



Oppfyllelse av innsattes menneskerettigheter ved tiltak i fengsel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19

1. Innledning

Under den pågående krisen, har staten en plikt etter menneskerettighetene til å ivareta fengselsinnsattes – men også ansattes - liv og helse, herunder å forebygge spredning av Covid-19. Vi har stor forståelse for at utbruddet av COVID-19 er krevende å håndtere i kriminalomsorgen.

I og med at mange av de innsatte i norske fengsler er i risikogrupper vil et smitteutbrudd i norske fengsler kunne få store konsekvenser. Vi antar også at kriminalomsorgens virksomhet og kapasitet – på lik linje med andre virksomheter - påvirkes av ansatte i karantene, stengte skoler osv.

Innsatte er i utgangspunktet underlagt sterke frihetsbegrensninger. Ytterligere restriksjoner som isolasjon og karantene kan derfor få store konsekvenser. En særlig utfordring i fengslene er som kjent at innsatte i stor grad har psykiske lidelser og de kan derfor være særlig sårbare for skadevirkninger av slike tiltak. Videre vil isolasjon og karantene særlig kunne ramme mindreårige hardt.

Noen av tiltakene som iverksettes for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19, griper inn i beskyttede menneskerettigheter. Slike inngrep må ha hjemmel i lov, ivareta et lovlig formål og være nødvendige og forholdsmessige for å være lovlige. Regulering gjennom lov og forskrift, også gjennom koronaloven, vil som hovedregel i større grad kunne sikre en mer betryggende prosess og gode menneskerettslige vurderinger, sammenlignet med regulering gjennom instruks og retningslinjer.

I brevet her fremmer vi en anbefaling om at Regjeringen fremmer forslag om lov- eller forskriftsregulering av karantene og isolasjon i fengsel av hensyn til smittevern. Vi mener at det må foretas særskilte vurderinger knyttet til personer under 18 år. Videre fremmer vi en anbefaling om en mer konkretisert plikt for kriminalomsorgen til å legge til rette for

at den innsatte kan ha kontakt med andre enn bare familien gjennom bruk av fjernteknologi.

Vi understreker at våre anbefalinger bare er basert på undersøkelser av lov, forskrift og Kriminalomsorgsdirektoratets egne retningslinjer. Utover noe dialog med Kriminalomsorgsdirektoratet, enkelte praktikere og Sivilombudsmannen, har vi ingen systematisk oversikt over hvordan dette håndteres i praksis. For eksempel vil graden av kompenserende tiltak som iverksettes ha stor betydning for hvor inngripende disse tiltakene i praksis er. Vi er også klar over at retningslinjer ikke kan være uttømmende, og at de ofte må tilpasses de erfaringer som gjøres etterhvert. Det gjelder ikke minst i en krisesituasjon som nå.

2. Utelukkelse fra felleskapet for å forebygge smitte

2.1 Retningslinjer fra kriminalomsorgen om utelukkelse fra felleskapet for å forebygge smitte

Kriminalomsorgen har fastsatt retningslinjer i rundskriv om «Gjennomføring av karantene og isolasjon i forbindelse med coronavirus i kriminalomsorgen».¹ Kriminalomsorgen har også gitt retningslinjer om utelukkelse av innsatte i brev 2. april 2020.² Vi forstår disse slik at ved «karantene» skal den innsatte oppholde seg på egen celle og som hovedregel utelukkes helt fra fellesskap med andre innsatte.³ Ved «isolasjon» skal den innsatte oppholde seg på egen celle og utelukkes helt fra fellesskapet.⁴

Slik vi forstår de, bygger retningslinjene på at karantene og isolasjon som følge av koronakrisen er hjemlet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e om når det er «nødvendig» med hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet for å «opprettholde ro, orden og sikkerhet».⁵

I retningslinjene angir kriminalomsorgen en del tilfeller der delvis utelukkelse og noe fellesskap med innsatte i karantene kan vurderes.⁶ Tilfellene som nevnes kjennetegnes slik vi forstår de ved at smittevernhensyn ikke anses å være til hinder for en viss deltakelse i fellesskapet.

I Kriminalomsorgsdirektoratets brev av 2. april på s. 2 til 3 oppstilles følgende retningslinje om opphør av utelukkelse:

¹ Rundskriv KDI 6/2020

² «Nye presiseringer vedrørende utelukkelse av innsatte» ref. 202004037-173

³ rundskrivet punkt 3 på s. 2.

⁴ rundskrivet punkt 4 på s. 4.

⁵ rundskrivet punkt 3 på 2 og rundskrivet punkt 4 på s. 4

⁶ rundskrivet punkt 3 på 2.

«Enhetsleder kan helt unntaksvis, i samråd med regionkontoret, beslutte at utelukkelsen skal opphøre på et tidligere tidspunkt dersom helseavdelingen etter en konkret smittevernfaglig vurdering er av den oppfatning at karantene ikke lenger er nødvendig. For mindreårige innsatte skal det tilstrebes å innhente vurdering fra helseavdelingen så snart som mulig.»

Ved karantene og isolasjon skal det tilbys situasjonstilpassende aktiviteter til innsatte.⁷ Personer som er utelukket skal prioriteres med hensyn til kompenserende tiltak.⁸

For øvrig er kriminalomsorgens vurderinger av nødvendigheten eller forholdsmessigheten av isolasjon og karantene, ikke omtalt i retningslinjene. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderinger generelt ved utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak er omtalt i rundskriv fra Kriminalomsorgen.⁹

2.2 Hjemmelsspørsmålet

Innledning

Bruk av isolasjon er et inngrep overfor den enkelte som krever grunnlag i lov etter Grunnloven § 113. Bruk av isolasjon og karantene utover helt korte perioder kan utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Vi nøyer oss med å vise til Oslo tingrett sin gjennomgang av EMDs praksis i sak som gjaldt isolasjon i politiarrest, jf. TOSLO-2013-103468 punkt 7.2. Slike inngrep kan bare gjøres der tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt 2015 side 93 avsnitt 60. I tillegg til krav om hjemmel, oppstiller lovskravet etter Grunnloven og EMK kvalitative krav. Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater, jf. Rt. 2014 side 1105 avsnitt 30.

Vi går ikke nærmere inn på kravene til presisjon etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Som vi vil redegjøre for i det følgende, har utelukkelse fra felleskap bare på det grunnlag at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare¹⁰ etter vårt syn uansett neppe har hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Vi vil også redegjøre for hvilken betydning smittevernlovens bestemmelser etter vårt syn har for tolkningsspørsmålet.

Straffegjennomføringsloven

Utgangspunktet er at innsatte så langt det er praktisk mulig skal ha rett til felleskap med andre under arbeid, opplæring, program eller andre tiltak, og i fritiden, jf.

⁷ Jf. rundskrivet punkt 3 på s. 2 og punkt 4 på side 4.

⁸ «Nye presiseringer vedrørende utelukkelse av innsatte» ref. 202004037-173 på s. 2

⁹ KSF 2008-9001 punkt 37.6

¹⁰ Utelukkelse som er begrunnet i den innsattes atferd, f.eks. at denne ikke overholder pålegg satt av hensyn til smittevern, behandles ikke nærmere her.

straffegjennomføringsloven § 17 første ledd første punktum.¹¹ Det følger av § 17 første ledd annet punktum at Kriminalomsorgen på nærmere vilkår etter regler i straffegjennomføringsloven kan beslutte hel eller delvis utelukkelse fra felleskapet.

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd hjemler ulike grunnlag for hel eller delvis utelukkelse når det av ulike grunner er «nødvendig» som et forebyggende tiltak, herunder for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet, jf. bokstav e.

Utelukkelse av innsatte under 18 år kan bare besluttes [... dersom det er strengt nødvendig og mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige.», jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd. Delvis utelukkelse skal benyttes der dette er tilstrekkelig, jf. straffegjennomføringsloven § 37 tredje ledd. Utelukkelse skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse jf. straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd første punktum. Innsatte som er helt utelukket fra fellesskapet, skal flere ganger daglig tilses av tilsatte, jf. straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd annet punktum. Lege skal varsles om utelukkelsen uten ugrunnet opphold, jf. 37 sjuende ledd tredje punktum.

Spørsmålet er om alternativet «ro, orden og sikkerhet» gir hjemmel til å utelukke en innsatt fra fellesskapet bare basert på at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare.

Vi nevner at Borgarting lagmannsrett i en fengslingskjennelse¹² 3. april 2020 (20-050640SAK-BORG/04) kom til at karantene av nyinnsatte med virkning som faktisk isolasjon på to uker, i en overgangsperiode, hadde hjemmel i fengslingsbeslutningen supplert med nødrettsbetraktninger. Om straffegjennomføringsloven § 37 uttalte Borgarting lagmannsrett:

«For øvrig gir straffegjennomføringsloven § 37 en viss adgang til isolering av hensyn til ro og orden. Lagmannsretten antar at karanteneordning bidrar til å trygge de innsatte på de avdelingene der det praktiseres fellesskap for symptomfrie innsatte som har vært fengslet i mer enn 14 dager.»¹³

¹¹ I merknadene til § 17 i proposisjonen fremhever departementet at innsatte så langt som praktisk mulig skal ha fellesskap, med mindre for eksempel bygningsmessige forhold, nødvendiggjør utelukkelse., jf. I Ot. prp. nr. 5 (2000-2001) punkt 13.1 på side 156 hvor det fremgår at: «Første ledd regulerer adgang til fellesskap med andre innsatte. Så langt praktisk mulig skal innsatte ha fellesskap under arbeidstiden, opplæringstiden, under programdeltagelse eller deltakelse i andre tiltak, og i fritiden. Bygningsmessige begrensninger, som manglende fellesskapslokaler, vedlikeholdsarbeid eller nødvendig ombygging kan gjøre det nødvendig med unntak fra fellesskapet deler av døgnet. Begrensninger ellers må ha hjemmel i loven (utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak etter § 37, bruk av tvangsmidler i fengsel etter § 38, umiddelbar utelukkelse som følge av brudd etter § 39 og innskrenket fellesskap som reaksjon på brudd etter § 40 annet ledd bokstav d.....)»

¹² saksnr. 20-050640SAK-BORG/04

¹³ saksnr. 20-050640SAK-BORG/04 på s. 4

Lovens ordlyd «opprettholde ro, orden og sikkerhet» er vid. Ut fra forarbeidene synes imidlertid departementet å ha tatt sikte på situasjoner der utelukkelsen skyldes behovet for å hindre handlinger og uønsket atferd fra den innsatte.¹⁴ I Kriminalomsorgens retningslinjer omtales også uønsket atferd fra den innsatte som grunnlag for utelukkelse.¹⁵ I tillegg nevnes det i retningslinjene tilfeller der den innsattes fungering av helsemessige eller andre årsaker er av en slik karakter at den innsatte ikke kan ivareta seg selv og dette påvirker fellesskapet.¹⁶ Så langt vi forstår, synes også disse typetilfellene å knytte seg til den innsattes atferd.

Etter dette synes det etter vår vurdering nokså klart at straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e bare var ment å dekke tilfeller der innsattes atferd medfører et behov for utelukkelse.

Utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende tiltak overfor den innsatte. Sårbare innsatte, slik som barn og psykisk syke kan etter forholdene rammes særlig hardt. Karantene og isolasjon fremstår som nødvendige tiltak for å begrense smitte i fengsel. Beslutning om isolasjon og karantene krever helsefaglige vurderinger knyttet til smittevern, og knyttet til andre helsemessige konsekvenser av tiltaket, slik som virkninger for de innsattes psykiske helse.

Selv om det fremstår som nødvendig av hensyn til de innsatte å begrense smitten i fengsel gjennom isolasjon og karantene, er det imidlertid ikke avgjørende ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Det hensynet kan ivaretas gjennom reglene i smittevernloven. Smittevernhensyn kan vektlegges ved en del beslutninger etter straffegjennomføringsloven. Ved såpass inngripende tiltak som karantene og isolasjon bare på det grunnlag at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare, må det imidlertid etter vårt syn være avgjørende ved tolkningen at smittevernloven gir mer betryggende garantier for helsefaglige baserte beslutninger om slike tiltak. Vi redegjør for dette momentet i det følgende.

Forholdet til smittevernloven

Det følger av smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d at kommunestyret kan vedta isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller annen begrensning i bevegelsesfriheten når det er «nødvendig» for å forebygge en allmennfarlig smittsom

¹⁴ Departementet uttaler i særmerknadene i proposisjonen til straffegjennomføringsloven § 37 første ledd uttaler departementet (Ot.prp.nr.5 (2000–2001) punkt 13.1 på side 164) «Første ledd gir en oppregning av hvilke situasjoner som kan berettige at en innsatt helt eller delvis tas ut av fellesskapet med andre innsatte i forebyggende øyemed for å hindre uønskede handlinger fra innsattes side. Oppregningen er uttømmende. Handlingen må falle inn under ett av kriteriene i bokstavene a til e. Før det besluttes utelukkelse må det vurderes om det kan være tilstrekkelig med en reaksjon etter § 40. Det kan være tilfelle ved mindre alvorlige handlinger. Utelukkelsen må ellers være nødvendig for å forebygge fortsatt uønsket atferd.»

¹⁵ KSF 2008-9001 punkt 37.6 og punkt 37.7.5

¹⁶ KSF 2008-9001 punkt 37.7.5

sykdom eller for å motvirke at den blir overført. Bestemmelsen synes å gi adgang til å pålegge innsatte i fengsel karantene og isolasjon.

Helsedirektoratet kan treffe vedtak etter smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d for hele landet eller deler av landet ved «[...] et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom[...]» og når det er «[...] avgjørende å få satt tiltak i verk raskt for å motvirke overføring av sykdommen[...]», jf. smittevernloven § 4-1 annet ledd.

Etter smittevernloven § 1-1 har loven som formål å sikre at helsemyndighetene og andre myndigheter setter i verk nødvendige smitteverntiltak (annet ledd) og at rettsikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven skal ivaretas (tredje ledd). Smittevernloven § 1-5 første ledd lyder:

«Smitteverntiltak etter loven skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering. Ved iverksettelse av smitteverntiltak skal det legges vekt på frivillig medvirkning fra den eller de tiltaket gjelder.»

I særmerknadene til § 1-5 første ledd i proposisjonen uttaler departementet at nytten av tiltaket må veies opp mot den belastning tiltaket medfører.¹⁷ Videre uttaler departementet at bestemmelsens krav til en helhetsvurdering og vurdering av nødvendighet i de fleste praktiske tilfeller vil utgjøre en forholdsmessighetsvurdering.¹⁸

Det kan oppstå et motsetningsforhold mellom hensynet til smittevern og hensynet til å unngå negative helsemessige konsekvenser av karantene og isolasjon for innsatte. Det tilsier at det er et behov for at helsevernmyndighetene med sin særlige helsefaglige kompetanse foretar avveininger og fortløpende vurderinger av nødvendigheten av isolasjon og karantene i smittevernøyemed. Smittevernloven sikrer helsefaglige vurderinger og beslutninger ved isolasjon og karantene. De innsatte vil kunne gå glipp av det vernet smittevernloven gir dersom straffegjennomføringen § 37 første ledd bokstav e skulle hjemle adgang til karantene og isolasjon bare på det grunnlag at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare. Det er etter vårt syn et vesentlig moment ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e.

Alt i alt gir etter vårt syn straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e neppe hjemmel for å utelukke innsatte fra fellesskapet bare på grunnlag av at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare.

Kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett

Borgarting lagmannsrett kom i nevnte kjennelse til at karantenen utgjorde et inngrep i den innsattes privatliv etter EMK artikkel 8, men at inngrepet var i tråd med retten til

¹⁷ Prop. 91 L (2018-2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon) punkt 16 på side 45

¹⁸ Prop. 91 L (2018-2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon) punkt 16 på side 45

privatliv. Etter lagmannsrettens syn [... må hjemmelsgrunnlaget avklares av lovgiver for at bruk av karantene – som overfor den innsatte har samme virkning som isolasjon – kan opprettholdes ut over en overgangsperiode.»¹⁹ Lagmannsretten uttalte følgende om utformingen av en slik regulering:

«Det bør også legges opp til en mer individualisert vurdering av behovet for så vidt inngripende tiltak overfor symptomfrie innsatte som faktisk isolasjon så lenge som 14 dager. Det bør settes inn avhjelpende tiltak og vurderes om det, for det tross alt begrensede antallet nyinnsatte i varetekt, bør tilbys testing som alternativ til faktisk isolasjon av smitteverngrunner.»²⁰

Vi legger til at vi savner en nærmere vurdering av forholdet til det skjerpede vilkårene for utelukkelse av innsatte under 18 år etter straffegjennomføringsloven 37 annet ledd.

3. Meningsfull kontakt med nærstående og andre må også ivaretas der den innsatte ikke har familie som er tilgjengelig

Meningsfull medmenneskelig kontakt med omverdenen er en del av innsattes rett til privat- og familieliv etter menneskerettighetene. Slik kontakt er nødvendig for å ivareta de innsattes velferdsbehov og psykiske helse. Det gjelder også der innsatte ikke har familie eller nær kontakt med sin familie.

Kriminalomsorgen har bestemt at innsatte foreløpig ikke får motta besøk av familie, venner og andre personer som han eller hun ønsker besøk av, se <https://www.kriminalomsorgen.no/tiltak-som-gjelder-innsatte.525465.no.html>.

Samtidig er det satt inn avhjelpende tiltak som utvidet ringetid og videosamtaler. Regjeringen vedtok 27. mars 2020 i medhold av koronaloven midlertidig forskrift om straffegjennomføring for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 (FOR-2020-03-27-461). Forskriften inneholder regler om straffavbrudd, utvidet adgang til soning med elektronisk kontroll og begrensninger i innsattes adgang til besøk.

Etter forskriften kan kriminalomsorgen nekte besøk dersom sykefravær i kriminalomsorgen gjør det nødvendig, eller besøk ikke kan gjennomføres på en helsemessig forsvarlig måte, jf. § 1 første ledd første punktum. Kriminalomsorgen har imidlertid da en plikt til å legge til rette for at innsatte kan ha kontakt med familie ved bruk av fjernkommunikasjon, jf. forskriften § 1 første ledd annet punktum, f.eks. gjennom skype.

Det er bra at forskriften eksplisitt adresserer innsattes rett til å ha kontakt med familie og at det er fokus på å tilrettelegge for dette under den pågående krisen. En del av retten til privatliv, omfatter imidlertid også muligheten til å etablere og ivareta andre typer sosiale

¹⁹ saksnr. 20-050640SAK-BORG/04 s. 4

²⁰ saksnr. 20-050640SAK-BORG/04 s. 4

relasjoner.²¹ Inngrep i disse rettighetene må dermed oppfylle krav til legitimt formål og forholdsmessighet. Selve fengselsoppholdet innebærer likevel at det er en høyere terskel før det foreligger et inngrep. Fullt opphør av besøk begrunnet i smittevern vil imidlertid etter vårt syn fort kunne innebære et inngrep.

Som Norges Røde Kors påpekte i høringen forut for forskriften, har langt fra alle innsatte familier som er tilgjengelige eller som ønsker kontakt med den innsatte.²² Innsatte uten familie eller uten nær kontakt med sin familie har også et vesentlig behov for medmenneskelig kontakt. Retten etter forskriften § 1 første ledd annet punktum bør etter NIMs syn vurderes utvidet slik at det blir en plikt for kriminalomsorgen til å tilrettelegge for kontakt med andre, som venner og frivillige fra humanitære organisasjoner. Vi er ikke kjent med i hvilken grad dette faktisk gjøres i ulike institusjoner, men mener likevel at det er hensiktsmessig med forskriftsregulering for å sikre lik praktisering.

4. Avsluttende bemerkninger og anbefalinger

På bakgrunn av det ovennevnte har NIM følgende anbefalinger:

- **Regjeringen bør fremme lov- eller forskriftsforslag om bruk av karantene og isolasjon i fengsel der disse tiltakene er begrunnet i at innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare. Forholdet til mindreårige bør særskilt adresseres.**
- **Regjeringen bør fremme lov- og eller forskriftsforslag om plikt for kriminalomsorgen til å legge til rette for at innsatte kan ha kontakt med andre enn sin familie gjennom bruk av fjernkommunikasjon.**

De problemene vi behandler i dette brevet er kompliserte både faktisk og rettslig. NIM stiller seg disposisjon for en nærmere dialog om spørsmålene.

Vennlig hilsen

for Norges institusjon for menneskerettigheter

²¹ Se f.eks. de generelle uttalelsene om retten til privatliv i Gillan og Quinton mot Storbritannia, 12. januar 2010, avsnitt 61

²² Høringssvar fra Røde Kors, brev 26. mars 2020

Adele Matheson Mestad

Direktør

Thomas Malmer Berge

Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.