tungtveiende nok* til å forsvare det inngrep en innsatt i politiarrest utsettes for gjennom bruken av isolasjon?

Her kan det være naturlig å se hen til de vurderinger norsk lovgiver selv har gjort i forbindelse med den nevnte isolasjonsbestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd. Når lovgiver har ment at Kriminalomsorgen ikke

66. Jeg forutsetter da at retten har foretatt en tilstrekkelig grundig vurdering av behovet for isolasjon, og at kjennelsen gjør rede for denne vurderingen. Likeledes forutsetter jeg at rettens vurdering bygger på lovens vilkår, og at isolasjon bare brukes for å ivareta det lovlige formålet; å hindre bevisforspillelse. Jeg forutsetter også rettens anvendelse av strpl § 170a ligger innenfor de krav til nødvendighet og proporsjonalitet som følger av EMK artikkel 8.

skal kunne påberope bygningsmessige forhold som hjemmel for isolasjon annet enn i mer akutte tilfeller, hvorfor skal politiet da kunne utsette alle innsatte for isolasjon bare fordi de settes i politiarrest? Hadde vedkommende vært overført til ordinært fengsel ville jo isolasjon vært forbudt. At politiarrestsystemet historisk sett har vært basert på en helt generell bruk av isolasjon er i så måte ingen tungtveiende begrunnelse for denne forskjellen.

Ressursargumentet svekkes også ved at ressursbehovet innenfor kriminalitetsbekjempelsen er nærmest ubegrenset. Man vil alltid ønske større ressurser for å kunne utføre mer kriminalitetsbekjempelse. Spørsmålet om isolasjon av innsatte i politiarrest er derfor ikke et «være eller ikke være» for kriminalitetsbekjempelsen, men mer et spørsmål om hvor vi skal trekke rammene for de virkemidler vi tillater oss å bruke i kriminalitetsbekjempelsen. Billigere kriminalitetsbekjempelse kan ikke være et «carte blanche» for å ta i bruk vidtgående virkemidler.⁶⁷

Bruken av isolasjon i politiarrest skjer dessuten uten at Stortinget noen gang har foretatt en grundig vurdering av de motstridende interesser, og uten noen klar konklusjon om at en så vidtgående praksis virkelig er nødvendig. Etter min mening står vi da overfor det EMD har kalt en «unquestioning and passive adherence to a historic tradition», jf EMDs kammerdom i *Hirst vs UK (No 2)* (30.03.2004).⁶⁸ Kombinasjonen av en helt generell regel og de manglende vurderingene av de motstridende interessene førte i denne saken til at den innsattes konvensjonsrettigheter (stemmeretten etter P1-3) ble ansett krenket. Synspunktet ble senere stadfestet i storkammerdommen i samme sak.⁶⁹ Ikke minst ble det fulgt opp i storkammerdommen i *Dickson vs UK* (04.12.2007), som gjaldt inngrep i innsattes rettigheter etter artikkel 8.

“Importantly, in its *Hirst* judgment, the Court commented that, while there was no European consensus on the point so that a wide margin of appreciation applied, it was not all-embracing. It found that neither the legislature nor the judiciary had sought to weigh the competing interests or assess the proportionality of the rele-

67. Det er f.eks. enighet om at politiet ikke fritt skal kunne ta i bruk enhver etterforskningsmetode som kan bidra til mer effektiv kriminalitetsbekjempelse bare fordi romavlytting, kommunikasjonskontroll osv. kan være billigere enn f.eks. spaning og infiltrasjon (se NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll). Ressursargumentet kan altså ikke være avgjørende i seg selv, men er i stedet et spørsmål om hvor vi skal trekke rammene for de virkemidler vi tillater oss å bruke i arbeidet for å bekjempe kriminalitet.

68. *Hirst vs UK (No 2)* kammerdommen (30.03.2004) avsnitt 41.

69. *Hirst vs UK (No 2)* storkammer (06.10.2005) avsnitt 79–82.

vant restriction on prisoners. That restriction was considered to be «a blunt instrument» which indiscriminately stripped a significant category of prisoners of their Convention rights and it imposed a blanket and automatic restriction on all convicted prisoners irrespective of the length of their sentence, the nature or gravity of their offence or of their individual circumstances. The Court continued (Hirst, § 82):

«Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.»⁷⁰

Min konklusjon er derfor at bruk av isolasjon i politiarrest vil være i strid med EMK artikkel 8 dersom det er tale om personer som har vært fremstilt for fengsling uten at retten har avsagt kjennelse om fullstendig isolasjon etter strpl §186a. Fortsatt isolasjon av slike personer er ikke «necessary in a democratic society».

Jeg vil likevel ta et forbehold for den korte tid som ofte vil være nødvendig for å rent praktisk gjennomføre en overflytting fra politiarrest til ordinært fengsel. Men i så fall må det vel være tale om timer, og ikke døgn.⁷¹

70. *Dickson vs UK* storkammer (04.12.2007) avsnitt 83.

71. Jeg kjenner ikke til EMD-praksis som her knytter seg konkret til artikkel 8. I relasjon til artikkel 5 har EMD akseptert at «some delay in carrying out a decision to release a detainee is often inevitable, although it must be kept to a minimum», jf *Giulia Manzoni vs Italy* (01.07.1997) avsnitt 25. I denne saken var det tale om 7 timer. I *Labita vs Italy* (06.04.2000) konstaterte imidlertid EMD krenkelse av artikkel 5 i et tilfelle der løslatelsen ble forsinket med 12 timer (avsnitt 171–174). Rent praktiske hensyn må derfor ha sin klare grense som grunnlag for forsinket opphør av restriksjoner. Sommeren 2011 kom det imidlertid frem at Ila fengsel praktiserer en «køordning» der man kan sitte i dagevis og vente på å slippe ut av isolasjon, selv om retten har besluttet at isolasjonen skal oppheves (Aftenposten 10.08.11). I saken omtalt i Oslo tingretts kjennelse av 11. 11.10 ble siktede holdt isolert på denne måten i fem døgn uten at fengselet kunne opplyse når siktede ville bli «tatt av isolasjon». Retten fant isolasjonen «ugyldig og uhjemlet». I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 27. juli 2011 hadde siktede sittet 12 døgn i isolasjon etter mottak ved Ila fengsel, uten rettens kjennelse om isolasjon. Det var ingen planer om å overføre siktede til en varetektsplass uten isolasjon. Lagmannsretten løslot siktede idet fortsatt varetektsfengsling under de facto isolasjon ble ansett som et uforholdsmessig inngrep, jf strpl § 170a. Etter min mening er disse tilfellene klart i strid både med lovskravet og proporsjonalitetskravet i EMK artikkel 8.

Er det nødvendig i et demokratisk samfunn å isolere alle siktede som ikke har vært fremstilt for fengsling?

Forut for fengslingsmøtet, og dermed forut for rettens vurdering etter strpl § 186a, er situasjonen en annen. Her vil bevisforspillelsesfare kunne tenkes anført som et relevant argument for isolasjon av innsatte i politiarrest.

Dersom bruken av isolasjon i politiarresten i denne fasen hadde bygget på en individuell vurdering av bevisforspillelsesfaren i den konkrete saken, ville bruken av isolasjon ha vært mindre problematisk. Men noen slik vurdering skjer ikke. Spørsmålet er derfor om bevisforspillelsesfaren gjør det nødvendig i et demokratisk samfunn å isolere *alle* innsatte i politiarrest *uten at det foretas noen individuell vurdering av behovet*?

Den danske Kriminalforsorgen hevdet tidligere at «det ligger i selve anholdelsesbegrebet, at den anholdte skal være isoleret». Det danske Justisministeriets lovavdeling har imidlertid gått i rette med dette – lovavdelingen påpekte at retsplejeloven bestemmer at den anholdte ikke skal undergis andre innskrenkninger enn anholdelsens formål tilsier.⁷² Ettersom anholdelse kan begrunnes i ulike hensyn (bl.a. unndragelsesfare), presiserte lovavdelingen at isolasjon ikke alltid vil være nødvendig for å oppfylle anholdelsens formål. Konklusjonen var derfor at det «må afgøres konkret, om isolation er nødvendig for at varetage anholdelsens øjemed».⁷³

Det er ikke vanskelig å være enig i dette. Også i norsk rett gjelder prinsippet om at den pågrepne ikke skal undergis andre innskrenkninger enn det pågrepens formål tilsier gjelder, jf straffegjennomføringsloven § 46 første ledd første punktum. Prinsippet ble opprinnelig nedfelt i straffeprosessloven (jf strpl av 1887 § 242 annet ledd). Den lovtekniske overføringen til straffegjennomføringsloven kan knapt bety at prinsippet ikke gjelder i forhold til politiarresten. Uansett oppstiller strpl § 170a et helt generelt krav om nødvendighet og forholdsmessighet ved bruk av alle tvangsmidler.

Det eneste forsvaret for et system der alle pågrepne isoleres, er derfor at bevis-situasjonen i sakens første fase gjerne er uoversiktlig. Selv om siktede er pågrepet med grunnlag i unndragelsesfare, kan det fortsatt være behov for noe tid til å avklare om det også foreligger bevisforspillelsesfare. Hensynet til å unngå bevis-

72. Retsplejeloven § 758 første ledd siste punktum.

73. Justisministeriet, Lovavdelingen, «Notat om isolation ved anholdelse», 29. juni 2004.

forspillelse kan derfor gjøre det nødvendig å isolere enkelte pågrepne inntil situasjonen er tilstrekkelig avklart.

Men når *alle* innsatte i politiarrest isoleres skjer det altså uten noen form for konkret vurdering av behovet. Det er etter min mening klart at hensynet til etterforskningen ikke kan påberopes som begrunnelse for en så vidtgående praksis. Bevisforspillelsesfaren vil knapt kunne være relevant i *enhver* sak der siktede er pågrepet på grunnlag av unndragelsesfare, gjentakelsesfare eller som rettshåndhevelsesarrest. Det er altså ikke vanskelig å tenke seg tilfeller der det ikke foreligger noe individuelt behov for å isolere en pågrepet person som innsettes i politiarrest.

Det sterkeste ankepunktet mot dagens system er derfor at politiet helt unnlater å foreta en vurdering av behovet for isolasjon i det individuelle tilfellet. Det er ingen overdrivelse å si at EMD generelt vil være svært skeptisk til denne type absolutte og unntaksløse regler, slik det blant annet fremgår av Hirst-saken. Her ble bortfallet av stemmerett for alle straffedømte «considered to be 'a blunt instrument' which indiscriminately stripped a significant category of prisoners of their Convention rights and it imposed a blanket and automatic restriction ...». ⁷⁴ Også i Dickson-saken var fraværet av individuell vurdering sentralt: «... the Policy did not permit the required proportionality assessment in an individual case». ⁷⁵ Som vi har sett ovenfor under punkt 4 er det her også nær sammenheng med kravet til «rule of law» under lovskravet. EMD har i en rekke saker konstatert krenkelse av innsattes rettigheter etter artikkel 8 der politiet har fått en helt generell adgang til å gjennomføre restriksjoner overfor den innsatte, uten at det er oppstilt presise kriterier for skjønnsutøvelsen. ⁷⁶

Når hensynet til etterforskningen altså ikke strekker til for å forsvare dagens system, står man atter tilbake med ressurs hensyn og tradisjon. Man har rett og slett unnlatt å bygge politiarrestene på en slik måte at det er mulig å tilpasse isolasjonsbruken til det faktiske behovet.

Her kunne man anføre at det bare er tale om isolasjon i kort tid, frem til fengslingsmøtet. Man kunne da hevde at en helt generell regel om isolasjon burde kunne

74. *Hirst vs UK* storkammer (06.10.2005) avsnitt 82. Gjengitt i *Dickson vs UK* storkammer (2008) avsnitt 83.

75. *Dickson vs UK* storkammer (04.12.2008) avsnitt 84.

76. Se bl.a. *Petrov vs Bulgaria* (22.05.2008) avsnitt 44 og *Moiseyev vs Russia* (09.10.2009) avsnitt 255 og 258. Lignende synspunkter i *Niedbala vs Poland* (04.07.2000) avsnitt 80–82 og *Vlasov vs Russia* (12.06.2008) avsnitt 126, men da i relasjon til lovskravet.

forsvares som «nødvendig i et demokratisk samfunn», gitt at alternativet er å endre utformingen og driften av politiarrestene.

Et slikt synspunkt vil stå sterkere jo kortere fremstillingsfristen er. Tidligere var fristen bare én dag. Etter dagens regler er imidlertid fristen tre dager, jf strpl § 183.⁷⁷ Likevel er det korte tidsperspektivet klart nok et viktig moment. Men hensett til at belastningen ved isolasjon oppleves som særlig stor den første tiden etter pågripelsen, er det likevel ikke åpenbart at ressurs hensyn vil kunne forsvare en praksis der alle innsatte i politiarrest blir isolert – uten hensyn til om det foreligger noe individuelt behov for isolasjonen. Særlig gjelder dette ettersom Stortinget aldri har foretatt noen grundig vurdering av de motstridende interesser, slik at dagens situasjon har mer preg av en «unquestioning and passive adherence to a historic tradition». Etter min oppfatning foreligger det derfor en betydelig fare for at EMD ville kunne komme til å underkjenne dagens norske praksis. Jeg har da lagt stor vekt på at det så å si er rotfestet i EMDs generelle metode at ethvert inngrep alltid må kunne forsvares i det individuelle tilfellet.

Sammenfatning

Mine konklusjoner kan etter dette sammenfattes slik: Bruken av isolasjon i politiarrest utgjør et inngrep i artikkel 8. Inngrepet forfølger i og for seg et legitimt formål, nemlig bekjempelse av kriminalitet sett i sammenheng med ressurs hensyn. Problemet er lovskravet og vilkåret om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

For dem som blir sittende i politiarrest *til tross for at de har vært fremstilt for fengsling*, vil fortsatt isolasjon i politiarresten både være i strid med lovskravet og med kravet om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Slik isolasjon er altså i strid med EMK artikkel 8. For fremtiden kan man teoretisk sett oppfylle lovskravet ved at det innføres en ny hjemmel for å bruke isolasjon også der siktede har vært fremstilt for fengsling. En slik regel vil imidlertid bare kunne begrunnes i ressurs hensyn, og vil motvirke formålet med innføringen av isolasjonsbestemmelsen i straffeprosessloven § 186a. Innføring av en slik hjemmel ville derfor være høyst kontroversielt. Jeg har uansett vanskelig for å se at EMD ville

77. Det er nå foreslått at fristen skal være to dager, jf Justisdepartementets høringsnotat av 10. desember 2010. Pågrepne under 18 år skal imidlertid fremstilles snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen, jf lovvedtak av 15. desember 2011.

akseptere at det er «nødvendig i et demokratisk samfunn» å innføre en slik regel i Norge, ettersom regelen bare kan begrunnes med rene ressurs hensyn.

For bruken av isolasjon i politiarrest i tiden frem til fengslingsmøtet er konklusjonen ikke like klar. Likevel er dagens system trolig i strid med EMK artikkel 8 også når det gjelder denne perioden. Det er betydelig fare for at EMD ville komme til at det ikke er «nødvendig i et demokratisk samfunn» å isolere *alle* innsatte i politiarrest. Den automatiske bruken av isolasjon er trolig også i strid med lovskravet. Kravet om lovhjemmel kan for fremtiden avhjelpes ved at tilstrekkelig rettsgrunnlag etableres. Et slikt rettsgrunnlag må imidlertid også oppfylle visse kvalitetskrav. Bruken av isolasjon må vurderes i det individuelle tilfellet, og det må gis nærmere kriterier for politiets skjønnsutøvelse. Dette betyr også at det må være mulig å begrense bruken av isolasjon til tilfeller der det er nødvendig for å unngå fare for bevisforspillelse. Hvis bruken av isolasjon begrenses på denne måten, vil man også oppnå at bruken av isolasjon begrenses til tilfeller der hensynet til kriminalitetsbekjempelse gjør isolasjon «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Litteraturliste

Andersen (2004): Henrik Steen Andersen, «Mental health in Prison Populations. A review – with special emphasis on a study of Danish prisoners on remand», *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Supplementum, No. 424, Vol 110, 2004.

Backer (2009): Inge Lorange Backer, «Den europeiske menneskerettsdomstol. Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet», *Nytt Norsk Tidsskrift* 2009 s. 279–286.

Europarådet Rec(2006)2: Europarådets rekommandasjon Rec(2006)2 til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene.

Europarådets Recommendation Rec(2006)13: Europarådets Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse.

Harris (2009): David Harris, Michael O'Boyle & Colin Warbrick (red), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. utg. 2009.

Horn (2011): Thomas Horn, «Hvilken rettspolitisk betydning bør kritikk fra CPT ha for norske regler om isolasjon ved varetektsfengsling?», i *Festskrift for JussBuss 2011, Med loven mot makta*, redigert av JussBuss og Olav Halvorsen Rønning, s. 326–340.

Jacobs (2010): Francis G. Jacobs, Robin C.A. White & Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5. utgave (2010).

Kaplon (2010): Hanna Kaplon, *Politiarrestforskriften § 3-1 og opphold i politi-arresten ut over 48 timer*, masteravhandling ved UiO 2010, publisert på DUO (<http://www.duo.uio.no/sok/search.html?q=kaplon>)

Kjølbrot (2007): JonFridrikKjølbrot, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 2. utg.

Kriminalvården (2011): Kriminalvården, Utvecklingsenheten, *Psykisk hälsa blant häktade med restriktioner*, Prosjektnummer 2007:1. Rapporten fantes pr 08.02.12 fritt tilgjengelig på: http://www.kriminalvarden.se/upload/nyheter/Slutrapport_Psykisk_halsa.pdf

Smith (2006): Peter Scharff Smith, «The effects of Solitary Confinement on Prison Inmates», i Michael Tonry (red), *Crime and Justice*, vol 34, 2006.

Shalev (2008): Sharon Shalev, *A Sourcebook on Solitary Confinement*, Mannheim Centre for Criminology, London School of Economics, 2008. Boken var pr 08.02.12 fritt tilgjengelig på www.solitaryconfinement.org/sourcebook.

Skoghøy (2011): Jens Edvin A. Skoghøy, «Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», *Lov og Rett 2011* s. 511–530.

Sulland (2010): Frode Sulland og Cecilie Schjatvet, «Kortere fremstillingsfrist er bra, men hva med EMK artikkel 3?», *Tidsskrift for strafferett 2010* s. 137–140.

Søvig (2008): Karl Harald Søvig, «Retten til å bli foreldre. Går EMD for langt i sin dynamiske tolkingsstil?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008* s. 67–77.

THOMAS HORN

Van Dijk (2006): Peter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak (red), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utg. 2006.

Thomas Horn er cand.jur. fra Universitetet i Bergen 2000. Dommerfullmektig Ringerike tingrett 2003–2005. Advokat i advokatfirma Schjødts prosedyreavdeling fra 2001. Partner fra 2009. Møterett for Høyesterett 2010. Stipendiat ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo fra 2010. Arbeider med en PhD-avhandling om varetektsfengsling og isolasjon. E-post: thomas.horn@jus.uio.no
