



Kriminalomsorgsdirektoratet
Postboks 694
4305 Sandnes

Dato:

14.10.2016

Vår referanse:

2016/136

Deres referanse:

201410430-109

Høringsuttalelse til Kriminalomsorgen om utkast til nye retningslinjer for utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37

1. Innledning

Det vises til Kriminalomsorgens høringsbrev av 9. august 2016, med høringsfrist 15. oktober 2016.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («NIM») har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. NIM-loven § 1, 2 ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. NIM-loven § 3, 1 ledd, bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 216 L (2014-2015) s. 3.

NIM ser det som sin rolle å bidra med en vurdering av om forslaget er i samsvar med våre internasjonale og konstitusjonelle menneskerettighetsforpliktelser. Det er ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslagene.

NIM har i sin temarapport «*Bruk av isolasjon i fengsel. Norsk lov og praksis i et menneskerettslig perspektiv*» fra juni 2012 adressert en rekke menneskerettslige problemstillinger i straffegjennomføringsloven («strgj.l.») § 37.¹ Det ser ut til at flere av våre anbefalinger er fulgt opp i utkastet til retningslinjer, og NIM er positive til at Kriminalomsorgen utdyper bestemmelsen på denne måten.

Når det er sagt, er NIM av den oppfatning at selv om mer utdypende retningslinjer vil kunne bidra til å styrke innsattes rettsikkerhet, er det likevel en uheldig lovgivningsteknikk at man ved et så inngripende tiltak som isolasjon, ikke benytter seg av forskrifts form. En av anbefalingene i NIMs temarapport var å utarbeide en ny felles forskrift for bruk av isolasjon, med detaljerte regler om utelukkelsesgrunner og terskel for anvendelse, krav til bevis- og risikovurdering, fengsel- og helsefaglig tilsyn, rapporteringsrutiner, fangenes partsrettigheter og krav på tiltak for å avhjelpe skadevirkninger av isolasjonen.²

¹ Heretter temarapport NIM

² Heretter temarapport NIM, s. 63

NIM mener fortsatt at en slik forskrift bør gis.

Dersom myndighetene velger å bruke retningslinjer for å klargjøre lovens innhold, og ikke forskrift, bør retningslinjene tydeliggjøres. NIM vil i det følgende gi noen eksempler der retningslinjene bør presiseres og utdypes, samt noen forslag til hvordan presisjonsnivået kan økes: (i) vedrørende uforholdsmessighet, (ii) vedrørende lovskravet og (iii) vedrørende mindreårige.

Som et fjerde punkt ønsker NIM å minne om at selv om de nye retningslinjene er et skritt i riktig retning, gjenstår det fortsatt menneskerettslige problemområder på feltet (iv). Gjennomgangen under er ikke uttømmende.

2. Vedrørende forholdsmessighet

NIM mener at retningslinjene bør være tydelige på at fengselsbesluttet utelukkelse etter strgj. § 37 er et *unntak* fra hovedregelen i strgj. § 17 om at de innsatte skal ha fellesskap med andre. Kriminalomsorgen bør videre tydeliggjøre at *forholdsmessighetsvurderingen* er det helt sentrale for beslutningstaker. Dette betyr at det muligens bør være et eget første kapittel om disse temaene, slik at retningslinjene gjøres tilgjengelige for praktisk bruk.

Når en fange utelukkes fra fellesskapet vil dette utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.³ Inngrepet må blant annet være «*nødvendig i et demokratisk samfunn*» for å være rettmessig, jf. EMK art. 8 annet ledd. Det bør gis en grundig redegjørelse for hva som ligger i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK. Det må foreligge et tvingende sosialt behov for å utelukke den innsatte, og tiltaket som bestemmes må være proporsjonalt med behovet.

Helt konkret kan både nødvendighetskravet som er kommentert på s. 4-5 og krav om vurdering av alternative løsninger kommentert på s. 7, løftes tydeligere frem. Utkastet presiserer videre kravet til sannsynlighet og risiko flere steder. Sannsynlighet og risiko bør løftes tydeligere frem som en del av det overordnede vurderingstemaet.

Det kan også vurderes om det innledningsvis bør sies noe om hva som er formålet med nye retningslinjer. Slik NIM ser det, er formålet at bruken av fengselsbesluttet utelukkelse skal reduseres, og at rettsikkerheten for den enkelte innsatte skal styrkes.⁴ En slik presisering vil antageligvis heve terskelen for å utelukke innsatte.

3. Vedrørende lovkravet

Et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 må blant annet være «*i samsvar med loven*» for at det skal være rettmessig, jf. EMK art. 8 annet ledd. EMK oppstiller minstekrav for utformingen av lover som gir hjemmel til så inngripende tiltak som utelukkelse fra fellesskapet. Hjemmelsgrunnlaget må oppfylle kvalitative krav, det vil si at rettsgrunnlag som skal kunne isolere fanger må være tilstrekkelig tilgjengelig («*accessibility*») og forutsigbart («*foreseeability*») for den innsatte.⁵

³ Innskrenkninger som går utover de begrensninger som normalt følger av soning (som retten til frihet), anses som et inngrep som må oppfylle vilkårene etter art. 8, annet ledd, jf. blant annet *Mc Feeley and others v UK* (8317/78) og etterfølgende praksis.

⁴ Både omfanget av isolasjon, og hjemmelen for å isolere har vært gjenstand for bekymring fra FNs torturkomité, jf. *CAT/C/NOR/CO/6-7*, *CAT/C/NOR/CO/6-7/Add1* og torturkomitéens list of issues i forbindelse med Norges 8. rapportering i høst.

⁵ *Sunday Times v. UK* (6538/74), *Silver and others v. UK* (5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75)

I *Munjaz v. UK*⁶, som handlet om en fange som ble overført til et sykehus med høy sikkerhet fordi han ble psykotisk og voldelig, ble kravet til lovhjemmel for å utelukke ham fra fellesskapet uttrykt på denne måten:

«According to that case-law, the wording “in accordance with the law” requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 95, 4 December 2008). It is also well-established in its case-law that the Court recognises the impossibility of attaining absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for certainty may entail excessive rigidity (Silver and Others v. the United Kingdom, 25 March 1983, §§ 88, Series A no. 61; Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, § 49, Series A no. 30). Instead, the level of precision required of the domestic legislation depends to a considerable degree on the content of the instrument considered, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI, with further references; and Chorherr v. Austria, 25 August 1993, § 25, Series A no. 266-B). With respect to the need for foreseeability, what is required is that, where discretionary powers are conferred on authorities, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among many authorities, Liberty and Others v. the United Kingdom, no. 58243/00, §§ 66-69, 1 July 2008; Vlasov v. Russia, no. 78146/01, § 125, 12 June 2008; C.G. and Others v. Bulgaria, no. 1365/07, § 39, 24 April 2008; and Herczegfalvy, cited above, § 89).»

Hjemmelsgrunnlaget må i tilstrekkelig grad angi dets rekkevidde («*scope*») og vilkår eller retningslinjer for skjønnsutøvelsen («*manner of its exercise*»).⁷ Dette vil si at hjemmelsgrunnlaget må være formulert slik at det gir forutsigbarhet til den enkelte innsatte både med hensyn til under hvilke omstendigheter isolasjon kan benyttes, ut fra hvilket formål og for hvor lang varighet.

Det ovennevnte danner utgangspunktet for retningslinjene. De må være så tydelige og presise at beslutningstaker ikke fatter vilkårlige og uforutsigbare vedtak. NIM vil i det følgende gi eksempler der retningslinjene bør presiseres og utdypes, samt forslag til hvordan presisjonsnivået kan økes.

Den første presiseringen som bør gjøres gjelder utelukkelsesformålet «fortsetter å påvirke miljøet i fengselet på en særlig negativ måte», jf. strgjl. § 37, 1 ledd, bokstav a.

En klargjøring av begrepet «fortsetter» vil etter NIMs syn tydeliggjøre at det er gjentatt atferd etter advarsel som er relevant med hensyn til å utelukke etter bokstav a, jf. Prop.92 L (2012-2013) med følgende sitat:

⁶ *Munjaz v. UK*. (2913/06)

⁷ jf. EMDs praksis, se også «Kvalitative hjemmelskrav» av Nicolai Skjerdal (1998) kap. 9

«Uttrykket «fortsetter» tilseier at innsette er åtvare om at åtferda ikkje kan akseptrast, men likevel held fram med uakseptabel åtferd som i særleg grad verkar negativt inn på miljøet i fengselet.

Det er sentralt at innsette som ved åtferda si har særleg negativ innverknad på miljøet, vert underretta om at åtferda vert oppfatta som uakseptabel. Vedkommande bør, om det er forsvarleg, få ein sjanse til å endre åtferda, før fengselet fattar vedtak om utelating frå fellesskapet eller overføring til anna fengsel.

I åtvaringa skal fengselet opplyse innsette om korleis fengselet oppfattar åtferda, og kva fengselet meiner er uakseptabelt. Innsette skal gjerast kjent med at åtferda kan føre til utelating frå fellesskapet.

[...]

Åtvaringa bør fortrinnsvis skje skriftleg, men kan etter omstenda skje munnleg. Munnleg åtvaring kan til dømes vere formålstenleg dersom den innsette i samtale får melding om at vedkommande utviser ei åtferd som inneber særleg negativ innverknad på miljøet, og med ein gong responderer på dette i form av ei uakseptabel åtferd, trass i underrettinga om korleis fengselet vurderer åtferda og dei konsekvensane ho kan få.

Av omsyn til innsette sin rettstryggleik, til dømes ved ei eventuell klage over vedtak om utelating, er det vesentleg at fengselet si åtvaring vert dokumentert. Ved bruk av munnleg åtvaring måSide 27 fengselet dokumentere, i skriftleg form, at samtale har funne stad og kva som vart sagt frå både fengselet og den innsette si side»⁸

At adferden må være gjentatt, utgjør med andre ord et materielt vilkår for utelukkelse etter dette alternativet. Dette bør presiseres i retningslinjene.

Som det det fremgår, gir forarbeidene også føringer for saksbehandlingen, ved at en advarsel fortrinnsvis skal skje skriftlig. Dersom den gis muntlig skal advarselen dokumenteres skriftlig av fengselet i etterkant, herunder skal både det som ble sagt fra fengselets side og fra den innsattes side dokumenteres. At en muntlig advarsel skal dokumenteres i etterkant begrunnes i den innsattes muligheter til å klage på vedtaket. Kravet til dokumentasjon bør derfor vurderes presisert i retningslinjene.

For øvrig anser NIM det som positivt at det stilles krav om at utelukkelsesgrunnlaget må være av «kvalifisert negativ art» i retningslinjene. Begrepet angir en terskel for hvilken atferd som kan være grunnlag for utelukkelse.

Den andre presiseringen som NIM mener er nødvendig gjelder utelukkelsesformålet «opprettholde ro, orden og sikkerhet», jf. strgjil. § 37, 1 ledd, bokstav e.

Begrepet «ro og orden» åpner for at svært mange ulikeartede forhold kan falle inn under ordlydens betydning. Samtidig kan ordlyden forstås som at terskelen for isolasjon er lavere enn for de øvrige alternativene. NIM har tidligere påpekt at vi anser dette grunnlaget for isolasjon som tvilsomt i lys av

⁸Prop.92 L (2012-2013) Endringer i straffegjennomføringsloven mv. kap 8.4

de menneskerettslige standarder på området.⁹ NIM anmoder om at KDI vurderer å presisere ordlyden i strgjfl. § 37 ytterligere på dette punktet for å bedre ivareta de krav til klarhet og forutsigbarhet som EMD har understreket betydningen av i relasjon til lovskravet etter artikkel 8.

Et spørsmål som reiser seg er hvorvidt brudd på aktivitetsplikten fortsatt omfattes av bokstav e, jfr. tidligere retningslinjer. Dersom så er tilfellet, fremstår det som uklart hva som skal til for at vilkårene for utelukkelse på et slikt grunnlag skal anses oppfylt. Et annet spørsmål er om brudd på interne ordensregler kan danne grunnlag for utelukkelse etter alternativet.

Den tredje presiseringen som bør gjøres gjelder utelukkelse på grunn av «bygningmessige eller bemanningmessige forhold», jf. strgjfl. § 37, 7. og 9 ledd.

Det kommenteres i retningslinjene at grunnlaget bare skal brukes unntaksvis, og at det er de akutte forhold som kan begrunne et vedtak. NIM ser positivt på denne klargjøringen.

Dette kan om mulig tydeliggjøres enda mer, slik at beslutningstaker er fullstendig klar over de problematiske sidene ved å bruke dette grunnlaget som utelukkelsesformål. Det fremgår klart av Ot.prp.nr.5 (2000-2001) at dette alternativet bør benyttes med stor varsomhet:

«Departementet anser det nødvendig å opprettholde bygningmessige og bemanningmessige forhold som grunnlag for å kunne beslutte hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet. Det er svært viktig at dette grunnlaget bare blir brukt unntaksvis, og fengslene skal strekke seg langt for å tilrettelegge for fellesskap mellom innsatte. Det kan imidlertid oppstå situasjoner der bemanningmessige eller bygningmessige forhold fører til at fellesskap ikke vil være sikkerhetsmessig forsvarlig. Et eksempel på det kan være ekstraordinært stort sykefravær blant de tilsatte.»¹⁰ (understreket her)

Det forutsettes med andre ord i forarbeidene at utelukkelse på dette grunnlag bare bør skje i snevre unntakstilfeller. Ordinært sykefravær er for eksempel ikke tilstrekkelig, det kreves ekstraordinære situasjoner. NIM har imidlertid fått oversendt statistikk som viser at bygningmessige forhold fremdeles benyttes som grunnlag for en stor andel av vedtakene om utelukkelse.¹¹ Vi stiller derfor spørsmål ved hvorvidt terskelen for utelukkelse på dette grunnlag i praksis legges høyt nok, og mener at det bør tydeliggjøres ytterligere i retningslinjene at fengslene har en plikt til å «*strekke seg langt for å tilrettelegge for fellesskap*», jf. ovenfor.

Når gjelder individuell utelukkelse spesielt, jf. 9.ledd, er det ut i fra lovens systematikk uklart hvilke tidsmessige skranker som gjelder. Det bør fremgå klart hvor lenge den innsatte kan påregne å sitte isolert. Dette gjelder særlig ved utelukkelse på grunn av bygningmessige og bemanningmessige forhold, hvor utelukkelsen bygger på forhold som den innsatte ikke hefter for.

NIM vil under dette punktet også vise til at det under enhver omstendighet kan reises prinsipielle innvendinger mot isolasjon besluttet på dette grunnlag. I følge De europeiske fengselsreglens grunnprinsipp pkt. 4, kan ikke ressursmangel rettfærdiggjøre soningsforhold som krenker de innsattes menneskerettigheter: «*Prison conditions that infringe prisoners' human rights are not justified by*

⁹ Tamarapport s. 31

¹⁰ Ot.prp. nr.5 (2000-2001) kap. 7.6.3.5

¹¹ «Statistikk over bruk av isolasjon/utestengelse fra fellesskapet og en vurdering av situasjonen (tertialvis)1», oversendt fra Justisdepartementet pr. epost den 3. oktober 2016

lack of resources.» Videre er det også uttalt i reglene at sikkerhetstiltak ikke kan benyttes ovenfor kollektive grupper, se De europeiske fengselsreglene pkt. 53.6 med følgende ordlyd: «*Such measures shall be applied to individuals and not to groups of prisoners.*»¹² Også dette bør tydeliggjøres ovenfor beslutningstaker.

4. Vedrørende mindreårige

Mindreårige er ikke nevnt i retningslinjene, og NIM anbefaler at retningslinjene også utdyper reglene for denne sårbare gruppen.

5. Det videre arbeidet

NIM har, som nevnt innledningsvis, anbefalt norske myndigheter å foreta en bredere gjennomgang av lovverk og praksis.

Anbefalingen var å gjøre en kritisk vurdering av hjemmelsgrunnlagene for isolasjon, herunder innføring av strengere kriterier for skjønnsutøvelsen og mer presise vilkår for anvendelse. Videre anbefalte NIM blant annet innføring av styrkede fangerettigheter i saksbehandlingen, en grundig gjennomgang av praksis der innrapporterte tilfeller av isolasjon granskes i lys av menneskerettslige krav og norsk lovgivning, samt en helhetlig gjennomgang av kontroll- og overprøvingsordningene opp mot menneskerettslige krav.¹³ Det vises også til NIMs årsmelding for 2015 (Dok. 18 (2015-2016)).

Norge ble i forrige rapporteringsrunde til FNs torturkomité blant annet bedt om å «*amend its legislative framework in order to limit the use of solitary confinement to exceptional circumstances*», og «*evaluate and assess the existing practice of the use of solitary confinement and review the existing mechanisms for control and legal remedies*», jf. CAT/C/NOR/CO/6-7 paragraf 11 og Norges tilleggs kommentarer i CAT/C/NOR/CO/6-7/Add.1.

NIM oppfatter at en revidering av retningslinjene er et skritt i riktig retning, men at det fortsatt gjenstår mange uløste menneskerettslige problemstillinger. NIM oppfordrer myndighetene til å arbeide videre med problemstillingen.

NIM bistår gjerne i dette arbeidet, og vi kan kontaktes om ønskelig.

Vennlig hilsen

for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad
Nestleder

Stine Langlete
Seniorrådgiver

¹² Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules

¹³ Tamarapport NIM s. 62-65