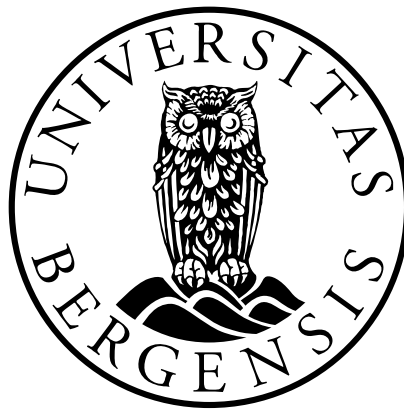


Isolasjon i fengsel som smitteverntiltak under koronapandemien

Karanteneordningen i norske fengsler i lys av EMK artikkel 8.

Kandidatnummer: 40

Antall ord: 13 609 inkludert fotnoter



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

INNHOLDSFORTEGNELSE

INNHOLDSFORTEGNELSE	1
1 INNLEDNING	3
1.1 Motivasjon.....	3
1.2 Aktualitet, tema og problemstilling.....	3
1.3 Metode og rettskilder	4
1.4 Avgrensninger	7
1.5 Oppgavens videre fremstilling	8
2 ISOLASJON OG KARANTENE	9
2.1 Definisjon på isolasjon	9
2.2 Skadevirkninger av isolasjon	10
2.3 Karanteneordningen	13
3 KARANTENEORDNINGEN I LYS AV EMK ARTIKKEL 8	16
3.1 EMK artikkel 8.....	16
3.2 Utgjorde karanteneordningen et inngrep i artikkel 8?.....	16
3.3 Var karanteneordningen «i samsvar med loven»?	18
3.3.1 Straffegjennomføringsloven § 37.....	19
3.4 Forfulgte karanteneordningen et legitimt formål?	26
3.5 Var karanteneordningen “nødvendig i et demokratisk samfunn”?	26
3.5.1 Ordlydstolkning av «nødvendig i et demokratisk samfunn»	27
3.5.2 Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen.....	27
3.5.3 Inngrepets styrke	28
3.5.4 Behovet for karantene	29
3.5.5 Vurdering av mindre inngripende/alternative tiltak	30
3.5.6 Kompenserende tiltak.....	33
3.5.7 Manglende medisinskfaglig begrunnelse for karantenen.....	34
3.5.8 Kapasitet og ressurser.....	36
3.5.9 Konsekvenser av koronautbrudd i fengsel	37
3.5.10 Risikovurderingen	38
3.5.11 Myndighetenes skjønnsmargin under en pandemi	40
3.5.12 Oppsummering	42
4 IVARETAKELSE AV MENNESKERETTIGHETENE VED EN NY PANDEMI.....	43

KILDELISTE	45
VEDLEGG	54

1 INNLEDNING

1.1 Motivasjon

I 2019 arbeidet jeg som saksbehandler i Juridisk rådgivning for kvinner (JURK). Jeg jobbet blant annet med fengselsrett, både som saksbehandler og gjennom rettspolitisk arbeid. Gjennom arbeidet traff jeg flere kvinnelige innsatte og fikk et innblikk i deres innelåste hverdag. Jeg fattet raskt interesse for straffegjennomføringsretten og dermed ønsket jeg å skrive masteroppgave innenfor dette rettsområdet.

Min motivasjon for arbeidet har vært å belyse det som preger samfunnet i skrivende stund. År 2020 kjennetegnes av at koronapandemien inntraff og snudde samfunnet på hodet. For mange førte pandemien til mer alenetid og ensomhet. Hva så med de innsatte som allerede er innelåst og isolert fra samfunnet for øvrig? «Vi utenfor murene kan oppleve karantene belastende selv med tilgang på all verdens bøker og TV-serier, samt telefon og sosiale medier. Dette er noe fangene bare kan drømme om», skriver Veronika Wiese, fagrådgiver i JURK.¹ Bak denne oppgaven ligger et ønske om å belyse hvordan koronapandemien har påvirket straffegjennomføringen.

1.2 Aktualitet, tema og problemstilling

Bruken av isolasjon i norske fengsler har blitt kritisert både av internasjonale og nasjonale overvåkingsorganer, herunder av Sivilombudsmannen.² I juni 2019 leverte Sivilombudsmannen særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler.³ Særskilt melding er det sterkeste virkemiddelet Sivilombudsmannen har overfor forvaltningen. Sivilombudsmannen konkluderte med at bruken av isolasjon var alvorlig og utbredt. Den europeiske torturforebyggingskomité, CPT, har også kritisert Norge for bruk av isolasjon etter besøk i flere norske fengsler.⁴ The UN Working Group on Arbitrary Detention har uttalt, etter sitt besøk i Norge, at «The Working

¹ Wiese (2020).

² Kriminalomsorgen.no om isolasjon.

³ Sivilombudsmannen (2019).

⁴ CPT/Inf (2019) 1 s. 37.

Group is generally concerned at the frequency of the use of isolation in detention, both in remand and after sentencing.»⁵ Disse undersøkelsene tyder på at Norge i en normal situasjon har et problem med utstrakt bruk av isolasjon i fengsler.

I tillegg kommer ytterligere isolasjon som følge av at covid-19 brøt ut tidlig i 2020. Som smitteverntiltak besluttet Kriminalomsorgsdirektoratet, KDI, at alle nyinnsatte umiddelbart ved innsettelse i fengsel skulle være i karantene i en periode på 14 dager.⁶ Sivilombudsmann Hanne Harlem var tidlig ute med å uttrykke bekymring for karanteneordningen. Hun uttalte at «[v]i er bekymret for at den praksisen som nå er innført er for inngripende, og vi vil se nærmere på dette i tiden som kommer».⁷ Det gjorde også Sivilombudsmannen. I juni 2020 leverte Sivilombudsmannen en undersøkelse om ivaretagelse av innsatte i fengsel under covid-19-pandemien.⁸ Undersøkelsen omhandlet blant annet karantene som smitteverntiltak.

Karantene som smitteverntiltak var også tema i en nylig kjennelse fra Borgarting lagmannsrett, LB-2020-50640. Kjennelsen gjaldt anke over varetektsfengsling.

Lagmannsretten vurderte karanteneordningen for personer som varetektsfengsles i lys av EMK artikkel 8 og kravet der til hjemmel i lov. Anken ble ikke tatt til følge. Lagmannsretten kom til at karantenen hadde hjemmel, var i tråd med et legitimt formål og at den var nødvendig.

På bakgrunn av dette er oppgavens tema isolasjon, eller karantene, som smitteverntiltak i fengsler under koronapandemien. Nærmere bestemt ser oppgaven på karanteneordningen i norske fengsler i lys av Den europeiske menneskerettskonvensjonen, EMK, artikkel 8.

1.3 Metode og rettskilder

Opgaven er i hovedsak en rettsdogmatisk oppgave, men ettersom teamet for oppgaven er relativt ferskt vil også rettspolitiske vurderinger trekkes inn. Det er tradisjonell juridisk metode som ligger til grunn for vurderingene. Ved blick på internasjonale kilder vil folkerettslig metode stå sentralt.

⁵ A/HRC/7/4/Add.2 avsnitt 73.

⁶ KDI brev 2. april 2020 s. 1.

⁷ Karlsen (2020).

⁸ Sivilombudsmannen (2020).

Rettskildene består av en blanding av såkalt «hard law» og «soft law». Thomas Horn omtaler dette som «harde» og «myke» rettskilder i sin bok om isolasjon ved bevisforspillelsesfare.⁹ Harde kilder er rettskilder som er rettslig bindende mens myke kilder ikke er det. Myke rettskilder er for eksempel retningslinjer og anbefalinger, mens konvensjonsforpliktelser er eksempel på harde kilder.¹⁰

Av de harde rettskildene er den norske straffegjennomføringsloven sentral i oppgaven. I tråd med alminnelig rettskildelære tar vurderingene utgangspunkt i ordlyden, supplert med forarbeider.

Det foreligger ikke praksis fra Høyesterett om karanteneordningen, men Borgarting lagmannsrett har drøftet karanteneordningen i lys av EMK artikkel 8 i LB-2020-50640. En avgjørelse fra lagmannsretten har begrenset rettskildemessig betydning, men er så langt det eneste uttrykket for domstolenes vurdering av dette spørsmålet. Verdien av kjennelsen strekker seg så langt lagmannsrettens argumentasjon er god.

EMK er inkorporert som norsk rett etter menneskerettsloven § 2 og vil stå sentralt i oppgaven. Bestemmelsene i EMK skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning jf. menneskerettsloven § 3. Artikkel 8 gjelder «right to respect for private and family life». Det følger av artikkelen nr. 1 at «everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Videre følger det av artikkel 8 nr. 2 at «there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

Den europeiske menneskerettsdomstolen, EMD, har uttalt at «the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention 1969».¹¹ Utgangspunktet for tolkningen av konvensjonen er altså internasjonale prinsipper om traktatolkning, kodifisert i Wienkonvensjonen om traktatolkning artikkel 31-33. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men prinsippene for tolkning som fremgår av konvensjonen anses som

⁹ Horn (2017) s. 167.

¹⁰ Samme sted.

¹¹ Bankovic and others v. Belgium and 16 other states (2001) avsnitt 55.

internasjonal sedvanerett. Etter konvensjonens artikkel 31-33 er det den naturlige forståelsen av ordlyden som ligger til grunn for tolkningen, supplert av kontekstuell tolkning. Engelsk og fransk er de offisielle konvensjonsspråkene,¹² men den norske oversettelsen av artikkel 8 er sammenfallende med den engelske og byr verken på misforståelser eller uklarheter. Derfor vil den norske oversettelsen av EMK artikkel 8 anvendes.

Det vil også ses hen til praksis fra EMD. En dom fra EMD er kun rettskraftig overfor statene som er part i saken.¹³ Domstolens avgjørelser har likevel også betydning for tolkningen av konvensjonens innhold generelt.¹⁴ Denne prejudikatsvirkningen gjør at det er naturlig å omtale praksis fra EMD som en hard rettskilde.¹⁵ Noen steder vil det brukes uttalelser fra EMD til generell ordlydsforståelse, uten at saken handler om innsatte eller isolasjon.

Foruten de harde rettskildene, vil også uttalelser og anbefalinger fra flere internasjonale organer benyttes hyppig i oppgaven. Det vil ses hen til uttalelser fra Den europeiske torturforebyggingskomité, CPT, som undersøker medlemsstatenes behandling av blant annet innsatte, og dermed kan si noe om Norges isolasjonspraksis. Et annet eksempel på uttalelser det vises til er FNs kommisjon for kriminalitetsforebygging og strafferettspleie som vedtok revisjon av FNs standard minimumsregler for behandlingen av innsatte, Mandelareglene.

Også norske myke rettskilder vil anvendes. Sivilombudsmannens forebyggingsenhet har besøkt flere norske fengsler og på bakgrunn av dette uttalt seg en rekke ganger.¹⁶ Deres arbeid viser norsk isolasjonspraksis, og har derfor relevans. Norges institusjon for menneskerettigheter, NIM, har også kommet med en relevant uttalelse.¹⁷

Kriminalomsorgsdirektoratet har utarbeidet et rundskriv om hvordan isolasjon og karantene under covid-19 skal praktiseres.¹⁸ Kriminalomsorgen har også interne retningslinjer om hvordan forebyggende isolasjon skal anvendes i praksis.¹⁹ Rundskriv og retningslinjer vil ha rettskildemessig betydning som forvaltningspraksis.

¹² EMK art. 59.

¹³ EMK art. 46.

¹⁴ Rt-2005-833 avsnitt 45.

¹⁵ Horn (2017) s. 167.

¹⁶ Se f.eks. Sivilombudsmannen (2020) og Sivilombudsmannen (2019).

¹⁷ NIM (2020).

¹⁸ KDI 6/2020.

¹⁹ Retningslinjer til strgjl. § 37.

Begrunnelsen for at «soft law» får en fremtredende rolle i oppgaven, er at innsatte i større grad er beskyttet av menneskerettslige anbefalinger enn av lover og rettsavgjørelser.²⁰ Rettskildebildet preges også av at oppgavens hovedfokus ikke ligger på en tolkning av rettskildene, men en drøftelse av faktiske forhold ved karanteneordningen i lys av rettskildene. Det er derfor nødvendig å vise til kilder som sier noe om den virkelige verden, altså karantene- og isolasjonspraksis. Selv om de myke rettskildene ikke er bindende, er de ofte uttrykk for enighet om hva som bør være minstestandardene. At slike kilder er relevante vises også ved at EMD legger vekt på uttalelser fra CPT.²¹

1.4 Avgrensninger

Isolasjon kan deles i tre kategorier: isolasjon i politiarrest, rettsbesluttet isolasjon og fengselsbesluttet isolasjon. Isolasjon i politiarrest vil si at den som pågripes blir satt på en glattcelle frem til eventuell overføring til fengsel eller løslatelse.²² Rettsbesluttet isolasjon er isolasjon i varetekt som bestemmes av tingretten. Dette begrunnes i bevisforspillelseshensyn og ilegges etter straffeprosessloven § 186 a. Fengselsbesluttet isolasjon reguleres av straffegjennomføringsloven og er, som navnet tilsier, isolasjon som besluttes i fengselet. Slik isolasjon begrunnes ut fra forebyggende hensyn, jf. for eksempel straffegjennomføringsloven § 37.

I denne oppgaven drøftes ikke isolasjon i politiarrest og i varetekt. Oppgaven handler om isolasjon som blir ilagt i selve fengselet. Fengselsbesluttet isolasjon kan ilegges både domfelte og varetektsinnsatte jf. straffegjennomføringsloven § 37 jf. § 1. Oppgaven gjelder derfor både domfelte og innsatte i varetekt.

Som nevnt i punkt 1.2 vedtok KDI et karanteneopphold for nyinnsatte på 14 dager. Oppgaven begrenses derfor til å omhandle et 14 dagers karanteneopphold og avgrenser mot ytterligere isolasjon.

Det avgrenses mot isolasjon av barn. Barn står i en særstilling ved at de er særlig sårbare. Det skal mindre til for at isolasjon av barn anses som uakseptabelt enn isolasjon av voksne.²³

²⁰ Rua (2019) s. 30.

²¹ Onoufriou v. Cyprus (2010) avsnitt 72-73.

²² Forskrift om bruk av politiarrest § 3-1.

²³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 66.

Oppgaven dreier seg derfor kun om myndige innsatte. Det vil som hovedregel ikke skilles mellom isolasjon av psykisk syke innsatte og de som ikke har en psykisk lidelse, da oppgaven skal ta for seg alle nyinnsatte. Forskjellene vil imidlertid kommenteres underveis der det er nødvendig, for eksempel for å vise at innsatte med nedsatt mental funksjonsevne kan være spesielt utsatte for isolasjonsskader.²⁴ Oppgaven skiller heller ikke mellom mannlige og kvinnelige innsatte. Sivilombudsmannens funn viste at flere kvinnelige innsatte ble utsatt for forskjellsbehandling, ved at de måtte sone på avdelinger med høy sikkerhet istedenfor lav sikkerhet, på grunn av karanteneiltaket.²⁵ Ettersom oppgaven ikke handler om diskriminering, men karanteneordningen for nyinnsatte i sin helhet, vil oppgaven ikke gå nærmere inn på forskjellig praksis for kvinner og menn.

1.5 Oppgavens videre fremstilling

Kapittel 2 er en opptakt til hovedtema. Punkt 2.1 redegjør for definisjonen av isolasjon og punkt 2.2 handler om hvilke skadevirkninger isolasjon kan ha, herunder om isolasjon er inngripende. I punkt 2.3 redegjøres det for karanteneordningen som KDI innførte og for hvordan karantenen ble praktisert. Kapittel 3 tar for seg det menneskerettslige spørsmålet om karantenen var i tråd med EMK artikkel 8. Punkt 3.1 begynner med en introduksjon til EMK artikkel 8. I punkt 3.2 drøftes det om karantene utgjorde et inngrep i retten til privatliv. Om karantenen hadde hjemmel i lov gjennomgås i punkt 3.3. Hvorvidt karantenen forfulgte et legitimt formål fremgår av punkt 3.4. Til slutt i punkt 3.5 kommer drøftelsen om karanteneordningen var forholdsmessig. Oppgaven avsluttes med et blick fremover i kapittel 4.

²⁴ NIM (2020) s. 1.

²⁵ Sivilombudsmannen (2020) s. 30.

2 ISOLASJON OG KARANTENE

2.1 Definisjon på isolasjon

Isolasjon dreier seg om å stenge av den fysiske kontakten med andre mennesker. Det sentrale er at meningsfull sosial kontakt med andre mennesker blir sterkt redusert.²⁶ Isolasjon som sådan knytter seg ikke bare til innsatte i fengsel, men kan også for eksempel utøves på en psykiatrisk institusjon. Det er isolasjon i fengsel som er tema her. Isolasjon kan også være selvvalgt, for eksempel ved å reise bort for å få fred og ro. I denne oppgaven er det isolasjon som tvangsmiddel som er i fokus.

Isolasjon har ingen internasjonal anerkjent definisjon.²⁷ Istanbul-erklæringen om bruk og effekten av isolasjon, som ble vedtatt av en ekspertgruppe i 2007, definerer isolasjon som:

the physical isolation of individuals who are confined to their cells for twenty-two to twenty-four hours a day. In many jurisdictions prisoners are allowed out of their cells for one hour of solitary exercise. Meaningful contact with other people is typically reduced to a minimum. The reduction in stimuli is not only quantitative but also qualitative. The available stimuli and the occasional social contacts are seldom freely chosen, are generally monotonous, and are often not empathetic.²⁸

Mandelaregel nummer 44 har en liknende definisjon, hvor isolasjon er definert som «the confinement of prisoners for 22 hours or more a day without meaningful human contact».²⁹

CPT har en videre definisjon der isolasjon rett og slett er adskillelse fra andre innsatte.³⁰

Det er ikke helt klart hvilken definisjon på isolasjon Sivilombudsmannen bruker i sin undersøkelse om ivaretagelsen av innsatte under covid-19-pandemien. At de viser til at mange i karantene måtte tilbringe mer enn 22 timer alene på cella kan tyde på at det er definisjonen i Mandelareglene som brukes.³¹ Ettersom denne oppgaven, i likhet med Sivilombudsmannens

²⁶ Horn (2017) s. 29.

²⁷ NIM (2012) s. 7.

²⁸ Istanbul-erklæringen s. 1.

²⁹ Mandelaregel 44.

³⁰ CPT/Inf (2011) 28 avsnitt 54.

³¹ Sivilombudsmannen (2020) s. 26 og 32.

undersøkelse, drøfter karantene som smitteverntiltak, er det naturlig å bruke samme definisjon på isolasjon. Et annet godt argument for å bruke Mandelareglens definisjon er at den samsvarer med definisjonen i Istanbul-erklæringen, mens CPTs definisjon står på egne ben. I denne oppgaven anvendes derfor definisjonen i Mandelaregel 44. Isolasjon er når en innsatt må være alene i mer enn 22 timer i døgnet uten meningsfull menneskelig kontakt.

En ekspertgruppe, The Essex Expert Group, har utredet hva som menes med meningsfull menneskelig kontakt ut fra menneskerettslige standarder. De påpeker at det må være sosial interaksjon og psykologisk stimuli som mennesket trenger for sin mentale helse og velvære. Det krever at interaksjonen er ansikt til ansikt, direkte og muliggjør empatisk mellommenneskelig kommunikasjon. Den sosiale kontakten skal ikke være begrenset til det som følger av fengselets vanlige rutiner, slik som utdeling av mat eller medisiner.³²

2.2 Skadevirkninger av isolasjon

Tidligere ble isolasjon sett på som en del av rehabiliteringen i fengsel. Tanken var at ved å vende tankene innover og reflektere over egen atferd, skulle de innsatte bli bedre mennesker. De skulle også holdes adskilt for å motvirke «moralsk smitte».³³ Norge hadde så stor tro på isolasjon på midten av 1800-tallet at det kan kalles en isolasjonsideologi.³⁴ Denne isolasjonsideologien gikk ikke Norge bort fra før på midten av 1900-tallet. Ved fengselsloven av 1958 gikk man over til et fellesskapsprinsipp.³⁵ Dette skjedde fordi det ble klart at isolasjon hadde store skadevirkninger.³⁶ I dag er det bred konsensus om at isolasjon utsetter den isolerte for en alvorlig helserisiko.³⁷

Ifølge Istanbul-erklæringen anslår forskning at så mange som 90 prosent av de innsatte opplever «bivirkninger» av isolasjon.³⁸ Peter Scharff Smith oppsummerer symptomer på isolasjonsskader på bakgrunn av en gjennomgang av både skandinavisk og internasjonal forskning. Han nevner blant annet fysiske reaksjoner som hodepine, hjertebank, vekttap og smerter i bryst og mage samt psykiske symptomer som konsentrasjonsvansker,

³² PRI (2017) s. 88-89.

³³ Horn (2017) s. 109-110.

³⁴ Samme sted s. 110.

³⁵ Samme sted s. 112.

³⁶ Samme sted s. 111.

³⁷ Samme sted s. 35-36.

³⁸ Istanbul-erklæringen s. 2.

hukommelsestap, hallusinasjoner, høre stemmer, aggressive fantasier, depresjon og angst, selvskading og selvmordstanker.³⁹ De mest utbredte skadevirkningene er psykiske.⁴⁰

Isolasjon kan føre til tap av kontakt med seg selv, eller tap av sin egen identitet eller selvfølelse.⁴¹ Den isolerte kan oppleve tap av kontroll og forutsigbarhet og dette kan være stressende. Isolasjon fører til begrenset selvbestemmelsesrett og den isolerte kan bli utmattet, apatisk, passiv, ukonsentrert, umotivert og miste evnen til å planlegge. Isolasjon kan ha en selvforsterkende effekt ved at den isolerte ikke ønsker sosial kontakt verken under isolasjonen eller i ettertid.⁴²

Nyere forskning viser at det er mangelen på meningsfull kontakt med andre mennesker som er mest skadelig, og i mindre grad berøvelsen av sanseinntrykk. Skadevirkninger av isolasjon kan med andre ord ikke avverges ved at den isolerte får adgang til TV, aviser, bøker, vindu osv.⁴³ Dette kan være viktig å merke seg i et «koronaperspektiv», der nettopp slike tiltak ble forsøkt som kompenserende.⁴⁴

Isolasjonsskader kan også være spesielt alvorlige i fengsler, fordi mange innsatte har psykiske helseutfordringer fra før. Dette gjør dem sårbare.⁴⁵ Slike individuelle forhold gjør imidlertid at det ikke kan settes en felles standard for hvordan innsatte takler isolasjon. Det presiseres at det kan forekomme individuelle reaksjoner, og at ikke alle vil ta skade av isolasjon. Hvilke konsekvenser det får kan for eksempel avhenge av innsattes helsetilstand eller personlighet. Likevel fremgår det av Istanbul-erklæringen at isolasjon «harms prisoners who are not previously mentally ill and tends to worsen the mental health of those who are.» Isolasjon er altså også skadelig for de som ikke har psykiske lidelser.

Hvor store skadevirkninger isolasjon gir vil også ha sammenheng med isolasjonens varighet og de fysiske soningsforholdene. Det er altså ikke slik at isolasjonsskader er en sikker konsekvens av isolasjon, men de kan være det. Det er likevel ikke bare langvarig isolasjon som er farlig. Negative effekter på helsen kan oppstå etter kun få dager i isolasjon, og

³⁹ Rua (2019) s. 134-135.

⁴⁰ NIM (2012) s. 68.

⁴¹ Horn (2017) s. 236.

⁴² Sivilombudsmannen (2019) s. 26.

⁴³ Rua (2019) s. 126-127.

⁴⁴ Sivilombudsmannen (2020) s. 18.

⁴⁵ Samme sted s. 24.

helseerisikoen øker for hver ekstra dag tilbragt i isolasjon.⁴⁶ Isolasjon kan føre til nedsatt hjerneaktivitet etter bare syv dager, på grunn av mangel på stimuli.⁴⁷ En innsatt uttalte i Sivilombudsmannens spørreundersøkelse om opplevelsen av isolasjon i 14 dager etter innkomst at «[i]solasjonen var utrolig krevende og vond. Jeg vurderte [...] å ta livet mitt [...] Jeg har aldri sittet inne før så overgangen var vanvittig. [...] Jeg unner ingen det samme.»⁴⁸

Skadevirkningene ved midlertidig isolasjon kan ses opp mot tidsfristene i straffeprosessloven og internasjonale uttalelser om langvarig isolasjon. Isolasjon i varetekt etter straffeprosessloven § 186 a andre ledd kan ikke ha en tidsfrist på lengre enn to uker. Fristen skal alltid være «så kort som mulig», det vil si at fristen ikke automatisk skal være to uker.

I Mandelaregel 43 1 bokstav b står det at «prolonged solitary confinement» skal være forbudt. Langvarig isolasjon defineres i Mandelaregel 44 som «solitary confinement for a time period in excess of 15 consecutive days». I Report of the UN Special Rapporteur on Torture fremgår det at forbudet mot langvarig isolasjon begrunnes i at isolasjonsskadene etter så lang tid kan være irreversible.⁴⁹

Uttalelsene om langvarig isolasjon viser at skadevirkningene etter 14 dager som oftest kan reverseres, i motsetning til skadevirkninger av langvarig isolasjon. På den andre siden kan fristgrensene og forbudet mot langvarig isolasjon belyse at isolasjon i 14 dager er tett opp mot den isolasjonslengden som anbefales. Det er derfor relevant å si noe om isolasjonens skadevirkninger selv om denne oppgaven dreier seg om et karanteneopphold på 14 dager.

I relasjon til skadevirkninger av isolasjon, er det også sentralt å få frem at isolasjon er svært inngripende uavhengig av skadeomfanget. Thomas Horn påpeker at et overdrevent fokus på isolasjonsskader kan føre til at man glemmer det fundamentale spørsmålet, nemlig om isolasjon er inngripende.⁵⁰ EMD har uttalt at isolasjon er «one of the most serious measures which can be imposed within a prison».⁵¹ Sivilombudsmannen mener at et av de mest inngripende smitteverntiltakene var å innføre rutiner for utelukkelse fra fellesskapet (isolasjon).⁵² Det er derfor liten tvil om at isolasjon er et sterkt inngrep i personlig autonomi

⁴⁶ Istanbul-erklæringen s. 2.

⁴⁷ NIM (2012) s. 68.

⁴⁸ Sivilombudsmannen (2020) s. 33.

⁴⁹ A/66/268 (2011) avsnitt 26.

⁵⁰ Horn (2017) s. 46.

⁵¹ Onoufriou v. Cyprus (2010) avsnitt 71.

⁵² Sivilombudsmannen (2020) s. 6.

og integritet. Dette forsterkes av at en innsatt allerede er fratatt en stor del av sin bevegelses- og handlefrihet.

2.3 Karanteneordningen

Ved utbruddet av koronaviruset ble karantene innført som smitteverntiltak i flere fengsler. Karantenetiltakene ble besluttet lokalt av de aktuelle fengslene eller av kommuneoverleger i den enkelte kommune.⁵³ Etter hvert kom felles regler for gjennomføring av karantene for alle fengsler i Norge. Ved brev av 2. april 2020 om nye presiseringer angående utelukkelse av innsatte, innførte KDI en karanteneplikt på 14 dager for alle nyinnsatte. Karantenen ble hjemlet i straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e. Karantenen gjaldt varetektsinnsatte så vel som domfelte. Karantenetiltaket ble iverksatt for å redusere risikoen for at koronasmitte kom inn i fengslene og for å forhindre videre smitte. Alle nyinnsatte ble ilagt karantene, uavhengig av kjente symptomer, opphold i utlandet, kontakt med smittede personer og lignende.

Ved rundskriv KDI 6/2020 av 3. april 2020, kom retningslinjer for hvordan karantenen i forbindelse med koronaviruset skulle gjennomføres. Innsatte i karantene skulle utelukkes fra fellesskapet og oppholdes på egen celle. Det fremgikk at innsatte i karantene som hovedregel skulle utelukkes helt fra fellesskapet og ikke ha fellesskap med andre innsatte. Delvis utelukkelse og fellesskap med andre innsatte kunne vurderes i noen spesielle tilfeller, blant annet hvis det ble ansett som smittevern- og sikkerhetsmessig ubetenkelig. Av rundskrivet kom det frem at lufting skulle tilbys minimum en gang per dag og at varigheten var avhengig av kapasitet/ressurser. De innsatte i karantene skulle også få tilbud om kompenserende tiltak.

Ved brev fra KDI 8. mai 2020 lempet KDI på karantenetiltaket. Lempingen gjaldt fra 18. mai 2020. Nyinnsatte skulle fortsatt umiddelbart utelukkes ved innsettelse, men skulle så fort som mulig helsekartlegges og eventuelt testes. Utelukkelsen skulle opphøre hvis karantene ble vurdert å ikke lengre være nødvendig eller ved en eventuell negativ test. I brevet presiserte KDI at inngrepet kun gjaldt for nyinnsatte, altså personer som innkalles til straffegjennomføring, varetektsinnsatte, personer som returnerer etter endt straffavbrudd, og

⁵³ Sivilombudsmannen (2020) s. 24.

personer som av ulike årsaker tilbakeføres til fengsel etter opphold i institusjon eller annen gjennomføring av straff i samfunnet.

Tidligere pålegg om karantene for nyinnsatte ble så opphevet 19. juni 2020.⁵⁴ Fra denne datoen skulle innsatte bare i karantene i visse tilfeller, for eksempel etter utenlandsopphold eller etter kontakt med smittet person.

Oppgaven dreier seg om situasjonen fra 2. april 2020 da karantenen ble innført, til karantenetiltakene ble lempet. Oppgaven ser altså tilbake på en karanteneordning som ikke lengre praktiseres.

Det er videre relevant å se på hvordan karanteneordningen faktisk ble praktisert, fordi det sier noe om i hvilken grad den fungerte som isolasjon og dermed om uttalelser om skadevirkninger av isolasjon vil være relevante også i omtalen av karantene.

Selv om rundskrivet ga føringer for hvordan karantenen skulle praktiseres, er det grunn til å tro at praktiseringen av karantenen varierte fra fengsel til fengsel. KDI skrev i rundskrivet at fengslene måtte utarbeide lokale instruksjoner som tok hensyn til bygningsmessige og bemanningsmessige forhold.⁵⁵ Kompenserende tiltak og lufting var videre avhengig av kapasitet/ressurser.⁵⁶

Som tidligere nevnt anses isolasjon som innlåsing på celle i 22 timer eller mer, uten meningsfull menneskelig kontakt. KDI sitt rundskriv sa lite om hvorvidt karantenen innebar innlåsing i mer enn 22 timer. Sivilombudsmannen pekte på at karantene for nyinnsatte uten symptomer i all hovedsak ble gjennomført som isolasjon med mindre enn to timer utenfor cellen hver dag.⁵⁷ I LB-2020-50640 konstaterte også lagmannsretten at 14 dagers karantene i praksis fungerte som isolasjon. Lagmannsretten la til grunn at «karanteneopplegget rent faktisk innebærer isolasjon i mer enn 22 timer i døgnet». I den aktuelle saken hadde den varetektsfengslede vært ute av cellen 20 minutter av dagen i forbindelse med lufting. Luftingen foregikk uten kontakt med andre innsatte.

Lagmannsrettens uttalelse og Sivilombudsmannens funn tyder på at karantene i de fleste tilfellene betydde isolasjon på egen celle i mer enn 22 timer i døgnet, selv om det kan ha

⁵⁴ Se vedlegg 1.

⁵⁵ KDI 6/2020 s. 6.

⁵⁶ Samme sted s. 2.

⁵⁷ Sivilombudsmannen (2020) s. 26.

forekommet lokale variasjoner. Karanteneordningen vil derfor i hovedsak kunne anses som isolasjon. Uttalelser om skadevirkninger av isolasjon vil være relevante også i omtalen av karantene.

3 KARANTENEORDNINGEN I LYS AV EMK ARTIKKEL 8

3.1 EMK artikkel 8

Dette kapittelet ser på hvilke begrensninger menneskerettighetene setter for smitteverntiltak som karanteneordningen. Karantenen skal vurderes opp mot EMK artikkel 8 som verner retten til respekt for privatliv og familieliv. Under følger den norske oversettelsen av artikkelens ordlyd:

Art. 8 Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

I det følgende skal det vurderes om karanteneordningen utgjorde et inngrep (punkt 3.2), om den var i samsvar med loven (punkt 3.3), i tråd med et legitimt formål (punkt 3.4) og om den var nødvendig i et demokratisk samfunn (punkt 3.5).

3.2 Utgjorde karanteneordningen et inngrep i artikkel 8?

Etter EMK artikkel 8 skal det ikke skje noe «inngrep» i retten til privatliv og familieliv, med mindre det er i samsvar med loven, i tråd med et legitimt formål og er forholdsmessig. Det første spørsmålet er dermed om karanteneordningen utgjorde et «inngrep» i retten til privatliv og familieliv.

«Enhver» har rett til respekt for «sitt privatliv og familieliv, sitt hjem om sin korrespondanse» jf. EMK artikkel 8. Selv om karanteneordningen kan ha påvirket de innsattes familieliv, hjem og korrespondanse, er privatlivet det mest sentrale og vil uansett konsumere de øvrige rettighetene.⁵⁸ Derfor er det retten til privatliv som vil behandles videre.

En naturlig forståelse av «privatliv» er en sfære hvor den fysiske og psykiske integriteten beskyttes. En rett til privatliv er en rett til å motsette seg at andre, for eksempel offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke.⁵⁹ Kjernen i bestemmelsen er individets rett til å råde over seg selv og sitt liv uten innblanding fra andre. Isolasjon av en innsatt som medfører «sufficiently adverse effects on physical and moral integrity» kan for eksempel være et inngrep i retten til respekt for privatlivet.⁶⁰

Retten til privatliv skal også beskytte den enkeltes autonomi.⁶¹ EMD har uttalt at når en persons autonomi allerede er begrenset, slik som for innsatte i fengsel, skal man være forsiktig med å innføre tiltak som fjerner den personlige autonomien som er igjen.⁶² I respekten for privatliv inngår også en rett til å utvikle relasjoner til andre mennesker.⁶³ Videre inngår beskyttelse av den mentale helsen i retten til privatliv.⁶⁴ EMD mener at «[m]ental health must also be regarded as a crucial part of private life associated with the aspect of moral integrity».⁶⁵ Begrepet «privatliv» er altså svært vidt og omfatter en rekke forhold.

Nyinnnsatte i karantene opplevde en begrensning i sin selvbestemmelsesrett, og mistet dermed noe av sin autonomi. Karanteneordningen hindret også innsatte fra å ha fellesskap med andre innsatte. Følgelig ble de hindret fra å utvikle relasjoner til andre mennesker.

Karanteneordningen innebar i tillegg en risiko for de innsattes mentale helse. Dette taler sterkt for at karanteneordningen var et inngrep i retten til privatliv.

Samtidig kan det argumenteres for at minsteterskelen for inngrep er noe høyere for innsatte enn for andre, fordi fengselsregimet innebærer visse naturlige begrensninger av hensyn til sikkerhet og andre straffegjennomføringshensyn. Praksis fra EMD har imidlertid vist at

⁵⁸ Aall (2018) s. 214.

⁵⁹ Samme sted s. 215.

⁶⁰ Dolenec v. Croatia (2009) avsnitt 128.

⁶¹ Pretty v. UK (2002) avsnitt 61.

⁶² Munjaz v. UK (2012) avsnitt 80.

⁶³ Samme sted avsnitt 78.

⁶⁴ Dolenec v. Croatia (2009) avsnitt 165.

⁶⁵ Bensaid v. UK (2001) avsnitt 47.

terskelen for inngrep ikke er spesielt høy selv på innsiden av murene. I *Moiseyev v. Russia* ble det ansett som et inngrep i artikkel 8 å nekte en innsatt å ha mer enn to familiebilder på veggen.⁶⁶ Sammenlignet med hva som tidligere er ansett som et inngrep var karantenen et betydelig inngrep i privatlivet.

Borgarting lagmannsrett uttalte dessuten i LB-2020-50640 at «[e]t så vidt inngripende tiltak som faktisk isolasjon vil innebære et inngrep i den innsattes privatliv jf. EMK artikkel 8». CPT har også uttalt at «any restrictive measure taken vis-à-vis persons deprived of their liberty to prevent the spread of COVID-19 should have a legal basis and be necessary, proportionate [...]».⁶⁷

Det kan derfor ikke være tvil om at karantenen, som innebar isolasjon, var et «inngrep» i retten til «privatliv» jf. EMK artikkel 8.

For øvrig gjelder retten til privatliv «enhver», noe som innebærer at den også gjelder for innsatte. Det har tidligere blitt tatt til orde for at artikkel 5 om lovlig frihetsberøvelse kan anvendes som argument for en innskrenkende tolkning av artikkel 8, men dette argumentet er senere slått ned jf. det såkalte Hirst-prinsippet hvor EMD uttalte at fengsling ikke medfører tap av andre rettigheter enn retten til frihet.⁶⁸ Det er derfor klart at retten til privatliv også gjelder for innsatte.

Karantenen var dermed et inngrep som kun var lovlig dersom det hadde hjemmel i lov, forfulgte et legitimt formål og var forholdsmessig jf. EMK artikkel 8.

3.3 Var karanteneordningen «i samsvar med loven»?

I henhold til EMK artikkel 8 kan det ikke skje inngrep i privatlivet unntatt når dette er «i samsvar med loven». Spørsmålet er derfor om karanteneordningen hadde hjemmel i lov.

Ordlyden «i samsvar med loven» kan tilsa at det må være formell lov vedtatt av Stortinget, men det er sikker rett at «i samsvar med loven» omfatter både skrevne og uskrevne regler. Inngrepet må imidlertid også ha grunnlag i lov av tilstrekkelig kvalitet, «quality of law».⁶⁹

⁶⁶ *Moiseyev v. Russia* (2008) avsnitt 263.

⁶⁷ CPT/Inf (2020) 13 avsnitt 4.

⁶⁸ *Hirst v. UK (No. 2)* (2005) avsnitt 69.

⁶⁹ Se for eksempel *Malone v. UK* (1984) avsnitt 67.

Dette kvalitative kravet innebærer for det første at bestemmelsen som tillater inngrepet må være tilgjengelig for individene. For det andre må bestemmelsen være presist og klart nok formulert til at individene kan forutse sin rettsstilling. I *Munjaz v. The United Kingdom* uttalte EMD at loven må «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».⁷⁰ Klarhetskravet skjerpes jo mer inngripende inngrepet er.⁷¹

KDI hjemlet karanteneordningen i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. Spørsmålet blir om karanteneordningen var «i samsvar med» straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e.

3.3.1 Straffegjennomføringsloven § 37

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd lyder:

§ 37 Utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak

Kriminalomsorgen kan beslutte at en innsatt helt eller delvis skal utelukkes fra fellesskapet med andre innsatte dersom det er nødvendig for å

- a) hindre at innsatte fortsetter å påvirke miljøet i fengslet på en særlig negativ måte,
- b) hindre innsatte i å skade seg selv eller øve vold eller fremsette trusler mot andre,
- c) hindre betydelig materiell skade,
- d) hindre straffbare handlinger, eller
- e) opprettholde ro, orden og sikkerhet

Etter denne bestemmelsen kan en innsatt helt eller delvis isoleres i en rekke tilfeller. KDI hjemlet karanteneordningen i paragrafens bokstav e. I følge § 37 bokstav e kan en innsatt «helt eller delvis utelukkes fra fellesskapet» dersom det er nødvendig for å «opprettholde ro, orden og sikkerhet».

«Utelukkelse» tilsier en ekskludering, at man blir nektet noe. I dette tilfellet er det fellesskap med andre innsatte som nektes. En naturlig forståelse av hel utelukkelse tilsier at innsatte ikke

⁷⁰ *Munjaz v. UK* (2012) avsnitt 88

⁷¹ Samme sted.

har fellesskap med andre innsatte overhodet, mens delvis utelukkelse innebærer at innsatte har en viss grad av fellesskap med andre innsatte.

Karantenen innebar at de nyinnsatte ble ekskludert fra samvær med andre innsatte i større eller mindre grad. Det kan derfor ikke være tvil om at karanteneordningen innebar hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet.

Det neste som må vurderes er om alternativet «opprettholde ro, orden og sikkerhet» ga hjemmel for karanteneordningen hvor nyinnsatte ble isolert på bakgrunn av at de utgjorde en mulig smittefare.

En naturlig forståelse av «opprettholde ro, orden og sikkerhet» tilsier at utelukkelse kan ilegges for å opprettholde et spesielt regelsett som fungerer godt i fengselet ved at det bidrar til å ivareta sikkerheten til både ansatte og innsatte. Det handler om å bevare et trygt miljø. Sikkerhet kan både bety sikkerhet internt i fengselet og i samfunnet for øvrig. Begrepene «ro, orden og sikkerhet» er vide og åpner for at bestemmelsen kan gjelde mange forhold.

Forarbeidene gir begrenset veiledning til forståelsen av § 37 bokstav e, men om § 37 første ledd i sin helhet fremgår det at bestemmelsen «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».⁷² Forarbeidene gir altså uttrykk for at § 37 gjelder isolasjon for å hindre innsatte i å handle på en måte som forstyrrer «ro, orden og sikkerhet». Det fremgår også at «[u]telukkelsen må ellers være nødvendig for å forebygge fortsatt uønsket atferd.»⁷³ Som eksempel på atferd som vil omfattes av kriteriet «ro, orden og sikkerhet» nevner forarbeidene brudd på arbeidsplikten.⁷⁴

Ordlyden «ro, orden og sikkerhet» er også utdypet i kriminalomsorgens interne retningslinjer. I retningslinjene skriver kriminalomsorgen at «[f]ordi fellesskapet i et fengsel er sårbart og deltakerne i fellesskapet skal sikres tilfredsstillende forhold, fanger bokstav e opp visse tilfeller av uønsket opptreden.»⁷⁵ Formålet med § 37 bokstav e synes derfor å være å ramme tilfeller hvor det er forhold ved den innsatte selv som tilsier isolasjon. I retningslinjene nevnes

⁷² Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 164.

⁷³ Samme sted.

⁷⁴ Samme sted s. 102.

⁷⁵ Retningslinjer til strgf. § 37 s. 5.

bråk eller vedvarende skriking som typiske eksempler på situasjoner som anses som forstyrrende for ro, orden og sikkerhet.⁷⁶

For å forstå § 37 bokstav e bedre kan den også ses i lys av bestemmelsens andre bokstaver. I retningslinjene fremgår det at bokstav a er ment å ramme for eksempel innsatte som opptrer truende, saboterer fellesskapet, eller har en aktiv atferd som virker destruktiv overfor andre innsatte. Bokstav b skal hindre selvskading, vold og trusler. Bokstav c skal hindre materiell skade, for eksempel ved at en innsatt ødelegger noe slik at verdien av tingen reduseres. Bokstav d skal forhindre straffbare handlinger som for eksempel kroppskrenkelse og skadeverk.⁷⁷ Bokstav a-d gir uttrykk for at det i hovedsak er innsattes adferd som skal rammes. Lovens systematikk tilsier at atferd det reageres mot etter bokstav e, må være av tilnærmet samme alvorlighetsgrad som alternativene a-d.⁷⁸

En krisesituasjon med stor fare for spredning av viruset i fengslene, kan tilsa at karantene var nødvendig for å opprettholde en normalsituasjon. Å hindre smitte vil beskytte innsatte og ansattes helse, noe som kan falle under hensynet til «sikkerhet». Sett hen til den naturlige forståelsen av ordlyden, kan det dermed argumenteres for at karanteneordningen falt innenfor hensynet til å «opprettholde ro, orden og sikkerhet».

Sett opp mot forarbeidene kan det imidlertid argumenteres for at § 37 bokstav e treffer dårlig som hjemmel. Ifølge forarbeidene må det være innsattes atferd, forhold ved den innsatte selv, som begrunner isolasjonen. Karantenen ble ilagt som smitteverntiltak på bakgrunn av at nyinnsatte utgjorde en mulig smittefare uten at de måtte ha symptomer eller lignende. Hvis synspunktet er at begrunnelsen for karantenen gjaldt forhold utenfor de innsattes kontroll, stemmer det dårlig overens med formålet til § 37 som fremgår av forarbeidene.

På den andre siden kan man også se det slik at karantenen nettopp gjaldt forhold ved de innsatte selv. Det var selve smittefaren ved de innsatte som begrunnet karantenen. Denne måten å se det på, tilsier at § 37 bokstav e kan vurderes som akseptabel som hjemmel.

Et annet synspunkt er at det var uvisst om de aktuelle nyinnsatte ville overholde smittevernregler som god håndhygiene og avstand, og at dette usikkerhetsmomentet ved de innsattes atferd gjorde karantene nødvendig. I LB-2020-50640 uttalte lagmannsretten at «[d]e

⁷⁶ Samme sted.

⁷⁷ Samme sted s. 4-5.

⁷⁸ Samme sted s. 5.

innsatte representerer en sammensatt gruppe, der evnen og viljen til å gjennomføre pålegg om avstand og streng håndhygiene vil variere». Dette synspunktet stemmer godt overens med at § 37 er ment å være en hjemmel for forebyggende tiltak. For å forebygge spredning av smitte ble nyinnsatte ilagt karantene fordi man ville hindre uønskede handlinger som for eksempel brudd på smittevernreglene.

Selv om straffegjennomføringsloven § 37 skal være en hjemmel for forebyggende utelukkelse, kan det stilles spørsmål ved om ordlyden kan trekkes så langt som å gjelde tilfeller hvor det bare forelå en *risiko* for at nyinnsatte ikke ville overholde smittevernreglene. Verken ordlyd eller forarbeider gir et godt svar på hvor stor grad av risiko for uønskede handlinger som må foreligge for å kunne utelukke etter § 37. I kriminalomsorgens retningslinjer fremgår det at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at uønskede handlinger vil finne sted, men at det må foreligge en nærliggende og reell risiko for at de uønskede handlingene vil inntreffe.⁷⁹ Videre fremgår det at risikoen må vurderes på bakgrunn av tidligere handlinger, trusler, eller andre forhold som tyder på uønskede handlinger.⁸⁰

Når det gjelder nyinnsatte, i hvert fall de som skal sone for første gang, vil det være vanskelig å ha et tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag om deres atferd. De innsatte må nokså umiddelbart ved innsettelse vise tegn til utagerende atferd dersom utelukkelse skal skje på bakgrunn av tidligere hendelser. Det vil derfor være vanskelig å vite om nyinnsatte kommer til å begå handlinger som strider mot hensynet til «ro, orden og sikkerhet». Dette taler for at karanteneordningen ikke falt inn under forebyggende isolasjon etter § 37 bokstav e.

I LB-2020-50640 uttalte lagmannsretten at «for øvrig gir straffegjennomføringsloven § 37 en viss adgang til isolering av hensyn til ro og orden. Lagmannsretten antar at karanteneordningen 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.» Kjennelsen ble truffet dagen før rundskrivet kom, men uttalelsen kan trekke i retning av at lagmannsretten mente at § 37 kunne vært en mulig hjemmel. At karantenen ville «trygge de innsatte» kan tyde på at karanteneordningen var nødvendig for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet».

Samtidig er ikke kjennelsen helt entydig. Lagmannsretten skrev også at «karantene for de nyinnsatte er et smitteverntiltak, og ikke et straffeprosessuelt tvangsmiddel begrunnet i den

⁷⁹ Samme sted s. 4.

⁸⁰ Samme sted.

innsattes konkrete forhold». Dersom lagmannsretten mente at karantenen ikke var «begrunnet i den innsattes konkrete forhold», falt den utenfor anvendelsesområdet til § 37 bokstav e, i hvert fall hvis bestemmelsen leses i lys av forarbeidene.

I relasjon til tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 som hjemmel for karantene som smitteverntiltak, har NIM uttalt at smittevernhensyn kan vektlegges ved en del beslutninger etter straffegjennomføringsloven.⁸¹ Det antas at NIM med «en del beslutninger», blant annet sikter til beslutninger om utelukkelse av innsatte fra fellesskapet. I den forbindelse har de sett på om forholdet til smittevernloven kan bidra ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e. NIM skrev i brev til Justis- og beredskapsdepartementet og KDI at det avgjørende ved tolkningen av straffegjennomføringsloven må være at smittevernloven gir mer betryggende garantier for helsefaglige baserte beslutninger om inngripende tiltak som karantene.⁸²

Det er uklart hvorfor NIM påstår at smittevernhensyn kan vektlegges ved en del beslutninger etter straffegjennomføringsloven, da dette verken fremgår av ordlyd eller forarbeider. Et mer generelt argument om at alle smitteverntiltak bør være basert på en medisinskfaglig begrunnelse er kanskje lettere å kjøpe. I så måte kan man si seg enig i at et karantenetiltak burde hjemles i smittevernlovgivningen, ikke i straffegjennomføringsloven. At smittevernloven skal få så stor betydning for *tolkningen* av straffegjennomføringsloven som NIM mener, er det imidlertid ikke rettskildemessig dekning for. Det er ingen åpenbar link mellom lovgivning om henholdsvis straffegjennomføring og smittevern.

NIMs synspunkt om at innsatte som ble ilagt smitteverntiltak ikke skal gå glipp av de rettssikkerhetsgarantier som følger av smittevernlovgivningen, er nok derfor heller et argument for at man burde forsøkt å hente en hjemmel fra smittevernloven istedenfor straffegjennomføringsloven, enn et viktig argument for hvordan straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e skal tolkes.

Oppsummert gir straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e inntrykk av å være en sekkebestemmelse som rommer vidt. Dette fører til at det er uklart hva slags atferd som medfører isolasjon, og dermed at det er uklart om hjemmelen omfattet karantene begrunnet i smittevernhensyn. Sett i lys av forarbeidene er det likevel klart at omfanget til § 37 bokstav e

⁸¹ NIM (2020) s. 5.

⁸² Samme sted.

strekkes og tøyes betydelig dersom det konkluderes med at karantene som smitteverntiltak kunne hjemles i § 37 bokstav e.

Ved prøvingen mot EMK må det uansett vurderes om hjemmelen er klar og presis nok sett i forhold til lovkravet. Begrunnelsen for presisjonskravet er å hindre maktmisbruk fra myndighetene og fremme forutberegnelighet. Loven skal være så presis at den gir et tilstrekkelig varsel.⁸³ Som tidligere nevnt skjerpes kravet til klarhet etter hvor stort og inngripende inngrepet er. Klarhet- og presisjonskravet til lovgrunnlaget for inngrep skal hindre at inngrepshjemler formuleres vide og skjønnsmessige.

EMD har likevel akseptert at det kan være vanskelig å unngå skjønnsmessige formuleringer av inngrepshjemler. I *Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)* uttalte EMD i avsnitt 49 at «whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.»

For ytterligere veiledning til klarhetskravet vises det til en sak fra EMD som gjaldt en innsatt. I *Moiseyev v. Russia* uttalte EMD i tilknytning til lovkravet at:

[i]n matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law for legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, in order to give the individual adequate protection against arbitrary interference.⁸⁴

Denne uttalelsen viser at vide, skjønnsmessige inngrepshjemler og uklare formålsangivelser kan komme i strid med EMK artikkel 8. Uttalelsen viser videre at formålet til en bestemmelse kan begrense myndighetenes skjønnsutøvelse.

Ettersom straffgjennomføringsreglene er en del av forvaltningsretten, kan det også ses hen til det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som begrenser kriminalomsorgens handlingsrom. Etter forvaltningsrettslige prinsipper må et inngrep overfor den enkelte ha en begrunnelse.⁸⁵

⁸³ Aall (2018) s. 132.

⁸⁴ *Moiseyev v. Russia* (2008) avsnitt 249.

⁸⁵ Fvl. § 24.

Det vil si at begrunnelser for et inngrep, som ikke er i samsvar med formålet til bestemmelsen, kan stride mot lovkravet.

Som gjennomgangen allerede har vært inne på i tolkningen av ordlyden til straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e, er bestemmelsen utpreget skjønnsmessig. Ordlyden i seg selv kan i prinsippet romme karantene som smitteverntiltak, men bestemmelsens formål som fremgår av forarbeidene taler klart for at isolasjon etter § 37 bokstav e er ment å være en forbyggende reaksjon for å hindre uønsket atferd fra innsatte. Formålsbetraktninger tilsier altså at § 37 bokstav e skal brukes for å hindre utagerende atferd, ikke for å hjemle smitteverntiltak. Det vil si at begrunnelsen for karanteneordningen, som var å hindre spredning av smitte, ikke var i samsvar med formålet til straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e. At begrunnelsen ikke samsvarer med bestemmelsens formål kan tilsi at lovkravet ikke er oppfylt.

Slike uklare bestemmelser som § 37 bokstav e viser risikoen for at inngrep, som karantene ut fra smittevern hensyn, blir hjemlet i en bestemmelse som egentlig er tiltenkt en annen situasjon, nemlig uønsket atferd. FNs torturkomité har også uttrykt bekymring for at «the legal basis for the use and length of solitary confinement continues to be insufficiently precise and may result from discretionary decisions not respecting the principles of proportionality, which can prevent the possibility of administrative or judicial supervision and can amount to violations of the Convention».⁸⁶ Dersom en hjemmel anvendes utenfor sitt naturlige virkeområde, svekkes forutberegnelighetshensynet.

Etter denne gjennomgangen er det tvilsomt om straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e hjemlet et inngrep som karantene ut fra smittevern hensyn. Karanteneordningen var trolig ikke «i samsvar med loven» jf. EMK artikkel 8.

For øvrig kan det nevnes at både Sivilombudsmannen og NIM konkluderte med at karanteneordningen tvilsomt hadde hjemmel i straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e. NIM uttalte at «[a]lt 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.»⁸⁷ Sivilombudsmannen konkluderte med at straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e neppe ga «tilstrekkelig hjemmel for isolasjon

⁸⁶ CAT/C/NOR/8 avsnitt 17 d).

⁸⁷ NIM (2020) s. 6.

begrunnet i smittevern hensyn, så lenge tiltaket ikke [hadde] sammenheng med den aktuelle innsattes atferd.»⁸⁸

Det presiseres at oppgaven ikke har tatt stilling til om andre hjemmelsgrunnlag kunne vært mulige. Lagmannsretten mente i LB-2020-50640 at karantenen kunne hjemles i fengselsbeslutningen, sammenlagt med nødrettsbetraktninger. Riktignok mente lagmannsretten at dette uansett bare kunne fungere som hjemmel i en «innledende fase».

3.4 Forfulgte karanteneordningen et legitimt formål?

Forutsatt at karanteneordningen var «i samsvar med loven», blir det neste spørsmålet om inngrepet var i tråd med et legitimt formål.

I henhold til artikkel 8 må et inngrep i privatlivet forfølge et av de legitime formålene som er uttømmende opplistet i bestemmelsen. Formålene «for å beskytte helse» og hensynet til den «nasjonale sikkerhet» gjør seg spesielt gjeldende i relasjon til karantene som smitteverntiltak. Spørsmålet er om karanteneordningen var i tråd med hensynet til «å beskytte helse» og til den «nasjonale sikkerhet».

Formålet med at nyinnsatte ble satt i karantene var å hindre spredningen av covid-19 og beskytte ansatte og innsatte fra å bli smittet. Det er liten tvil om at smittevernformål vil bidra til å «beskytte helse» og til å ivareta «den nasjonale sikkerhet». Karanteneordningen forfulgte dermed et legitimt formål. Som ytterligere støtte for denne konklusjonen vises det til Sivilombudsmannen som skrev at «[d]et er klart at formålet med tiltaket, å beskytte innsatte mot smitte av koronaviruset, var legitimt.»⁸⁹

3.5 Var karanteneordningen “nødvendig i et demokratisk samfunn”?

Etter artikkel 8 må et inngrep i privatlivet være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Vurderingen av vilkåret må ses i sammenheng med om karanteneordningen forfølger et

⁸⁸ Sivilombudsmannen (2020) s. 27.

⁸⁹ Samme sted s. 28.

legitimt formål, om det er «proportionate to the legitimate aim pursued».⁹⁰

Karanteneordningen må ha vært «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å «beskytte helse». Det må altså være forholdsmessighet mellom inngrepet og det formålet som forfølges. Derfor kalles også vilkåret om nødvendighet for forholdsmessighetsvurderingen.

Det er åpenbart at å «beskytte helse» er nødvendig i et demokratisk samfunn. Spørsmålet er om karanteneordningen var et nødvendig middel for å beskytte helse. Sagt på en annen måte, var karanteneordningen forholdsmessig sett opp mot de legitime formålene?

3.5.1 Ordlydstolkning av «nødvendig i et demokratisk samfunn»

En naturlig språklig forståelse av «nødvendig» er noe som trengs eller noe som må gjøres. EMD har uttalt om ordlyden «nødvendig» at inngrepet må være relevant og tilstrekkelig.⁹¹ Videre har EMD uttalt at kravet til nødvendighet innebærer at «the interference must correspond to a pressing social need».⁹² At det må foreligge et «presserende samfunnsmessig behov» for inngrepet, viser at det er en høy terskel for bruk av inngrepene tiltak.

Det at inngrepet må være nødvendig i et «demokratisk samfunn» tilsier at det må være i tråd med demokratiske verdier som åpenhet, frihet og rettssikkerhet. Ordlyden er ikke like utførlig drøftet i praksis som «nødvendig», noe som kan tyde på at «demokratisk samfunn» er en grunntanke som skal ligge i bunn ved vurderingen av forholdsmessighet, ikke et sentralt vilkår i seg selv.

3.5.2 Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen

Det sammenlignende perspektiv står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen.⁹³ Inngrepets styrke i forhold til dem inngrepet retter seg mot, står mot samfunnets interesser for inngrep. Forholdsmessighetsvurderingen i dette tilfellet må veie hensynet til smittevern på den ene siden, opp mot ulempene karantenetiltaket medførte for de nyinnsatte på den andre siden.

Pandemien skapte en utfordrende, uoversiktlig og spesiell situasjon. En forholdsmessighetsvurdering som ser tilbake på karantenetiltaket som ble truffet under

⁹⁰ Peck v. UK (2003) avsnitt 76.

⁹¹ Samme sted.

⁹² Piechowicz v. Poland (2012) avsnitt 212.

⁹³ Tilsvarende Aall (2018) s. 153.

utbruddet av covid-19, må ta høyde for dette. Det vil si at forholdsmessighetsvurderingen ikke kan tas med utgangspunkt i nåværende tidspunkt hvor det er mer kunnskap om covid-19 og konsekvensene av viruset. I tillegg er samfunnet nå bedre rustet med både utstyr og kapasitet i helsevesenet enn det var da pandemien brøt ut. Spørsmålet er hvorvidt karanteneordningen som smitteverntiltak var nødvendig/forholdsmessig på det tidspunktet karantene ble innført.⁹⁴

Det er flere momenter som kan trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen. Intensiteten i forholdsmessighetskontrollen vil variere med inngrepets styrke, og det er derfor naturlig først å klarlegge hvor sterkt inngrepet grep inn i retten til privatliv.⁹⁵ Jo mer inngripende tiltaket var, jo bedre argumenter behøvdtes for å tillate inngrepet. Ettersom inngrepet måtte tilfredsstille et «presserende samfunnsmessig behov», er det også sentralt å si noe om behovet for inngrepet. Et annet moment er hvorvidt karantenen var egnet til å oppnå formålet. I forbindelse med formålsoppnåelse er det også relevant å se på om formålet kunne vært nådd med lempeligere midler.⁹⁶ Det må altså vurderes om det fantes alternative tiltak eller mindre inngripende tiltak som kunne vært iverksatt istedenfor karantene.

3.5.3 Inngrepets styrke

For å klarlegge en terskel, som må overstiges for at inngrepet skal være lovlig, må det redegjøres for inngrepets styrke. Jo mer inngripende karantenen var, jo tyngre argumenter må det være for at karantenen var forholdsmessig.

At karantenen var et inngripende tiltak er allerede nevnt tidligere i oppgaven. De nyinnsattes kontakt med andre mennesker ble svært begrenset. Det er også mulig at dette opplevdes spesielt belastende for de nyinnsatte, fordi overgangen fra friheten til fengslingen var betydelig med så mye innlåsing som det var i karantene. De innsattes personlige autonomi ble også svært begrenset, og dette kom i tillegg til den grad av selvbestemmelse som allerede faller bort ved frihetsberøvelse. EMD har uttalt at «moreover, the importance of the notion of personal autonomy to Article 8 and the need for a practical and effective interpretation of

⁹⁴ Tilsvarende Sivilombudsmannen (2020) s. 32.

⁹⁵ Aall (2018) s. 153.

⁹⁶ Samme sted.

private life demand that, when a person`s personal autonomy is already restricted, greater scrutiny be given to measures which remove the little personal autonomy that is left.»⁹⁷

Som vist, innebærer også isolasjon risiko for en rekke fysiske og psykiske skader. Ettersom karantenen innebar isolasjon er disse skadevirkningene også en risiko ved karantene. Dette er med på å gjøre tiltaket inngripende.

Selv om det kan ha variert fra fengsel til fengsel, førte ressursknapphet og kapasitetshensyn til at de innsatte i mange tilfeller ikke fikk en times lufting til dagen slik CPT anbefaler.⁹⁸ Som det vil bli redegjort for nedenfor i punkt 3.5.7, var det også varierende hvor mange kompensierende tiltak de nyinnsatte ble tilbudt og klarte å benytte seg av. Det er derfor vanskelig å si noe generelt om hvor mye lufting, andre aktiviteter og kompensierende tiltak, kan ha svekket inngrepets styrke. Basert på redegjørelsen nedenfor under punkt 3.5.8 om innsatte som opplevde karantenen som svært belastende på tross av kompensierende tiltak, slår inngrepet uansett inn med en viss styrke.

Som det er redegjort for under punkt 2.3, tilsier den begrensede tidsperioden i karantene at tiltaket var mindre inngripende enn langvarig isolasjon. Som vist, vil imidlertid skadevirkninger kunne oppstå raskt og karantene anses derfor som inngripende på tross av tidsperioden på 14 dager.

Samlet sett er det vanskelig å si noe helt generelt om inngrepets styrke, fordi praktiseringen av karantenen varierte fra fengsel til fengsel. I hovedsak er det likevel nærliggende å si at karantenen var svært inngripende. Den reduserte menneskelig kontakt til et minimum og Sivilombudsmannens funn tyder på at karanteneplikten ble praktisert strengt. På grunn av karantenes inngripende karakter, må det foreligge tungtveiende hensyn for at karantenen skal anses forholdsmessig.

3.5.4 Behovet for karantene

Ettersom det må være tungtveiende grunner for å tillate karantene, er et sentralt spørsmål hvor stort behov det var for karantene. Det er klart at karantenen var et relevant middel for å oppnå

⁹⁷ Munjaz v. UK (2012) avsnitt 80.

⁹⁸ CPT/Inf (2020) 13 punkt 7.

formålet om «å beskytte helse». Det var trolig også et effektivt middel for å hindre smitte.⁹⁹ Behovet for karantene må imidlertid ha vært så sterkt at det man oppnådde ved karantenen oversteg karantenes skadevirkninger og inngripen. Det må ha vært et «presserende samfunnsmessig behov» for karantenen.

Et «presserende samfunnsmessig behov» kan tolkes i lys av menneskerettslige uttalelser som tilsier at isolasjon kan «be used only in exceptional cases as a last resort, for as short a time as possible».¹⁰⁰ Isolasjon skal altså bare forekomme i ekstraordinære tilfeller og være siste utvei. Dette tilsier at behovet for karantene må være svært sterkt.

Hva som er et presserende samfunnsmessig behov sier også noe om at viktigheten av verdiene som skal beskyttes har betydning for hvilke inngrep som kan tillates. Hensynet til å beskytte helse er en svært viktig verdi. Under en pandemisituasjon som covid-19 utløste kan det handle om å redde liv. At det var et sterkt behov for effektive smitteverntiltak er det derfor ikke særlig tvil om. Et slikt pressende behov kan tilsa at karantenen var et nødvendig inngrep.

Behovet for karantene må også ses i sammenheng med alternative og mindre inngripende tiltak. Hvis andre tiltak kunne tilfredsstilt kravene til smittevern hensyn, var det neppe et presserende behov for karantenen.

3.5.5 Vurdering av mindre inngripende/alternative tiltak

Spørsmålet her er om det fantes mindre inngripende tiltak enn 14 dagers karantene, som heller burde blitt tatt i bruk for å hindre smitte. Dersom mindre inngripende tiltak kunne vært brukt i stedet for karantene, taler det for at karanteneordningen ikke var forholdsmessig.

KDI fastslo at karantene som utgjorde isolasjon skulle være hovedregelen for alle nyinnsatte, uavhengig av påvist eller mistenkt smitte. Utgangspunktet skulle være at de innsatte i karantene ikke skulle ha noe kontakt med andre innsatte. Det fremgikk av rundskrivet at det skulle tilbys lufting minimum en gang per dag, og at kompenserende tiltak skulle tilbys, men ellers ga ikke direktoratet føringer for at full isolasjon skulle begrenses. Rundskrivet ga lite informasjon om hvorvidt mindre inngripende alternativer var vurdert.

⁹⁹ Sivilombudsmannen (2020) s. 32.

¹⁰⁰ Mandelaregel 45 nr. 1.

Et alternativt tiltak kunne vært å ilegge delvis isolasjon, altså karantene med noe menneskelig kontakt. Rundskrivet åpnet for dette i en rekke tilfeller, men Sivilombudsmannens funn viste at det var hovedregelen om hel isolasjon som i hovedsak ble fulgt.¹⁰¹ Konsekvensene av dette ble et stort omfang av inngripende isolasjon. For at karanteneordningen skulle anses som forholdsmessig er det mulig at det burde vært åpnet for delvis isolasjon i større grad.

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 tredje ledd at kriminalomsorgen skal «beslutte delvis utelukkelse dersom dette er tilstrekkelig for å forebygge handlinger etter første ledd bokstavene a til e og annet ledd». At lovgrunnlaget krever en vurdering av om mindre inngripende tiltak er mulige å bruke, taler ytterligere for at KDI i større grad burde vurdert bruken av mindre inngripende tiltak.

Helsekartlegging kunne vært et alternativ til karantenen. Helsen til de innsatte kunne blitt kartlagt gjennom samtale ved innkomst i kombinasjon med en helseundersøkelse. På den måten kunne både symptomer og mulig eksponering for smitte blitt avdekket. CPT har anbefalt helsekartlegging til innsatte i risikogruppe, «screening for COVID-19».¹⁰² De har også anbefalt at alle nyinnsatte i fengsel skal gjennomgå en helseundersøkelse, «medical screening» ved ankomst i et normalt tilfelle, altså utenfor en pandemisituasjon.¹⁰³ I en pandemisituasjon må et slikt tiltak være enda viktigere. Verdens helseorganisasjon, WHO, skrev i sin midlertidige veiledning om forebygging av covid-19 i fengsler at helsekartlegging ved ankomst skulle være tilgjengelig.¹⁰⁴ Disse uttalelsene peker på at helsekartlegging i større grad burde vært vurdert som alternativt tiltak til karantene uten fellesskap.

Testing for covid-19 smitte er også et alternativt tiltak som kunne vært med på å begrense bruken av karantene. Det kom imidlertid frem av Sivilombudsmannens undersøkelse at Folkehelseinstituttet ikke så grunn til å prioritere å teste innsatte uten symptomer.¹⁰⁵ Testing ser dermed ikke ut til å ha vært et reelt alternativ. Det er helsemyndighetene som prioriterer testressursene, ikke KDI eller fengslene.

Spørsmålet er likevel om KDI kunne ty til et så inngripende tiltak som karantene, bare fordi de nyinnsatte ikke kunne testes. Det kan hevdes at det var for enkelt å bruke isolasjon, et av

¹⁰¹ Sivilombudsmannen (2020) s. 26.

¹⁰² CPT/Inf (2020) 13 punkt 6.

¹⁰³ CPT/Inf (93)12-part avsnitt 33.

¹⁰⁴ WHO (2020) s. 8 punkt 3.

¹⁰⁵ Sivilombudsmannen (2020) s. 31.

de mest inngripende tiltakene innen straffegjennomføring, selv om testing vanskelig lot seg gjennomføre. At testing var et vanskelig alternativ, var ikke en automatisk god nok begrunnelse for karantenen. EMD har uttalt at nødvendigheten for et inngrep må være «convincingly established».¹⁰⁶ Altså må det mer til for å begrunne at karantene var nødvendig, enn bare å vise til at de innsatte ikke kunne testes. Når testing ikke var tilgjengelig, kunne KDI vurdert hjemmesoning for flere innsatte som et alternativ.

Ser man helsekartlegging og testing sammen, kan det også argumenteres for at testing kunne vært aktuelt. En helsekartlegging ville ført til for eksempel oppdagelse av symptomer eller andre smitteindikasjoner. Den aktuelle innsatte ville dermed falt innenfor testkriteriene og kunne blitt plassert i fellesskap ved eventuell negativ test. Dette ville kraftig redusert antall dager i karantene.

I kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett, LB-2020-50640, uttalte retten at; for så inngripende tiltak som faktisk isolasjon i 14 dager burde det settes inn «avhjelpende tiltak» og vurderes om det burde «tilbys testing som alternativ til faktisk isolasjon av smitteverngrunner».

Kjennelsen kom samme dato som rundskrivet fra KDI, og det er derfor vanskelig å si hvor mye vekt den skal få i tilknytning til rundskrivet. Uttalelsen taler likevel for at også lagmannsretten har ment at testing burde vært brukt, for å minimere bruken av inngripende tiltak.

Testing og helsekartlegging må ses i sammenheng med den kunnskap og de tilgjengelige ressurser på tidspunktet for karanteneileggelse. Pandemien var i en tidlig fase og testmuligheter generelt i samfunnet var begrenset. Også lav kapasitet i fengselshelsetjenesten kan ha gjort at helseundersøkelser var vanskelige å gjennomføre.¹⁰⁷ Paradoksalt nok kan også smittevernhensyn ha ført til at helseundersøkelser ikke kunne gjennomføres, for eksempel fordi kontakt ansikt-til-ansikt innebar en smitterisiko. Det kan også ha vært utfordringer med å få tilstrekkelig smittevernutstyr slik at samtaler og undersøkelser kunne gjennomføres på en trygg måte.

Sivilombudsmannen pekte på etablering av mindre grupper med innsatte, kohorter, som et annet alternativt tiltak til karantene for alle nyinnsatte. Ved etablering av slike grupper ville de innsatte kunne hatt fellesskap med andre innenfor sin kohort. Et slikt tiltak ser ikke ut til å ha

¹⁰⁶ Autronic AG. v. Switzerland (1990) avsnitt 61.

¹⁰⁷ Sivilombudsmannen (2020) s. 31.

blitt vurdert da beslutningen om karantene ble truffet i begynnelsen av april. At KDI ikke vurderte kohorter som et alternativt tiltak, som trolig kunne ha redusert skadevirkningene av isolasjon, kan kritiseres og trekke i retning av at karanteneordningen slik den ble praktisert ikke var nødvendig.

Samlet sett var det mangelfull utredning av muligheten for mindre inngripende eller alternative tiltak for karantene. Dette førte til at mindre inngripende og alternative tiltak heller ikke ble praktisert i de fleste fengslene. At det ikke i stor nok grad ble åpnet for alternativer er ikke i samsvar med menneskerettslige uttalelser om at isolasjon kun skal brukes i «exceptional cases» og som en «last resort».¹⁰⁸ Manglende bruk av og tilrettelegging for alternative og mindre inngripende tiltak, taler dermed for at karantenen ikke var forholdsmessig.

Det kan imidlertid innvendes at de nevnte alternative tiltakene måtte være like effektive som karantenen for at de skulle anses som reelle alternativer. Thomas Horn skriver at en slik «optimaliseringsmaksime», altså at alternative inngrep bare er aktuelle hvis de er minst like effektive som inngrepet som vurderes, er i strid med EMDs tilnærming. Videre skriver Horn at EMD understreker plikten til å vurdere alternative og mindre inngripende tiltak og at spørsmålet er om det er forsvarlig å bruke det mest inngripende virkemiddelet når et mindre inngripende virkemiddel er tilgjengelig.¹⁰⁹ Om for eksempel delvis isolasjon var et mindre effektivt tiltak, skulle KDI likevel vurdert om det kunne tas i bruk.

3.5.6 Kompenserende tiltak

Kompenserende tiltak kan ikke regnes som alternative tiltak, da kompensasjonen vil være aktiviteter og tilbud som kommer i tillegg til karantenen. Kompenserende tiltak kan imidlertid føre til at karantenenes intensitet svekkes, og kan på den måten være tiltak som gjorde karantenen mindre inngripende. Av rundskrivet fra KDI fremgikk det at innsatte i karantene skulle tilbys «situasjonstilpassede aktiviteter».¹¹⁰ Av Sivilombudsmannens undersøkelse kom det frem at de innsatte ble tilbudt nettbrett for å holde kontakt med familie og venner, aktiviteter som quiz, spill, utvidet tv-kanaltilbud, utendørs trening og så videre.¹¹¹ At

¹⁰⁸ Mandelaregel 45 nr. 1

¹⁰⁹ Horn (2017) s. 249.

¹¹⁰ KDI 6/2020 s. 2.

¹¹¹ Sivilombudsmannen (2020) s. 5.

aktivitetene skulle være «situasjonstilpassede» tilsier at det kan ha forekommet lokale variasjoner. Kompenserende tiltak har vært avhengig av det enkelte fengselets kapasitet og ressurser. Det kan derfor være vanskelig å si noe generelt om hvor godt de kompenserende tiltakene har fungert.

Sivilombudsmannens funn viste likevel at flere innsatte opplevde karantenen som en stor påkjenning og at kompenserende tiltak kun fungerte i varierende grad. Mange opplevde karantenen som tung på tross av kompenserende tiltak og flere innsatte opplevde at de ikke kunne benytte seg av tiltakene.¹¹² Også lufting utendørs var avhengig av kapasitet og ressurser. Sivilombudsmannen fant at noen innsatte bare hadde vært ute i 10-15 minutter daglig under karantenen.¹¹³ I LB-2020-50640 var den innsatte ute av cellen i 20 minutter i forbindelse med lufting. CPT anbefaler en times lufting til dagen.¹¹⁴

Ettersom praktiseringen av kompenserende tiltak ser ut til å ha vært mangelfull flere steder, er det grunn til å tro at kompenserende tiltak ikke i realiteten gjorde karantenen mindre inngripende. Det er likevel, som nevnt, vanskelig å si noe om dette generelt, da bruken og nytten av kompenserende tiltak varierte fra fengsel til fengsel.

Som nevnt under punkt 2.4 er det imidlertid mangelen på meningsfull kontakt med andre mennesker som er mest skadelig. Skadevirkninger av isolasjon kan ikke avverges ved at den innsatte får adgang til TV, nettbrett osv. Dette kan tale for at karantenen uansett slo inn med en viss styrke, selv der flere kompenserende tiltak ble iverksatt.

3.5.7 Manglende medisinskfaglig begrunnelse for karantenen

I Sivilombudsmannens undersøkelse fremgår det at Helsedirektoratet ble spurt til råds om hvordan de vurderte innføring av en karanteneordning for alle nyinnsatte.¹¹⁵ Representanter fra Helsedirektoratet ga muntlig uttrykk for at karantenetiltaket fremsto problematisk og at et så vidtgående tiltak ikke var nødvendig dersom andre smitteverntiltak ble truffet. Videre viste Sivilombudsmannen til brev fra Helsedirektoratet hvor de skrev at:

¹¹² Samme sted.

¹¹³ Samme sted s. 34.

¹¹⁴ CPT/Inf (2020) 13 punkt 7.

¹¹⁵ Sivilombudsmannen (2020) s. 29.

Helsedirektoratet finner ikke smittevernmessig indikasjon for at alle nyinnsatte eller innsatte som overflyttes skal settes i 14 dager karantene, med mindre de har klare symptomer på luftveisinfeksjon, kommer direkte fra utlandet, hvis de er kjente nærkontakter av smittede eller overflyttes fra avdeling med kjent utbrudd. Vi anbefaler derfor at alle nyinnsatte kartlegges med tanke på symptomer, mulige nærkontakter og reise.¹¹⁶

Da KDI bestemte seg for å innføre karantenen gikk de altså mot helsefaglige råd. Sivilombudsmannen påpekte at det må skilles mellom isolasjon som kontrolltiltak under straffegjennomføring og isolasjon som smitteverntiltak. Isolasjon som bestemmes ut fra smittevernhensyn burde etter Sivilombudsmannen syn vært basert på medisinsk nødvendighet. For Sivilombudsmannen var mangelfullt medisinsk faglig grunnlag et av de sterkeste ankepunktene i deres undersøkelse om ivaretagelse av innsatte under covid-19. Etter deres syn burde karantene ikke vært pålagt i strid med helsemyndighetenes anbefaling. En rekke internasjonale uttalelser trekker også i samme retning.

FNs underkomité for forebygging av tortur, SPT, har uttalt at «medical isolation must be on the basis of an independent medical evaluation, proportionate, limited in time and subject to procedural safeguards».¹¹⁷ WHO skrev i relasjon til håndtering av covid-19 i fengsler at «clinical decisions may only be taken by health-care professionals and must not be overruled by non-medical prison staff».¹¹⁸ På generell basis har WHO også uttalt at «[o]nly a medical doctor can decide on the need for isolation. The beginning and end of quarantine measures are strictly medical decisions. The duration of isolation should be limited to the strictly necessary minimum.»¹¹⁹

De internasjonale uttalelsene ser ut til å bare gjelde medisinsk isolasjon, altså isolasjon når en person er syk, og er derfor ikke direkte overførbare til karanteneordningen hvor nyinnsatte ble isolert uten å være syke. Etersom karantenen også innebar isolasjon, om enn med annen begrunnelse, kan det likevel trekkes paralleller. Det er derfor god grunn til at også karantenen burde vært basert på helsefaglige råd. At karantenen stred mot helsefaglige råd kan dermed tale for at den ikke var forholdsmessig.

¹¹⁶ Samme sted.

¹¹⁷ SPT (2020) punkt 14.

¹¹⁸ WHO (2020) s. 5.

¹¹⁹ WHO Europe (2014) s. 76.

En innvending til dette kan være at selv om helsemyndighetene ikke anbefalte karantene, var alternative tiltak mer krevende å gjennomføre enn karantene, på grunn av sprengt kapasitet i helsevesenet. Det faktum at KDI gikk mot helsefaglige råd må i hvert fall ses i sammenheng med hvor reelle de alternativene tiltakene var. Selv om helsemyndighetene ønsket seg et mindre inngripende tiltak, må beslutningen om å innføre karantene ses i lys av at det var et tiltak som kriminalomsorgen hadde ressurser til og som effektivt hindret smitte.

3.5.8 Kapasitet og ressurser

I relasjon til bemerkningen om at sprengt kapasitet i helsevesenet kunne tilsi at karantenen var nødvendig, kan det ses hen til tidligere kapasitetsutfordringer i kriminalomsorgen. Det har lenge vært et problem at kriminalomsorgen er underfinansiert. I 2019 hadde kriminalomsorgen utfordringer med lav bemanning og ressursmessige forhold, noe som førte til at psykisk syke innsatte ble isolert.¹²⁰ I kriminalomsorgens årsrapport fra 2019 skrev direktør Lise Sannerud at «[d]ersom problemet med isolasjon skal løses, vil det kreve store investeringer i ny bygningsmasse, og det vil kreve ressurser til å øke bemanningen.»¹²¹ Isolasjon har altså tidligere vært knyttet til ressursutfordringer.

Ved koronautbruddet oppsto det høyt fravær i kriminalomsorgen. Ansatte måtte i karantene etter å ha vært på reiser.¹²² Også noen ansatte måtte være hjemme med barn når skolene stengte. I en slik situasjon var karantene den enkleste og mest effektive utveien i mangel på ressurser til mer skånsomme tiltak. Personalmangel og ressursknapphet kan tvilsomt være en unnskyldning for å innføre inngripende tiltak, men det kan være en forklaring. Det kan argumenteres for at det ikke kan stilles skyhøye krav til bruk av andre mindre inngripende tiltak, når dette ville krevd ressurser verken kriminalomsorgen eller landets helsevesen hadde på tidspunktet for karantenevedtakelsen.

Kapasitet og ressurser er altså forhold som kan ha vært en hindring for alternative og kompensere tiltak. Under punkt 3.5.6 ble det vist til opprettelse av kohorter som et mulig alternativt tiltak. Det kan imidlertid være bygningsmessige forhold som tilsier at dette ikke var mulig. Noen fengsler er ikke utformet slik at det er mulig å opprette flere små fellesskap. Dette henger sammen med ressurser, fordi det kreves økonomisk finansiering til å opprette

¹²⁰ Håkonsen (2019).

¹²¹ Kriminalomsorgen (2019) s. 4.

¹²² Sivilombudsmannen (2020) s. 13.

fengsler med tilfredsstillende bygningsmasse. Kompenserende tiltak som utvidet ringetid er også et eksempel på noe som er ressursavhengig. En del samtaler i fengsel må avlyttes av sikkerhetshensyn og dette krever tilgang på personale. Utvidet ringetid kan derfor bli vanskelig å gjennomføre med få betjener på jobb.

Straffegjennomføringsloven § 37 åttende ledd hjemler isolasjon på bakgrunn av bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold. Forarbeidene nevner «akutte forhold» som «branntilløp, bygningsmessige skader, reparasjonsarbeider eller personalmangel» som eksempler på forhold som gjør utelukkelse nødvendig.¹²³ Det var ikke denne hjemmelen KDI hjemlet karanteneordningen i, og det er heller ikke lovkravet som drøftes her. Likevel kan § 37 åttende ledd vise at fengslene har en viss adgang til å isolere på grunn av for eksempel bemanningsutfordringer. At det åpnes for å isolere på grunn av ressursknapphet og kapasitetsutfordringer, kan tjene som argument for at karantenen var forholdsmessig.

3.5.9 Konsekvenser av koronautbrudd i fengsel

Under punkt 2.2 ble det redegjort for skadevirkninger av isolasjon. I forholdsmessighetsvurderingen må disse ses i sammenheng med de skadevirkninger koronautbrudd i fengsel kunne få. For det første kan selve fengselets utforming og funksjon føre til at utbrudd av korona kunne fått svært alvorlige følger. I et fengsel er det mange mennesker som er innelåst på et avgrenset område. Det kan være vanskelig å holde tilstrekkelig avstand i trange fellesområder. Smitte vil kunne spre seg raskt. Smittesituasjonen kan også være spesielt utfordrende i fengsel på grunn av dårlige sanitærforhold. Også noen aktiviteter kan skape høy risiko for smitte, for eksempel kroppsvisitasjoner.

Forhold ved de innsatte selv kan også føre til at et koronautbrudd ville fått alvorlige følger. Innsatte har større helsemessige problemer enn befolkningen ellers.¹²⁴ I en studie fra 2004 om levekår blant innsatte fremgår det at halvparten av de innsatte oppgir å ha en kronisk sykdom sammenlignet med en tredjedel i den øvrige befolkningen.¹²⁵ Dårlig helse og/eller høy alder kan lede til at smittede innsatte får et mer alvorlig sykdomsforløp. Hensynet til et effektivt smittevern vil ut fra disse momentene kunne tilsa at karantene var et forholdsmessig inngrep.

¹²³ Ot.prp.nr. 5 (2000-2001) s. 165.

¹²⁴ Sivilombudsmannen (2020) s. 8.

¹²⁵ Fafo-rapport (2004) s. 45.

3.5.10 Risikovurderingen

I forbindelse med mulige konsekvenser av koronautbrudd i fengsel, må det skrives noe om hvor stor risikoen var for smitte og alvorlig sykdom. Ved utbruddet av viruset måtte det foretas en risikovurdering og tiltak ble iverksatt på bakgrunn av denne. Jo større risiko som forelå for spredning av smitte, jo større grunn til å anse karantenetiltaket som forholdsmessig.

Sivilombudsmannen pekte på at lave smittetall og lav reproduksjonsrate siden 15. mars, tydet på at risikoen for smitte var lav. Karanteneordningen varte til 18. mai 2020 og Sivilombudsmannens rapport gjaldt perioden 12. april 2020 til 14. mai 2020. Rapporten omhandlet dermed nesten hele tidsperioden for karanteneordningen. Dette kan tyde på at Sivilombudsmannen mente at smitterisikoen var relativt lav under hele perioden med karantene. Dersom dette var tilfelle, at smitterisikoen var lav, er det et argument for at karantenen ikke var forholdsmessig.

Det første tilfellet av koronasmitte i kriminalomsorgen ble registrert 16. mars. Frem til 25. juni ble det påvist smitte hos elleve ansatte i kriminalomsorgen og hos seks innsatte. Alle de seks smittede innsatte sonet i Bastøy fengsel.¹²⁶ Det var altså svært få smittede i kriminalomsorgen i karanteneperioden. Dette kan tale for at risikovurderingen ikke tilsa at et så strengt inngripende tiltak som karantene var nødvendig.

Vurderingen må likevel ta høyde for at situasjonen var uviss og at det var vanskelig for KDI å spå hvordan smittesituasjonen ville utvikle seg. Selv om det var få smittede i kriminalomsorgen ved karantenevedtakelsen, var det ingen garanti for at det ville holde seg slik. Et eksempel som kan illustrere den vanskelige risikovurderingen er at karanteneperioden i begynnelsen av pandemien var på 14 dager, mens man nå har redusert karanteneperioden til ti dager etter å ha fått mer kunnskap om når viruset smitter. Den uvisse situasjonen for KDI, og samfunnet for øvrig, kan tale for at karantene, som var et godt og effektivt tiltak som kunne iverksettes raskt, var forholdsmessig.

På den andre siden kan man være kritisk til å pålegge innsatte et så inngripende tiltak, bare for å være føre var. Ettersom helsemyndighetene ikke anbefalte karantene, er det vanskelig å se at KDI hadde tilstrekkelig begrunnelse ut fra smittevern hensyn til å anse risikoen for smitte som så stor at karantene var nødvendig.

¹²⁶ Kriminalomsorgen.no om korona-tiltak.

I etterkant av karanteneperioden har det vært flere oppslag i mediene om at smitte ved et fengsel har ført til at alle må i karantene.¹²⁷ Dette kan reise spørsmål ved hva som var den beste løsningen, at alle nyinnsatte måtte i karantene for å hindre smitte, eller at innsatte ble smittet og deretter måtte hele avdelinger eller fengsler i karantene. Hvis risikoen var stor for at et helt fengsel måtte i karantene, var det kanskje forholdsmessig å sette kun én gruppe innsatte i karantene.

Argumentet over får imidlertid begrenset gjennomslagskraft, fordi det er ansatte som har brakt smitte inn i fengslene. Per 23. november hadde 50 ansatte og 20 innsatte/domfelte fått påvist smitte. Det viser at den største smitterisikoen lå hos de ansatte. Det kan derfor argumenteres for at karantene for nyinnsatte var et uforholdsmessig inngrep, fordi det ikke var hos nyinnsatte den største smitterisikoen lå. Selv om man på vedtakelsestidspunktet for karantene ikke visste hvordan smittetallene ville fordele seg på ansatte og innsatte, er det naturlig å tenke at en stor risiko lå ved de ansatte som utenfor arbeid levde et «normalt liv». De ansatte var selvsagt pålagt smitteverntiltak, som resten av befolkningen, men en risiko for smitte forelå uansett.

På den andre siden kom også nyinnsatte fra «verden utenfor», og det var derfor likevel ikke så enkelt å forutse at det var ansatte som kom til å bli mest smittet. Det var altså mulig å forutse at også ansatte ville representere en smitterisiko, men det er neppe belegg for å si at risikoen var større hos de ansatte enn hos de nyinnsatte.

En siste del av risikovurderingen er hvor høy risiko det var for alvorlig sykdom hos de innsatte. Som nevnt under punkt 3.5.5., har innsatte større helsemessige problemer enn befolkningen ellers, noe som øker risikoen for et alvorlig sykdomsforløp. Samtidig skrev Sivilombudsmannen at «[r]isikoen for et alvorlig sykdomsforløp for den enkelte innsatte ved eventuell smitte må også betegnes som relativt lav».¹²⁸ Det er uklart hva Sivilombudsmannen baserte dette på, men generelt sett i samfunnet har de aller fleste smittede blitt friske igjen. Den generelle statistikken peker derfor mot at risikoen for alvorlig sykdom ikke har vært høy, mens statistikk om helsen til innsatte tyder på en forhøyet risiko for alvorlig sykdom. Det er derfor svært vanskelig å si noe sikkert om risikobildet. Uansett må risikoen for spredning og alvorlig sykdom ses opp mot de skadevirkninger isolasjon har. Dette tilsier at selv om man

¹²⁷ Ringlund (2020).

¹²⁸ Sivilombudsmannen (2020) s. 32.

hadde vurdert at risikoen for spredning og alvorlig sykdom var høy, måtte man fortsatt utvist forsiktighet med å innføre inngripende tiltak som har egne skadevirkninger.

3.5.11 Myndighetenes skjønnsmargin under en pandemi

En ny og usikker situasjon, som utbruddet av covid-19 innebar, reiser spørsmål om terskelen for hva som anses som et lovlig inngrep i privatlivet må være lavere i en krise.

Situasjonen ved utbrudd av en pandemi er akutt og det er viktig å få på plass raske tiltak som er gode til å hindre smitte. At koronasituasjonen krevde snarlig handling kan tilsi at inngripende tiltak til en viss grad måtte aksepteres. Usikkerhet rundt risikobildet spilte også en stor rolle. Frykt for det verste kan ha ført til at KDI forsøkte å helgardere seg ved å innføre et så inngripende tiltak som karantene. Det er forståelig at man ønsket å være på den sikre siden. En ukjent og akutt situasjon kan tilsi at myndighetene må ha litt større handlingsrom. Et for snevert handlingsrom kan i verste fall føre til at myndighetene ikke klarer å beskytte befolkningens helse.

På et mer overordnet nivå har pandemisituasjonen i 2020 vist at det er vanskelig å treffe gode og riktige avgjørelser om smitteverntiltak for alle aktører i samfunnet. I oktober innførte regjeringen krav om at ingen kunne ha besøk av mer enn fem gjester i tillegg til medlemmer av husstanden, selv om verken FHI eller Helsedirektoratet foreslo dette for hele landet.¹²⁹ At inngripende tiltak som ikke hadde en helsefaglig begrunnelse ble innført, er derfor ikke unikt for straffegjennomføringen. Mye tyder imidlertid på at de inngripende tiltakene har fungert, da Norges smittesituasjon har vært svært overkommelig sammenlignet med andre land.¹³⁰ Myndighetene har altså i stor grad klart å ta vare på innbyggernes liv og helse. Ettersom beskyttelse av liv og helse er svært viktig, kan det være grunn til å akseptere inngripende tiltak.

For å si noe mer generelt om handlingsrommet til myndighetene, kan det ses hen til hvordan andre land løste smittevernsituasjonen i fengslene. Danmark innførte en tilsvarende karanteneordning for de nyinnsatte som i Norge.¹³¹ England innførte også inngripende smitteverntiltak i fengsel. De innførte en form for «lockdown» hvor de innsatte var innelåst på

¹²⁹ Stoksvik (2020).

¹³⁰ nrk.no om status koronaviruset.

¹³¹ Bekendtgørelse § 5.

cellen i minst 23 timer i døgnet.¹³² At andre land også innførte karantene er ikke et automatisk argument for at karantenen var forholdsmessig, men det kan vise at også andre land så behov for inngripende tiltak.

Det manglet altså planer for gjennomføring og tilpasninger til koronasituasjonen både på nasjonalt og internasjonalt nivå. Selv om dette kan kritiseres, er det også forståelig at verdens land ikke kan forberede seg på enhver situasjon. En pandemi kan komme i ulike former og alvorlighetsgrader. Dette kan tilsi at det må være et visst handlingsrom til å treffe fornuftige tiltak tilpasset den konkrete situasjonen når den oppstår.

På den andre siden viste pandemien at det ikke var en god strategi å vente med å få på plass løsninger før man sto midt i krisen. Krisesituasjonen ble fort en for enkel og rask unnskyldning for å sette til side grunnleggende rettigheter. Staten har en plikt til å beskytte innbyggerne, herunder de innsatte, i en krise, og den har en menneskerettslig forpliktelse til å sikre innbyggernes helse og liv. Samtidig var det viktig å ikke sette til side demokratiske prinsipper om rettssikkerhet i et større omfang enn det krisen krevde.

På tross av den spesielle situasjonen er det ikke grunnlag for å si at de innsatte ikke hadde behov for det vernet som fremgår av artikkel 8. Tvert om er det spesielt viktig at menneskerettslige standarder ikke blir brutt med begrunnelse i at situasjonen var prekær og uoversiktlig og at man måtte treffe raske beslutninger. WHO har understreket at pandemien ikke må brukes til å undergrave grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. «The COVID-19 outbreak must not be used as a justification for undermining adherence to all fundamental safeguards incorporated in the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela rules)».¹³³ Dette taler for at statens skjønnsmargin ikke kan være så vid at selv svært inngripende tiltak tillates.

Pandemisituasjonen førte til at komplekse og sammensatte avveininger skulle besluttes under tidspress. Dette var åpenbart en utfordring for myndighetene og kriminalomsorgen. Staten hadde et legitimt behov for å vedta raske tiltak for å sikre grunnleggende samfunnsfunksjoner. Konklusjonen bør derfor bli at terskelen for hva som anses som et lovlig inngrep i privatlivet må være noe lavere i en krisesituasjon som utbruddet av covid-19 innebar. Myndighetenes skjønnsmargin under en pandemi er likevel ikke så vid at ethvert inngrep kan tillates. I en

¹³² Davies (2020).

¹³³ WHO (2020) s. 5.

krisesituasjon som under koronapandemien er det også viktig å ivareta sårbare grupper, som de innsatte representerer. Smitteverntiltak måtte åpenbart innføres, men myndighetene burde innført så lite inngripende tiltak som mulig innenfor det som var smittevernmessig forsvarlig.

3.5.12 Oppsummering

Forholdsmessighetsvurderingen er kompleks. Et argument vil lett kunne pareres av et annet. Karantenen bidro utvilsomt til å redusere spredning av smitte. På den andre siden var det mangelfull praktisering av mindre inngripende tiltak. Et koronautbrudd i fengsel kunne få alvorlige konsekvenser, men samtidig var selve karantenen en påkjenning for de nyinnsatte og medførte risiko for fysiske og psykiske skadevirkninger. En akutt og ukjent situasjon tilsier at det bør være et handlingsrom for snarlig aksjon for å ivareta liv og helse. Samtidig var det kritikkverdig å innføre et så inngripende smitteverntiltak som karantene i 14 dager, med innlåsing i mer enn 22 timer i døgnet, når dette ikke ble anbefalt av helsemyndighetene.

Ulik grad av ressurser og kapasitet kan ha ført til at noen fengsler hadde større mulighet til å tilby kompenserende tiltak, lufting og så videre, enn andre. Det kan derfor ikke så lett konkluderes med om karantenen var forholdsmessig eller ikke. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, altså i forhold til hver innsatt. Overordnet kan det likevel pekes på at det i KDIs rundskriv, om praktisering av isolasjon og karantene, ikke ble gjort rede for hvorvidt karantenen var forholdsmessig. Når et inngripende tiltak som karantene skal innføres, bør det, før innføringen, vurderes om karantenen er i tråd med menneskerettslige standarder.

4 IVARETAKELSE AV MENNESKERETTIGHETENE VED EN NY PANDEMI

Det er lett å være etterpåklok og kritisere håndteringen av pandemien.

Forholdsmessighetsvurderingen var sammensatt og det var ingen enkel oppgave å vekte de motstridende hensyn mot hverandre. Smitteverntiltakene var krevende å vurdere isolert helsemessig, og de skulle i tillegg vurderes mot andre skadevirkninger. Generelt må det likevel nevnes at det er godt dokumentert at det er store isolasjonsutfordringer i norske fengsler ved normal drift.¹³⁴ De innsatte var derfor spesielt utsatte for brudd på menneskerettighetene ved utbruddet av pandemien. Derfor burde smitteverntiltak som grep inn i menneskerettighetene vært basert på en grundig vurdering av skadevirkningene av tiltaket sett opp mot gevinsten.

Forholdsmessighetsvurderingen som måtte tas ved innføringen av karantenen, var gitt en viss forståelse av virusets risiko. Myndighetene måtte operere med en stor grad av usikkerhet. Derfor var det desto viktigere med transparens om hvordan myndighetene vurderte forholdsmessigheten og på hvilke premisser. En forutsetning for effektiv krisehåndtering er at innbyggerne ser at inngrepene har hjemmel i lov, er i tråd med et legitimt formål, og er nødvendige og forholdsmessige. Dersom smitteverntiltakene ikke oppfattes som legitime, vil de også miste sin effekt.

Thomas Horn skriver at «[i]solasjon er et tiltak mot risiko. Samtidig vet man ofte lite om hvor stor risikoen egentlig er. [...] [E]rfaring har vist at muligheten til å forutse fremtiden generelt sett er begrenset.»¹³⁵ Men hvor begrenset er egentlig muligheten til å forutse en pandemi? Det har vært flere pandemier opp gjennom historien, og koronapandemien burde derfor ikke kommet som en stor overraskelse. Vi kan være nokså sikre på at en pandemi vil inntreffe igjen, før eller senere. Et viktig spørsmål å stille er hvordan man i større grad kan sikre

¹³⁴ Se f.eks. Sivilombudsmannen (2019).

¹³⁵ Horn (2017) s. 171.

menneskerettighetene til de innsatte ved en ny, lignende situasjon. Kan man neste gang også gå for forhastede løsninger?

Svaret på spørsmålet ligger trolig i å prioritere ressurser til en plan for hvordan en ny pandemi skal håndteres. Myndighetene må ta høyde for at en slik ekstraordinær situasjon vil oppstå igjen. Det er imidlertid fort gjort å tenke at det er lenge til en ny pandemi kommer, derfor sparer vi de pengene nå og løser problemet når det oppstår. Med en slik holdning vil hurtige og lite begrunnede beslutninger kunne tas igjen. Fordi samfunnet er dårlig forberedt må man kjøpe seg tid ved å innføre inngripende tiltak frem til bedre tiltak er på plass.

En tilfredsstillende løsning ligger nok verken i å løslate alle innsatte eller i å innføre portforbud i hele landet. Det er likevel ikke enkelt å finne den gylne middelvei. Det er vanskelig å se for seg at en pandemi kan kontrolleres helt uten at enkelte rettigheter må ofres. Vissheten om at en ny pandemi vil komme, bør likevel gi myndighetene et insentiv til å sørge for at enkeltindividers rettigheter ikke ofres i for stor grad.

KILDELISTE

Lover

- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1994 Lov 05. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2001 Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven)

Forskrifter og rundskriv

- 2006 Forskrift 30. juni 2006 nr. 749 om bruk av politiarrest
- KDI 6/2020 Kriminalomsorgsdirektoratet. Rundskriv KDI 6/2020 - *Gjennomføring av karantene og isolasjon i forbindelse med coronavirus i kriminalomsorgen – gjeldende pr. 01.04.2020.* 03.04.2020.

Konvensjoner

- EMK Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon)

WK Wienkonvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten
(Wienkonvensjonen)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff mv.
(straffegjennomføringsloven)

Prop. 135 L (2010-2011) Endringer i straffeloven, straffeprosessloven,
straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven
m.fl. (barn og straff)

Rettspraksis

Fra norske domstoler

Rt-2005-833 Høyesterett

LB-2020-50640 Borgarting Lagmannsrett

Fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) Klagenummer 6538/74

26. april 1979

Malone v. The United Kingdom 2. august 1984 Klagenummer 8691/79

Autronic AG. v. Switzerland 22. mai 1990 Klagenummer 12726/87

Bensaid v. The United Kingdom 6. februar 2001 Klagenummer 44599/98

Bankovic and others v. Belgium Klagenummer 52207/99

and 16 other states 12. desember 2001.

Pretty v. The United Kingdom 29. april 2002 Klagenummer 2346/02

Peck v. The United Kingdom 28. januar 2003 Klagenummer 44647/98

Hirst v. The United Kingdom (No. 2) 6. oktober 2005 Klagenummer 74025/01

Moiseyev v. Russia 9. oktober 2008	Klagenummer 62936/00
Dolenec v. Croatia 26. november 2009	Klagenummer 25282/06
Onoufriou v. Cyprus 7. januar 2010	Klagenummer 24407/04
Gillan and Quinton v. The United Kingdom 12. januar 2010	Klagenummer 4158/05
Horych v. Poland 17. april 2012	Klagenummer 13621/08
Piechowicz v. Poland 17. april 2012	Klagenummer 20071/07
Munjaz v. The United Kingdom 17. juli 2012	Klagenummer 2913/06

Uttalelser fra norske organer og institusjoner

NIM (2012)	Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, ved UiO: Norsk senter for menneskerettigheter. <i>Temarapport: Bruk av isolasjon i fengsel: Norsk lov og praksis i et menneskerettslig perspektiv.</i> Oslo 2012.
Sivilombudsmannen (2019)	Sivilombudsmannen. <i>Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler.</i> Dokument 4:3 (2018/19).
Sivilombudsmannen (2020)	Sivilombudsmannen. Undersøkelse under OPCAT-mandatet. <i>Ivaretakelse av innsatte i fengsel under covid-19-pandemien.</i> Juni 2020.
NIM (2020)	Norges institusjon for menneskerettigheter. Brev til Kriminalomsorgsdirektoratet og Justis- og

beredskapsdepartementet. *Oppfyllelse av innsattes menneskerettigheter ved tiltak i fengsel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19*. 05.05.2020.

KDI brev 2. april 2020

Kriminalomsorgsdirektoratet. *Nye presiseringer vedrørende utelukkelse av innsatte*. 02.04.2020.

KDI brev 8. mai 2020

Kriminalomsorgsdirektoratet. *Lemping av iverksatte tiltak for å redusere smittefaren og forsinke smittespredning i fengsel*. 08.05.2020.

KDI brev 19. juni 2020

Kriminalomsorgsdirektoratet. *Utelukkelse av innsatte som følge av covid-19*. 19.06.2020.
(upublisert) Vedlegg 1.

Retningslinjer

Retningslinjer til strgf. § 37

Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven). Fastsatt av kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002.

Rapporter

Fafo-rapport (2004)

Friestad, Christine og Inger Lise Skog Hansen. *Levekår blant innsatte*. Fafo-rapport 429. 2004.

Kriminalomsorgen (2019)

Kriminalomsorgen. *Årsrapport*. 2019.

Juridisk litteratur

Aall (2018)

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.

- Horn (2017) Horn, Thomas. *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelsesfare: Rettspolitiske vurderinger*. 1. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2017.
- Rua (2019) Rua, Marte og Peter Scharff Smith. *Isolasjon: et fengsel i fengselet*, 1. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2019.
- Europarådet**
- CPT/Inf (93)12-part CPT (1993). *Health care services in prisons. Extracts from the 3rd General Report of the CPT, published in 1993.*
- CPT/Inf (2011) 28 CPT (2011). *21st General Report of the CPT. Solitary confinement of prisoners. 1 August 2010-31 July 2011.*
- CPT/Inf (2019) 1 CPT (2019). *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 May to 5 June 2018.*
- CPT/Inf (2020) 13 CPT (2020). *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, issued on 20 March 2020.*
- FN**
- A/HRC/7/4/Add.2 (2007) United Nations (2007). *Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum Mission to Norway*. 11 October 2007.

- A/66/268 (2011) United Nations (2011). *Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 5 August 2011.
- Mandelareglene United Nations (2015). *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules)*. 21 May 2015.
https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2019/02/ECN152015_L6Rev1_e_V1503585.pdf
- CAT/C/NOR/8 Committee against Torture (2018). *Concluding observations on the eight periodic report of Norway**.
- SPT (2020) SPT (2020). *Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic adopted on 25th March 2020*.

Uttalelser fra andre internasjonale organer og institusjoner

- Istanbul-erklæringen The Istanbul statement on the use and effects of solitary confinement. Adopted on 9. December 2007 at the International Psychological Trauma Symposium, Istanbul.
- WHO Europe (2014) World Health Organisation Europe (2014). *Prisons and Health*.
- WHO (2020) World Health Organisation (2020). *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons*

and other places of detention. Interim guidance
15 March 2020.

PRI (2017)

Penal reform international (2017). Human rights centre at the university of essex. *Essex paper 3: Initial guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela rules.*

Dansk rett

Bekendtgørelse

Bekendtgørelse om forebyggelse og inddæmmelse af udbredelse af Coronavirusssygdom 2019 (COVID-19) på kriminalforsorgens område.

Kilder fra internett

Håkonsen (2019)

Håkonsen, Katharina Dale. *Sivilombudsmannen: Lav bemanning tvinger ansatte til å isolere psykisk syke fanger i Bergen fengsel.* FriFagbevegelse, publisert 17.01.19.
<https://frifagbevegelse.no/forside/sivilombudsmanen-lav-bemanning-tvinger-ansatte-til-a-isolere-psykisk-syke-fanger-i-bergen-fengsel-6.158.606789.f53d9f8e0d>, sist besøkt 07.12.20.

Wiese (2020)

Wiese, Veronika. *Nå må fangene få skype.* Dagbladet, publisert 31.03.20.
<https://www.dagbladet.no/kultur/na-ma-fangene-fa-skype/72310967>, sist besøkt 07.12.20

Kolsrud (2020)

Kolsrud, Kjetil. *Borgarting etterlyser lovgiver – isolerer fanger på nødrett.* Rett 24, publisert 07.03.20. <https://rett24.no/articles/borgarting-etterlyser-lovgiver-for-koronavaretekter>, sist besøkt 07.12.20.

- Karlsen (2020) Karlsen, Ola. *Sivilombudsmannen er bekymret over nye corona-regler*. Abcnyheter, publisert 17.03.20. <https://www.abcnyheter.no/helse-og-livsstil/2020/04/17/195671033/sivilombudsmanne-n-er-bekymret-over-nye-corona-regler>, sist besøkt 07.12.20
- Davies (2020) Davies, Dr Miranda. *Covid-19: how is it impacting on prisoner`s health?* Nuffieldtrust, publisert 22.06.20. <https://www.nuffieldtrust.org.uk/news-item/covid-19-how-is-it-impacting-on-prisoners-health>, sist besøkt 07.12.20.
- Ringlund (2020) Ringlund, Ole Martin. *Alle innsatte satt i karantene*. nrk.no, publisert 10.10.20. <https://www.nrk.no/innlandet/alle-innsatte-i-yardasen-fengsel-karantene-1.15195636>, sist besøkt 07.12.20.
- Stoksvik (2020) Stoksvik, Marthe. *Mener regjeringen har gått for langt med nye koronatiltak*. nrk.no, publisert 28.10.20. <https://www.nrk.no/norge/mener-regjeringen-har-gatt-for-langt-med-nye-koronatiltak-1.15218663>, sist besøkt 07.12.20.
- Kriminalomsorgen.no om isolasjon Kriminalomsorgen. *Isolasjon*. <https://www.kriminalomsorgen.no/isolasjon>, sist besøkt 07.12.20.
- Kriminalomsorgen.no om korona-tiltak Kriminalomsorgen. *Korona-tiltak i kriminalomsorgen*. <https://www.kriminalomsorgen.no/tiltak-i-forbindelse-med-korona-epidemien.525457.no.html>, sist besøk 07.12.20.

nrk.no om status koronaviruset

NRK.

https://www.nrk.no/korona/status/?utm_campaign=korona-ministatus&utm_source=button&utm_medium=status-i-norge#Verden, sist besøkt 07.12.20.

VEDLEGG

Vedlegg 1: KDI brev 19. juni 2020

Se neste side.



Kriminalomsorgens regioner
Kriminalomsorgens høyskole og utdanningscenter KRUS

Deres ref:

Vår ref:
202004037-677

Dato:
19.06.2020

UTELUKKELSE AV INNSATTE SOM FØLGE AV COVID-19

For å forebygge og motvirke smitte og smittespredning i samfunnet som følge av Covid-19, har helsemyndighetene innført «karantene» og «isolasjon» for befolkningen. Pålegg om karantene eller isolasjon følger av Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften). I tillegg har helsemyndighetene anbefalt at innsatte skal i karantene og isolasjon i enkelte andre tilfeller.

Kriminalomsorgen har med sin særegne virksomhet og begrensede bygningsmasse, begrensede muligheter til å overholde anbefalinger om avstand i et fellesskap. Når helsemyndighetene anbefaler eller pålegger bruk av karantene og isolasjon, må kriminalomsorgen i begge situasjoner derfor håndtere dette ved bruk av utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37. Nåværende situasjon med fare for rask spredning av Covid-19 dersom det først oppstår smitte i fengslene, tilsier at det er nødvendig å bruke utelukkelse som tiltak for å hindre at den grad av stabilitet som er nødvendig i et fengselsfellesskap forstyrres. Fare for, påvist smitte eller smittespredning vil påvirke fengselets ro, orden og sikkerhet.

2. Historikk

KDI har i brev av 18.03.2020, 20.03.2020, 02.04.2020 og 08.05.2020 gitt føringer om utelukkelse av innsatte i karantene og isolasjon, og ved nyinnsettelse. Det er i tillegg i rundskriv KDI 6/2020 gitt føringer om gjennomføring av karantene og isolasjon.

KDI ønsker med dette brevet å gi en samlet oversikt over hva som er gjeldende føringer om utelukkelse som følge av Covid-19. Tidligere føringer som er gitt i brev av 18.03.2020, 20.03.2020, 02.04.2020 og 08.05.2020 oppheves med dette.

Rundskriv 6/2020 vil bli opphevet og erstattet av et nytt rundskriv som omtaler praktisk gjennomføring og oppfølging av utelukkede i karantene og isolasjonsøyemed.

3. Tilfeller der innsatte skal utelukkes

Som nevnt innledningsvis må pålegg eller anbefaling om karantene eller isolasjon i kriminalomsorgen håndteres ved å utelukke innsatte fra fellesskapet.

Utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 bokstav e for å forhindre smitte og smittespredning per 19.06.2020 kan skje i følgende situasjoner:

Isolasjonstilfeller

- Innsatte som er bekreftet smittet av koronavirus
- Innsatte som etter en helsefaglig vurdering antas å være smittet av koronavirus
- Innsatte som utvikler symptomer på luftveisinfeksjon og har vært nærkontakt med en person senere enn 48 timer før vedkommende fikk de første symptomene på smitte og som siden er bekreftet smittet av koronavirus.

Karantenetilfeller

- Personer som har oppholdt seg i utlandet og som etter gjeldende karantenereregler skal oppholde seg i karantene straks etter ankomst
- Innsatte som har hatt nærkontakt med en person som er bekreftet, antatt eller sannsynlig smittet, senere enn 48 timer før vedkommende fikk de første symptomer på smitte, dersom personen
 - a) bor i samme husstand som den bekreftet smittede eller som har tilsvarende tett kontakt med den bekreftede smittede
 - b) pleiet den bekreftede smittede eller hatt tilsvarende nær fysisk kontakt, uten å ha brukt anbefalt beskyttelsesutstyr.

For å avklare om innsatte omfattes av alternativ a eller b over, bør helseavdelingen eller annet helsepersonell, eksempelvis legevakt, kontaktes.

Symptomtilfeller

Innsatte som utvikler symptomer på luftveisinfeksjon, men som for øvrig ikke oppfyller vilkår for isolasjon, jf. over, kan utelukkes helt fra fellesskapet.

Vurderingen av hvorvidt vedkommende utviser symptomer og bør utelukkes fra fellesskapet må foretas i samråd med helseavdelingen eller annet ansvarlig helsepersonell, eksempelvis legevakt.

4. Unntak fra karanteneplikt

Personer som ved godkjent laboratoriemetode kan dokumentere at de i løpet av de siste seks månedene har gjennomgått covid-19, er unntatt fra karanteneplikten etter §§ 5 og 8, og skal således ikke utelukkes fra fellesskapet

Kravet om karanteneplikt for personer som har oppholdt seg i utlandet, gjelder ikke for personer som er bosatt i områder i Danmark, Finland, Island, Færøyene, Grønland, Åland eller Gotland i Sverige og ankommer Norge. Tilsvarende gjelder for personer bosatt i Norge som besøker disse områdene, og returnerer til Norge.

Covid-19-forskriften oppstiller enkelte andre spesifikke unntak fra karanteneplikten. Dersom innsatte påberoper seg unntak fra karanteneplikten, må vurderingen av om innsatte skal utelukkes vurderes i tråd med covid-19-forskriften.

Det kan ikke gjøres unntak fra isolasjonsplikten.

5. Opphør av utelukkelse

Karantenetilfellene

Karantenen opphører etter 10 dager etter ankomst til Norge eller 10 døgn etter nærkontakt med bekreftet smittet person, hvis innsatte er symptomfri. Utelukkelsen opphører samtidig.

Innsatte som er i reisekarantene og som utvikler symptomer på luftveisinfeksjon under karantenetiden, men som ikke testes eller blir bekreftet smittet av koronavirus, skal holdes utelukket fra fellesskapet i 24 timer etter symptomfrihet. Karantenetiden på 10 dager skal uansett utholdes. Utelukkelsen opprettholdes tilsvarende.

Karantenetiden kan ikke forkortes på bakgrunn av et negativt testresultat, da en negativ test ikke gir en sikker avklaring på om innsatte er smittet.

Dersom det er uklart hvor lenge karantene skal utholdes og utelukkelse således opprettholdes, bør helseavdelingen eller annet ansvarlig helsepersonell kontaktes.

Isolasjonstilfellene

Isolasjon varer frem til helsepersonell vurderer at det er forsvarlig å avslutte isolasjonsregime. Utelukkelsen opphører på samme tidspunkt.

Symptomtilfellene

For innsatte som er utelukket som følge av symptomer på luftveisinfeksjon opphører utelukkelsen 24 timer etter symptomfrihet.

Vurderingen av hvorvidt vedkommende er symptomfri må foretas i samråd med helseavdelingen eller annet ansvarlig helsepersonell, eksempelvis legevakt.

6. Kompenserende tiltak under utelukkelse

Innsatte som er utelukket av smittevern hensyn skal sikres tilbud om lufting, jf. straffegjennomføringsloven § 22, og gis ordinær tilgang til toalett og dusjfasiliteter for så vidt dette ikke er tilgjengelig på vedkommende rom.

I perioden med utelukkelse skal kriminalomsorgen ha et særlig fokus på isolasjonsskadereduserende tiltak.

Ansatte skal tilby kompenserende tiltak til innsatte som utelukkes av smittevern hensyn. Tiltakene skal tilpasses den konkrete situasjonen. Aktuelle tiltak må ta hensyn til at formålet med utelukkelse er å hindre smittespredning. Kompenserende tiltak kan eksempelvis være utvidet telefoning, aleneluft eller trening, eller samtaler.

På tross av at formålet med utelukkelse av smittevern hensyn, er å begrense innsattes kontakt med andre ansatte og innsatte, skal kriminalomsorgen tilrettelegge for et minimum av menneskelig kontakt. Dette er i tråd med CPTs anbefalinger i forbindelse med iverksettelse av tiltak tilknyttet virusutbruddetⁱ.

ⁱ Se prinsipper fra CPT (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), tilgjengelig på følgende nettside: <https://rm.coe.int/16809cfa4b>

7. Avslutning

Endringer i Covid-19 forskriften eller råd fra Helsedirektoratet som påvirker om og for hvor lenge innsatte skal utelukkes som følge av karantene eller isolasjon, vil bli oppdatert på egnet vis på Intranett. Tilsvarende gjelder for eventuelle andre endringer eller anbefalinger fra helsemyndighetene som kan ha betydning for beslutning om utelukkelse av innsatte i smitteøyemed. Det forutsettes at enhetene gjør seg kjent med eventuelle oppdateringer på Intranett.

Med hilsen

Jan-Erik Sandlie
assisterende direktør

Tom A. Enger
avdelingsdirektør

Dette brevet er godkjent elektronisk i kriminalomsorgen og har derfor ingen signatur.