

Kontroll med innsette sin personlege mobiltelefon under straffegjennomføring

*Heimlar straffegjennomføringslova
kontroll i ein slik kontekst?*

Kandidatnummer: 1

Ordteljing: 14 526



JUS399 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Innleveringsdato: 12.12.22

Innholdsliste

1	Innleiing	3
1.1	Emne og aktualitet	3
1.2	Problemstilling og avgrensingar	4
1.3	Metodiske utfordringar	5
1.4	Nærmare om relevante omgrep	6
1.4.1	Kontroll i oppgåva sin kontekst	6
1.4.2	Kort om data som juridisk omgrep	7
1.4.3	Legalitetsprinsippet i oppgåva sin kontekst	8
2	Analyse av det rettslege grunnlaget.....	9
2.1	Innleiing	9
2.2	Straffegjennomføringslova § 28.....	9
2.3	Forskrift til straffegjennomføring § 3-20.....	12
2.4	Resultatet av rettsgrunnlagsanalysen	16
3	EMK sin innverknad på analysen	17
3.1	Generelle utgangspunkt – EMK artikkel 8	17
3.2	Forskriftas § 3-20 femte ledd i lys av lovskravet.....	20
3.4	Konklusjon.....	28
4	Høve til å gje avkall på rettigheter	29
4.1	Ein kort presentasjon av problemstillinga	29
4.2	EMD sitt syn på å gje avkall på retten til privatliv.....	29
4.3	Kan kriminalomsorgen sette vilkår om at innsette skal inngå mobiltelefonavtale?	34
5	Avslutning.....	36
5.1	Heimlar straffegjennomføringslova kontroll av mobiltelefonar i fengsel?	36
5.2	Forslag til lovendring i straffegjennomføringslova	36
	Innholdsliste.....	41
	Vedlegg 1: Bjørgvin fengsel sin mobiltelefonavtale	44

1 Innleiing

1.1 Emne og aktualitet

Under straffegjennomføring har innsette moglegheit til å verte innvilga utgangar frå fengsel i medhald av straffegjennomføringslova (strgjfl.). Slike utgangar kan til dømes vere frigang jf. strgjfl. § 20, som inneber at innsette kan forlate fengselet for å gå på jobb eller kurs. Eit anna døme er permisjonar jf. strgjfl. § 33, som er tiltenkt andre føremål slik som samvær med familie. Særleg i fengsel som er klassifisert med låg tryggleik, har innsette fått ta med seg sin personlege mobiltelefon ved utgangar frå fengsel. Dette er mellom anna grunna i at det er praktisk. I dagens samfunn er mobiltelefonen ei digital eining som dei aller fleste har med seg overalt. Ein har gjerne bussbillett, bankkort, nettbank, mail og kontaktar på mobiltelefonen, og dette gjer seg også gjeldande for dei som sonar straff i fengsel.

Samstundes er det ei kjennsgjerning at mange lovbrott i dag føregår på internett. Vidare er moglegheita for å finne personleg informasjon om andre, slik som telefonnummer, adresse og arbeidsstad mykje enklare dersom ein har tilgang på internett. At innsette i fengsel nærmast kan få dagleg tilgang på sin personlege mobiltelefon har derfor medført eit behov for kontroll. Dette kontrollbehovet må sjåast i lys av føremålet med fengselsstraff i Noreg, herunder at ein vil verne samfunnet frå farlege individ. Med tilgang til sin personlege mobiltelefon utan nokon form for kontroll, vil innsette i fengsel kunne gjere nye lovbrott, planlegge flukt eller kontakte fornærma i straffesaka utan at det nødvendigvis vert oppdaga.

Det kan vere vanskeleg å sjå at ein praksis som gjev innsette tilgang til eksternt nettverk, er tryggleiksmessig tilrådeleg. Samstundes er kontroll med personlege mobiltelefonar problematisk i lys av innsette sin personlege integritet. Ein slik kontroll vil gripe inn i innsette sine grunnleggande rettar, særleg retten til personvern og privatliv. Også innsette under straffegjennomføring i fengsel vil nyte eit slikt vern, men inngrep kan likevel skje dersom det kan rettferdigjærast. Dilemmaet mellom innsette sin rett til privatliv og statens behov for kontroll for å verne samfunnet frå kriminalitet, står i høgsetet i denne masteroppgåva.

Bakgrunnen for at eg valde denne problemstillinga var at eg våren 2022 vart gjort merksam på at Bjørgvin fengsel nytta mobiltelefonavtaler¹ som grunnlag for kontroll av innsette sine personlege mobiltelefonar. Denne avtalen gjekk ut på at dersom innsette skulle få tilgang til mobiltelefonen sin under utgangar frå fengsel, måtte dei samtykke til kontroll av han. Samtykke innebar at innsette måtte skrive ned tilgangskode og pinkode på mobiltelefonen, og tilsette i fengselet ville gjennomgå og kontrollere aktiviteten på han ved retur frå utgangen. Rettsgrunnlaget som vart nytta av Bjørgvin fengsel som heimel for denne praksisen var strgjfl. §§ 26, 27 og 28.

Fleire innsette ved Bjørgvin fengsel klaga på denne praksisen og hevda han mangla heimel i straffegjennomføringslova. Kriminalomsorgen region vest vurderte deretter desse klagene og kom i vedtak av 24. mars 2022 fram til at praksisen ikkje hadde lovheimel og dermed måtte avviklast. Dette fekk ein god del mediemerksemd våren 2022, og Bjørgvin fengsel har no avslutta praksisen. Likevel er det framleis uavklara spørsmål tilknytt dette emnet, og det er desse eg ynskjer å kaste lys over i denne masteroppgåva.

1.2 Problemstilling og avgrensingar

Oppgåva skal sjå nærmare på rettsgrunnlaget for kontroll med innsette sin personlege mobiltelefon. Herunder skal heimelen for slik kontroll undersøkast nærmare. Vidare vil det bli gjort greie for om, og eventuelt korleis, forvaltninga kan drive slik kontroll på ein føremålstenleg og trygg måte. Den no avvikla mobilavtalepraksisen til Bjørgvin fengsel vil verte nytta som illustrasjon for korleis kontroll har vore gjennomført, men utgangspunktet for sjølve drøftinga vil vere straffegjennomføringslova, tilhøyrande forskrifter og retningslinjer.

Straffegjennomføringslova § 26 fyrste ledd heimlar at kriminalomsorgen kan gje føresegner om kva gjenstandar som er tillate å ta med inn eller ut av fengsel, medan strgjfl. § 26 andre ledd syner til §§ 27 og 28 som heimlar undersøking av dei gjenstandane ein får lov å ta med seg inn og ut. Straffegjennomføringslova § 27 heimlar undersøking av personar som oppheld seg på fengselsområdet, og omfattar dermed også innsette. Denne føresegna har derfor liten sjølvstendig betydning for spørsmålet i denne oppgåva, og eg vil ikkje kome nærmare inn på denne føresegna.

¹ Sjå vedlegg 1

Ei anna avgrensing eg har valt å gjere i oppgåva er sjølve tilgangen innsette får til private mobiltelefonar under straffegjennomføring. I praksis er det klart at innsette i fleire norske fengsel får tilgang til sin private mobiltelefon på permisjonar og frigang. Om dette er ein praksis med sikkert heimelsgrunnlag kan nok diskuteras, men for denne oppgåva vil det ikkje vere rom for ein slik vurdering. Problematikken kring sjølve tilgangen vil derfor ikkje drøftast inngåande, og eg nøyer meg med å sei at reglane kring tilgang til eksternt nettverk vert handsama lempelegare i lågtryggleiksfengsel. I forlenginga av dette er ei anna avgrensing som ligg til grunn for oppgåva, at kontroll av mobiltelefonar ikkje er vurdert opp mot fengsel med høg tryggleik eller overgangsbustader.

Eg vil merke at når det gjeld overgangsbustader kan oppgåva likevel ha ein viss overføringsverdi då det finst dømer på at innsette sine mobiltelefonar vert kontrollert i slike fengsel. Eg har ikkje vore i kontakt med nokon overgangsbustader, men eg har kjennskap til at overgangsbustader rundt om i Noreg gjennomfører kontrollar, og at både rettsgrunnlag og praksis varierer. Eg har likevel valt å ta utgangspunkt i fengsel med låg tryggleik og dømet frå Bjørgvin fengsel, grunna oppgåva sitt omfang.

1.3 Metodiske utfordringar

Blant dei metodiske utfordringane eg har støytt på under dette arbeidet, er mangelen på rettskjelder det mest tydelege. I analysen av dei relevante rettslege grunnlaga har eg nytta alminneleg juridisk metode med utgangspunkt i ordlyden av føresegnene.² Sjølv om det er kjent at spørsmål kring heimelsgrunnlag må ta utgangspunkt i ordlyden, då denne dannar ramma for regeltolkinga, har det vore lite å støtte seg på utover dette. Det har derfor vore viktig å sjå heilskapen i straffegjennomføringslova for å trekke gode slutningar i tolkinga. Systembetraktingar og føremål har gjennomgåande vore omsyn av betydning for tolkinga. Det har også vore viktig å bruke retningslinene til straffegjennomføringslova som tolkingsbidrag. Desse har både gitt viktige avklaringar, men også skapt forvirring og tvil. Generelt ber retningslinene preg av å vere endra stykkevis gjennom åra, slik at det tidvis har vore utfordrande å sjå samanhengen i dei og fylgje opp referansar retningslinene syner til. Samstundes er desse eit sentralt verktøy som supplerer både lov og forskrift, og derfor av stor betydning for analysen i oppgåva.

² Sjå til dømes Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgåve, Universitetsforlaget, 2001.

Kapittel 3 og 4 som tar for seg Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og praksis frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), har også medført metodiske utfordringar. Ettersom det ikkje finst praksis om akkurat den problemstillinga oppgåva handlar om, har det vore sentralt å trekke fram dei omsyn som er spesielle for innsette i fengsel. Det har metodisk vore viktig å få fram kva EMD legg særleg vekt på i avgjerane sine, og deretter vurdere om desse kan overførast på tilfelle oppgåva tek for seg.

Det har også vore ei metodisk utfordring å handsame dokument eg har fått innsyn i frå Kriminalomsorgen region vest og Bjørgvin fengsel. Dette er kjelder som ikkje er offentlege, slik at eg har vore i tvil kring bruken av desse. Det ville vore føremålstenleg å legge desse dokumenta som vedlegg til masteroppgåva, slik at framstillinga vert så transparent som mogleg. Eg har likevel kome til at det ikkje er nødvendig å legge ved vedtaket frå region vest, særleg fordi dette er fem sider langt. I staden har eg valt å syne dei relevante utsegna direkte i teksten, og deretter trekke slutningar frå dette. Når det gjeld mobiltelefonavtalen som eg har fått innsyn i frå Bjørgvin fengsel, er denne så spesiell at eg har valt å legge han ved for at ein skal få betre forståing av praksisen. Avtalen er eit skjema ein kan fylle ut, og eg har fått innsyn i ein versjon som ikkje er fylt ut. Vedlegget inneheld dermed ikkje personopplysingar.

1.4 Nærmare om relevante omgrep

1.4.1 Kontroll i oppgåva sin kontekst

Blant dei relevante omgrepa som burde avklarast i denne masteroppgåva, er kontrollomgrepet det mest sentrale. Det må understrekast at det ikkje er tale om straffeprosessuell kontroll i medhald av straffeprosesslova, fordi dette er reglar som gjer politiet verktøy dei kan gjere bruk av i etterforsking av mistenkte personar. Kontrollomgrepet i oppgåva sin kontekst handlar om forvaltninga sitt høve til å undersøke om innsette innrettar seg etter dei reglar og rutinar som gjeld under straffegjennomføring i fengsel, samt om vilkår ved utgangar vert følgde av innsette. I startfasen av denne masteroppgåva tenkte eg fyrst på kommunikasjonskontroll når eg skulle undersøke problematikken. Etter kvart har eg likevel kome til at kontroll med mobiltelefonar er noko anna enn kommunikasjonskontroll.

Omgrepet kommunikasjonskontroll er meir treffande for den korrespondansen som skjer innanfor fengselsmurane, herunder kommunikasjon med besøkande, telefonsamtalar og skriftleg kommunikasjon som brev.³ Denne forma for kontroll er regulert i strgjl. §§ 30-32, og inneber mellom anna gjennomlesing og avlytting.

Kontroll med mobiltelefonar vil heller innebere undersøking av søkehistorikk over nett, meldingar og bilete på kamerarullen, i etterkant av at innsette har hatt fri tilgang til internett medan dei har vore utanfor fengselsmurane. Kontroll med personlege mobiltelefonar er dermed svært inngripande på mange måtar, då dei fleste oppbevarer heile livet på mobilen. Til dømes intime detaljar og privat korrespondanse. Kontrollen inneber dermed ein meir utstrekt kontroll, samstundes som det ikkje er tale om avlytting. Ettersom kontrollen har ein generell karakter, altså at ein undersøker all data, kan ein kalle det for kontroll av elektronisk innhald eller datakontroll. Desse omgrepa vil eg bruke vidare i denne masteroppgåva, og eg vil definere det på følgande måte:

«Ein generell kontroll ved retur frå utgangar av alt elektronisk innhald på innsette sin personlege mobiltelefon, for å undersøke dei data som finst på eininga.»

1.4.2 Kort om data som juridisk omgrep

Data er opplysingar organisert i mønster som representerer fakta som kan kommuniserast og tolkast ved hjelp av menneskelege eller automatiske prosessar. For at data skal kunne fungere som informasjon, må dei tolkast ut frå vår eiga evne til å oppfatte og forstå kva dei representerer.⁴ I straffegjennomføringslova er omgrepet «data» tilknytt mobiltelefonar nærmast ikkje omtalt, men på straffeprosessens område vert dette gjerne omtala som «trafikkdata» eller «kommunikasjonsdata», som kan innhentast frå teleselskap.⁵ Føremålet med å innhente slike data er mellom anna å oppklare straffbare forhold ved å bruke dei som bevis. Som juridisk omgrep handlar data dermed generelt om elektronisk informasjon som kan nyttast for å underbygge eit rettsleg standpunkt.⁶

³ Jon Petter Rui, «Kriminalomsorgens adgang til å kontrollere innsattes kommunikasjon» i *Retts hjelp fra kyst til vidde. Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, 1. utgåve, Gyldendal Akademisk, 2009, side 238.

⁴ Dag Wiese Schartum, Arild Jansen og Tommy Tranvik, *Digital forvaltning – en innføring*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2017, side 188.

⁵ Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, 2. utgåve, Universitetsforlaget, 2018, side 224.

⁶ Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, side 227.

I oppgåva sin kontekst er det likevel ikkje elektronisk informasjon frå teleselskap det vert sikta til når omgrepet «data» vert nytta. Det er heller tale om informasjon tilsette i kriminalomsorgen får gjennom å tolke data direkte frå mobiltelefonen. Føremålet med ein slik kontroll er vidare ikkje knytt til ein spesifikk mistanke om kriminalitet, men heller til eit generelt kontrollbehov som følger med å gje straffedømde meir fridom. Data som juridisk omgrep i denne konteksten er derfor elektronisk informasjon lese direkte ut frå innsette sine mobiltelefonar, gjennom menneskelege prosessar.

Med kontroll- og dataomgrepet etablert vil utgangspunktet for den vidare analysen vere meir klart. I det følgande vil eg fyrst definere legalitetsprinsippet i oppgåva sin kontekst, før eg går vidare til å analysere heimelen for kontroll med personlege mobiltelefonar.

1.4.3 Legalitetsprinsippet i oppgåva sin kontekst

Legalitetsprinsippet handlar om at inngrep i borgarar sin rettstryggleik må ha eit tilfredsstillande rettsgrunnlag eller heimel. Dette er slått fast i Grunnlova § 113 som gjer gjeldande at «Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket». Offentlege styresmakter må dermed byggje på fullmakt gjeve frå Stortinget til forvaltninga i form av lov, eller ved føresegner gjeve av forvaltninga sjølv, altså forskrifter, i medhald av fullmakt i lov.⁷ Kravet om lovheimel inneber ikkje at alle inngrep må gå fram av sjølvne lova, men det påkalla rettsgrunnlaget må vere tilstrekkeleg klart når vedtaket sitt innhald tilseier det.⁸ Føremålet som ligg til grunn for prinsippet er å verne borgarar frå vilkårlegheit og maktmisbruk frå staten, samt å sikre ei viss grad av førehandsvisse for borgarane.⁹

Når det gjeld borgarar sine rettar under gjennomføring av straff i fengsel, er det klart at legalitetsprinsippet gjer seg sterkt gjeldande.¹⁰ Dette er fordi ein borgar allereie er fråteken mykje av sin personlege autonomi ved å vere innsett i fengsel. Ingen (i alle fall så godt som) sit i fengsel av fri vilje – det er statens sterkaste maktmiddel. Vidare er innsette i fengsel ei sårbar samfunnsgruppe, og avgjersler som er bestemmande for rettane og pliktene deira under soning vil gjerne påverke svært viktige forhold i livet deira. Døme på dette er om ein kan få besøk av egne born, eller om ein kan delta på viktige tilstellingar i nær familie.

⁷ Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgåve, Fagbokforlaget, 2010, side 25.

⁸ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utgåve, Universitetsforlaget, 2022, side 373-374.

⁹ Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, side 29.

¹⁰ Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring*, 4. utgåve, Cappelen Damm Akademisk, 2022, side 77.

Eit prinsipp i forlenginga av legalitetsprinsippet er at dess meir inngripande tiltaket er, dess klarare må lovheimelen vere.¹¹ Karakteren av tiltaka for ein innsett i fengsel, vil på denne bakgrunn krevje ein klar lovheimel.

Ettersom denne oppgåva skal ta for seg ei problemstilling som gjeld nettopp styresmakta sin moglegheit til å kontrollere innsette sine personlege mobiltelefonar, vil legalitetsprinsippet stå sentralt som eit tolkingsbidrag. Analysen vil basere seg på at ein slik kontroll er svært inngripande for innsette, noko som stiller krav til ein klar nok lovheimel. I det følgjande vil analysen ta for seg strgjfl. § 28, og deretter strgjfl. § 26 og tilhøyrande forskrifter.

2 Analyse av det rettslege grunnlaget

2.1 Innleiing

I det følgjande skal eg forsøke å svare på oppgåva si problemstilling gjennom ei analyse av dei rettslege grunnlaga som gjer seg gjeldande for kontroll av innsette sine mobiltelefonar. Meir presist er spørsmålet i fyrste omgang om det finst eit heimelsgrunnlag for slik kontroll, og eg ynskjer å starte i strgjfl. § 28 då denne føresegna heimlar undersøkingar. Samstundes som mine eigne analyser vil tre fram, vil eg også trekke inn Kriminalomsorgen region vest sine vurderingar av heimelsspørsmålet for å samanlikne deira oppfatning med mi eiga.

2.2 Straffegjennomføringslova § 28

Straffegjennomføringslova § 28 gjev kriminalomsorgen heimel til å gjere undersøkingar utan at det vert stilt krav til mistanke om brot på reglane i fengselet. Føresegna lyder som følger:

«Kriminalomsorgen kan undersøke innsatte, deres rom og eiendeler for å forebygge uorden eller straffbar handling. Undersøkelsen kan skje ved bruk av teknisk utstyr eller hund, visitasjon eller ved kroppsvisitasjon.»

Føresegna heimlar altså tre undersøkingsobjekt – innsette, deira rom og eigedelar. Det relevante objektet som moglegvis kan seiast å heimle kontroll med mobiltelefonar er

¹¹ Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring*, side 77.

«eiendeler». Etter ordlyden forstår ein at «innsette» peiker mot den fysiske personen som objekt for ei undersøking. Vidare peiker «deres rom» mot den innsette si celle, altså vedkomande sitt personlege opphaldsrom. Ordlyden av «eiendeler» tilseier at det er tale om ein gjenstand som ein har eigedomsrett til. Med dette vil dermed ei naturleg språkleg forståing av eigedelar vere ting eller lausøyre som tilhøyrrer innsette.

Ein mobiltelefon er rett nok ein ting, men spørsmålet er om data eller elektronisk innhald som er lagra på han også kan reknast som ein eigedel. Eg vil hevde at ein må ty til ein utvidande tolking av omgrepet «eiendeler» for også å kunne omfatte elektronisk innhald, noko som vil vere problematisk i lys av legalitetsprinsippet på området. Med dette siktar eg til at kontroll slik han er heimla i strgjfl. § 28 er svært inngripande, då føresegna medfører inngrep i innsette sin personlege sfære og privatliv. Samstundes er personar under straffegjennomføring underlagde sterke maktmiddel frå staten, og klar lovheimel vert i ein slik kontekst viktig for å sikre at maktmisbruk ikkje skjer.

For at ordlyden «eiendeler» skal kunne omfatte elektronisk innhald, må derfor andre rettskjelder tale for ei utvidande tolking. I strgjfl. § 28 sin tilhøyrande forskrift, § 3-25, går det ikkje klarare fram kva ein meiner med eigedelar, og vidare gjer verken forarbeida til straffegjennomføringslova eller rettspraksis bidrag til tolkinga av denne ordlyden. Med andre ord er desse tolkingsbidraga tause om korleis ein skal forstå ordlyden «eiendeler». Etter dette er derfor den foreløpige slutninga at det ikkje finst rettskjelder som talar for ei utvidande tolking, og legalitetsprinsippet tilseier då at elektronisk innhald ikkje er omfatta av ordlyden.

Ei kjelde som også må trekkast inn i analysen er retningslinene til straffegjennomføringslova. Dette er føringar fastsett av Kriminalomsorgsdirektoratet med heimel i forskrift om straffegjennomføring § 9-1 andre ledd. I retningslinene punkt 28.5 om «Undersøkelse av eiendeler», andre avsnitt, går det fram følgande:

«Alle innsattes eiendeler skal undersøkes, likeledes enhver annen gjenstand på fengselets område, også når eieren er ukjent. Dette omfatter også for eksempel innsattes eiendeler lagret i fengselet og som ikke oppbevares på innsattes rom, og gjenstander som oppbevares annet sted på fengselets område, for eksempel i innsattes bil og lignende.»

Frå dette kan ein trekke slutninga at mobiltelefonar i alle fall er omfatta i fysisk forstand. Dette er fordi retningslinene presiserer at ein med eigedelar ikkje berre sikter til dei tinga innsette har på cella si, men også gjenstandar dei har lagra i fengselet. Innsette som nyttar mobiltelefon ved utgangar vil nemleg måtte levere denne inn ved retur, ettersom det ikkje er tillate å oppbevare han på cella. Når mobiltelefonen vert levert inn vert han derfor oppbevart på fengselet sitt effektlager, og etter retningslinene kan telefonen framleis verte gjenstand for undersøkingar fordi han er på fengselets område.

I retningslinene punkt 28.5 tredje avsnitt går det vidare fram korleis undersøking av innsette sine eigedelar skal gjennomførast. Undersøking kan gjerast «... manuelt, med verktøy, speil, kjemisk utstyr, teknisk utstyr som for eksempel metalldetektor, gjennomlysningsapparat og lignende, samt med narkotikahund.» Dei ulike formane for undersøking som går fram av desse retningslinene støttar at strgjfl. § 28 berre regulerer kontroll av gjenstanden si utsida. Det er fordi ingen av desse formene for undersøking handlar om data eller elektronisk informasjon. Ein må derfor framleis skilje på ein mobiltelefon i fysisk forstand, og det å gjere tilgjengeleg innhaldet ved å bruke telefonen sin tilgangskode eller passord for å opne han. I høgda vil retningslinene kunne takast til inntekt for å ta røntgenbilete av mobiltelefonen for å avdekke om noko finst inni han saman med prosessor og kretskort. Dei siterte retningslinene gjev likevel ikkje tolkingsbidrag som talar for at det elektroniske innhaldet på eininga er omfatta, noko som igjen inneber at ein må strekke på ordlyden for å omfatte slik kontroll.

Oppsummert er den naturlege språklege forståinga av ordlyden det einaste tolkingsbidraget som gjer seg gjeldande. På denne bakgrunn vil eg hevde at undersøking av eigedelar må avgrensast mot det fysiske ein mobiltelefon representerer. Dette tilseier at kontroll med mobiltelefonar berre kan innebere undersøking av utsida, herunder om noko er lurtt inn under mobildeksel eller i eventuelle holrom. Undersøkingar av elektronisk innhald eller data vil derfor innebere ei utvidande tolking av uttrykket «eiendeler», og dette vil legalitetsprinsippet stenge for i denne samanheng. Slik kontroll representerer eit inngripande tiltak i innsette sitt privatliv, og vil derfor krevje ein klar heimel. Ettersom det ikkje finst rettskjelder som kan bidra til ei slik utvidande tolking, kan heimelen ikkje seiast å vere tilstrekkeleg klar. Konklusjonen er derfor at strgjfl. § 28 ikkje heimlar kontroll med mobiltelefonar slik han har vore praktisert gjennom mobiltelefonavtaler i Kriminalomsorgen region vest.

Lik min eigen analyse har Kriminalomsorgen region vest kome til at ordlyden i strgjfl. § 28 ikkje heimlar kontroll av elektronisk lagra innhald på innsette sine mobiltelefonar:

«Bestemmelsen i strgjfl. § 28 nevner ikke spesifikt at kriminalomsorgen kan undersøke innsattes digitale enheter ... I denne vurdering har vi lagt vekt på at gjennomgang og kontroll av elektronisk innhold på mobiltelefon er et inngripende tiltak. Når det i denne saken er tale om et så inngripende tiltak i innsattes korrespondanse og privatliv, mener vi at kriminalomsorgen må ha en klar hjemmel for kontroll av elektronisk innhold på en mobiltelefon ved ankomst og før og etter innsattes utganger.»

Kriminalomsorgen region vest sitt vedtak av 24. mars 2022 på side 5.

Sjølv om det ikkje går eksplisitt fram, er det tydeleg at region vest også vurderer legalitetsprinsippet som ein skranke for å utvide tolkinga av «eiendeler» i strgjfl. § 28. Dei legg vekt på karakteren av inngrepet kontroll med mobiltelefonar inneber, herunder at det grip inn i sentrale rettar for dei innsette. Det vert likevel ikkje tatt direkte stilling til ordlyden i strgjfl. § 28, slik at det ikkje er klart kva dei legg i uttrykket, eigedeler. Samstundes trekker dei fram relevante rettskjelder og gjev uttrykk for at det i alle fall ikkje omfattar kontroll med elektronisk innhald på private mobiltelefonar.

Av interesse er at region vest nemner forskrifta til straffegjennomføring § 3-20 fyrste og femte ledd, men utan at dei kjem nærmare inn på denne føresegna. Etter mitt syn er forskrifta § 3-20 interessant for problemstillinga, og eg vil derfor i det følgande ta nærmare stilling til innhaldet i denne og om ho kan fungere som heimel for mobiltelefonavtaler.

2.3 Forskrift til straffegjennomføring § 3-20

Straffegjennomføringslova § 26 er ein regel som gjev forvaltinga fullmakt til å gje forskrifter som regulerer kva gjenstandar som er tillatne å ta med inn eller ut av fengsel. I den tilhøyrande forskrifta til straffegjennomføringslova § 3-20 heiter det i fyrste ledd at datautstyr og liknande berre kan nyttast av innsette til arbeid, undervising eller andre tiltak når det vert funne føremålstenleg ut frå lokale forhold og når det finst tryggleiksmessig tilrådeleg. Vidare går det fram i andre punktum at «De samme regler gjelder for bruk av privat datautstyr og lignende». Forskrifta § 3-20 femte ledd gjer gjeldande følgande:

«Alt utstyr, tilbehør og innhold kan gjennomgås og kontrolleres. Utstyret skal, om mulig, plomberes. Før tillatelse gis til å ha privat utstyr tilgjengelig, må det innhentes skriftlig samtykke fra innsatte om at kontroll når som helst kan finne sted på dennes bekostning.»

Ordlyden av «utstyr» i forskrifta sitt femte ledd må ut frå i sammenhengen lesast som «datautstyr og lignende» som § 3-20 regulerer. Vidare tilseier ordlyden «Alt utstyr» at ein ikkje ynskte å avgrense regelen mot type datautstyr, noko som talar for at mobiltelefonar kan reknast som omfatta. Mobiltelefonar er klart nok å rekne som små datamaskiner eller liknande, herunder gjev dei tilgang på internett. Det verkar dermed nokså tydeleg at ein med forskrifta § 3-20 ynskte å regulere innsette sin tilgang til data og elektronisk kommunikasjon. Denne slutninga kan trekkast på bakgrunn av mellom anna forskrifta § 3-20 tredje ledd som gjer gjeldande at innsette som hovudregel ikkje skal kunne «disponere datautstyr o.l. som er koblet til eksternt datanettverk». Slutninga vert også styrka av at forskrifta § 3-20 tilhøyrer strgjfl. § 26, som regulerer kva private eigarar ein får ha med seg inn eller ut av fengsel ut frå omsynet til ro, orden og tryggleik. Vidare går det eksplisitt fram at «De same regler gjeld for bruk av privat datautstyr og lignende». På denne bakgrunn vil eg hevde at uttrykket «utstyr» omfattar private mobiltelefonar.

På den andre sida går det fram av retningslinene til straffegjennomføring punkt 32.2 om «Bruk av mobiltelefon» følgande:

«Samtaler ved bruk av mobiltelefon kan ikke kontrolleres. Fordi det alltid skal være mulig å gjennomføre kontroll av telefonsamtaler på et gitt tidspunkt, skal bruk av mobiltelefon ikke tillates verken i fengsel med høyt eller lavere sikkerhetsnivå.»

Formuleringa i desse retningslinene sitt fyrste punktum er svært tydeleg, og treff på mange måtar spikaren på hovudet når det gjeld oppgåva si problemstilling. Etter dette kan ikkje bruk av mobiltelefon kontrollerast. Likevel er retningslinene underlagt strgjfl. § 32 om telefonsamtalar, og ut frå sammenhengen kan ein derfor ta formuleringa «i fengsel» på ordet. Med dette siktar eg til at ein kan tolke «i fengsel» som innanfor fengselsmurane, slik at ein avgrensar retningslinene i punkt 32.2 mot utgangar frå fengsel. Denne slutninga kan vidare støttast av at strgjfl. § 32 regulerer telefonsamtalar som vert gjennomført frå fengselet via fengselet sine telefonkioskar. Desse samtalanene kan vidare kontrollerast etter strgjfl. § 32 andre

og tredje ledd (avlytting). At retningslinene syner at slik kontroll ikkje gjeld mobiltelefonar, treng ikkje bety at kontroll av det elektroniske innhaldet på mobiltelefonar ikkje har heimel. Retningslinene nyttar vidare uttrykket «samtaler», noko som støttar at ein siktar til at kontroll av mobiltelefonar gjennom avlytting ikkje kan skje. Ettersom kontroll med elektronisk lagra innhald på private mobiltelefonar ikkje omfattar avlytting, fører ikkje desse retningslinene til at forskrifta § 3-20 må tolkast på ein anna måte enn over. Vidare er det slik at mobiltelefonar vert nytta av innsette ved utgangar frå fleire norske fengsel, og det vil då vere lite naturleg å kome til at kontroll av mobiltelefonar er utelukka grunna desse retningslinene. Etter mitt syn omfattar derfor «utstyr» framleis private mobiltelefonar.

Spørsmålet vert då om ein med «innhold» meiner å omfatte elektronisk innhald. Ut i frå ei naturleg språkleg forståing av ordlyden kan ein seie at innhald omfattar det som finst inni noko, men avgrensar ikkje tydeleg mot at det må vere tale om fysiske ting. Uttrykket er derfor nokså vidt, og kan i denne konteksten både innebere dei ulike komponentane i ein mobiltelefon og den elektroniske lagra informasjonen på han. På den andre tilseier neste punktum; «Utstyret skal, om mulig, plomberes», at ein siktar til det fysiske aspektet ved utstyret. Det er fordi plombering inneber at ein forseglar ein gjenstand for å sikre at han vert lukka, og setninga si plassering gjev inntrykk av at kontroll kan gjennomførast, men at ein aller helst skal plombere kontrollobjektet. Dersom ein tolkar føresegna slik, er det mindre som tyder på at ein også siktar til at kontrollen gjeld elektronisk lagra innhald. Eit tolkingsbidrag i denne samanheng følger av retningslinene til straffegjennomføringslova punkt 26.12. Der går det fram følgande:

«Det skal etableres forsvarlige kontroll- og oppfølgingsrutiner for å avdekke misbruk av programvare, maskinvare og øvrig innhold. Alt utstyr skal særskilt gjennomgå og kontrolleres. Slik kontroll kan omfatte for eksempel visitasjon og kontroll med teknisk utstyr, også med bistand fra datakyndig personell. Disse skal ha tilgang til alle deler og tilgangsnivåer på utstyret.

Det går her tydelegare fram at ein med «innhold» ikkje avgrensar til det fysiske aspektet ved utstyret. Forskrifta § 3-20 omfattar også kontroll av programvare, maskinvare og anna innhald. I tillegg til at dette er kontrollobjekt innanfor dataaspektet, er formuleringa vid nok til å også tilseie at elektronisk informasjon som er lagra på eininga er omfatta. Denne slutninga vert vidare styrkt ved at retningslinene syner til datakyndig personell og at «Disse skal ha

tilgang til alle deler og tilgangsnivåer». Uttrykket «tilgangsnivå» gjev assosiasjonar til informasjon som er underlagt vern, og at ein må ha riktig nøkkel for å få den aktuelle informasjonen tilgjengeleg. Dette trekker i retning av at det er tale om kontroll av data på einingar som innsette har gjort bruk av under straffegjennomføring.

Etter dette kan forskrifta tolkast som at elektronisk innhald på private mobiltelefonar kan «gjennomgås og kontrolleres». Kva kontrollen nærmare består i går ikkje fram av forskrifta sitt femte ledd. Det må i denne samanheng kommenterast at forskrifta § 3-20 tredje ledd gjer gjeldande at bruk av datautstyr som er kopla til eksternt datanettverk «forutsetter at reglene for brevkontroll følges.» Dersom ein ser forskrifta § 3-20 tredje og femte ledd i samanheng, kan tilgang til privat mobiltelefon tilseie at samtykke inneber kontroll i tråd med strgjfl. § 30. Straffegjennomføringslova § 30 om postsending gjev meir detaljerte reglar om kontroll med brev og elektronisk kommunikasjon. Problemet med ei slik tolking er likevel at strgjfl. § 30 gjeld kontroll av det som vert sendt og mottatt til/frå fengselet, og ikkje kontroll av det som finst på utstyret etter utgang frå fengsel. Vidare følger det ikkje av forskrifta sitt tredje ledd at ein har privat utstyr tilgjengeleg, men at ein kan bruke eller «disponere» datautstyr som er kopla til eksternt nettverk. Dette kan på den eine sida tilseie at regelen ikkje meiner å omfatte privat datautstyr, men heller fengselet sitt datautstyr. På den andre sida trekker forskrifta sitt fyrste ledd i retning av at føresegna gjelder både internt og privat utstyr generelt. Det må likevel vere avgjerande at strgjfl. § 30 ikkje verkar å regulere den kontrollen det er tale om i denne oppgåva. I høgda kan strgjfl. § 30 omfatte e-post korrespondanse. Forskrifta § 3-20 tredje ledd kan derfor ikkje fungere som eit supplement til femte ledd etter mi meining.

Forskrifta § 3-20 femte ledd, tredje punktum gjer gjeldande at det må innhentast «skriftlig samtykke» før ein kan gje tillating om å ha privat utstyr «tilgjengelig». Ordlyden «skriftlig samtykke» tilseier at ein inngår ein avtale, altså at ein eller fleire partar vert samde om forhold av rettsleg karakter.¹² Med utgangspunkt i avtaleretten er det ein føresetnad at dette samtykket er gyldig for å vere eit reelt samtykke med rettskraft, og som binder begge partar til avtalen.

Den eine delen av avtalen inneber dermed at innsette, som den eine parten, får sin private mobiltelefon tilgjengeleg. Ordlyden av «tilgjengelig» tilseier at noko er innanfor innsette si rekkevidde under straffegjennomføring. Det er klart at innsette har tilgang til sine private

¹² Dette følger av alminnelege grunnprinsipp i avtaleretten.

mobiltelefonar medan dei sonar straff i fengsel, då dei får desse utlevert når utgang skal gjennomførast. Samanhengen i forskrift- og retningsliner talar for at ein med «tilgjengelig» siktar til at ein får mobiltelefon tilgjengeleg ved utgangar. Denne slutninga kan trekkast på grunnlag av retningslinene i punkt 32.2 som seier at innsette ikkje kan bruke mobiltelefon i fengsel. Slutninga kan vidare underbyggast av forskrifta § 3-20 tredje ledd som etter mi meining inneber at når innsette er innanfor fengselsmurane kan dei berre ha tilgang til eksternt datanettverk gjennom fengselet sitt datautstyr, og ikkje private mobiltelefonar. Det må merkast at «tilgjengelig» også kan lesast i samanheng med anna utstyr enn mobiltelefonar, og at ein etter mitt syn ikkje må avgrense uttrykket til utgangar i den konteksten. Dette er fordi «utstyr» også omfattar datamaskiner som vert nytta til opplæring jf. strgjfl. § 18, slik at innsette til dømes får utstyr tilgjengeleg i undervisningssamanheng. Dette er likevel ikkje sentralt i oppgåva sin samanheng, og når det gjeld mobiltelefonar tilseier rettskjeldene at ein med «tilgjengelig» siktar til den tilgangen innsette oppnår ved utgangar.

Den andre delen av avtalen inneber at «kontroll når som helst kan finne stad på dennes bekostning». Med formuleringa «dennes bekostning» forstår ein at tilgangen til privat utstyr har ein pris, nemleg at den aktuelle eininga kan kontrollerast av den andre parten – fengselet. Vidare tilseier formuleringa «når som helst» at det ikkje finst avgrensingar kring når slik kontroll kan finne stad. Dermed kjem det til dømes ikkje fram noko krav til mistanke, slik at kontroll i prinsippet kan gjennomførast ved ein kvar retur tilbake til fengselet etter utgangar.

2.4 Resultatet av rettsgrunnlagsanalysen

At praksisen med mobiltelefonavtaler vart avvikla i mars 2022 er etter min analyse ei korrekt vurdering. Denne avtalen baserte seg på strgjfl. §§ 26, 27 og 28, herunder var kontroll forankra i strgjfl. § 28. Slik Kriminalomsorgen region vest peiker på, er dette ikkje ein klar nok heimel for denne praksisen. Avviklinga av avtalen slik han var utforma var derfor nødvendig. At Kriminalomsorgen region vest ikkje eksplisitt har tatt stilling til forskrifta § 3-20, er truleg ein følge av klagehandsaminga i den konkrete saka. Det aktuelle spørsmålet gjaldt den tidlegare mobiltelefonavtalen, slik at den var utgangspunktet for vurderinga.

Av min analyse kjem det likevel fram at kontroll med mobiltelefonar kan ha heimel i forskrift til straffegjennomføring § 3-20. Oppsummert verkar § 3-20 å vere ein langt klarare heimel for å kontrollere private mobiltelefonar enn strgjfl. § 28. Etter å ha analysert utforminga av

§ 3-20, og spesielt femte ledd, vil eg hevde at føresegna kan seiast å omfatte private mobiltelefonar som vert nytta under utgangar frå fengsel. Vidare talar ordlyden og retningslinene for at kontroll av elektronisk lagra innhald på slike einingar kan heimlast etter denne føresegna. Kravet til samtykke som følger av ordlyden verkar samstundes å vere ein føresetnad for slik kontroll, og samtykke verkar igjen å vere ein føresetnad for å kunne ha private mobiltelefonar tilgjengeleg. Etter mitt syn kan forskrift til straffegjennomføring § 3-20 derfor fungere som heimelsgrunnlag for praksisen med mobiltelefonavtaler.

Denne konklusjonen kan likevel ikkje leggest ukritisk til grunn. Heilt bevisst har eg så langt halde føringar frå Grunnlova (Grl.) og EMK utanfor analysen. Dette vil i det følgande vere hovudfokuset når eg skal vurdere lovlegheita ved regelen i forskrifta § 3-20. Både Grl. § 102 og EMK artikkel 8 vernar om retten til respekt for privatlivet. Grunnlova er tydeleg inspirert av EMK, og må derfor lesast i lys av det vernet som følger av menneskerettane og særleg konvensjonen.¹³ På grunn av dette har eg valt å fokusere på praksis frå EMD, då denne er svært omfangsrik. Utgangspunktet i Grunnlova er likevel samanfallande,¹⁴ og inneber at dersom lovheimelen ikkje oppfyller vilkåra oppstilt i Grl. § 102, vil han vere grunnlovsstridig. På same måte vil inngrep som ikkje kan rettferdiggjera vere konvensjonsstridig etter EMK. I det følgande er spørsmålet eg ynskjer å svare på om kontroll med innsette sine private mobiltelefonar er i tråd med Grunnlova § 102 og EMK artikkel 8. Praksis frå EMD vil vere det sentrale bidraget i den vidare analysen, og fokuset vil vere kva omsyn som gjer seg gjeldande for vurderinga av lovskravet og proporsjonalitetsvurderinga når det gjeld innsette og deira krav på vern av privatlivet.

3 EMK sin innverknad på analysen

3.1 Generelle utgangspunkt – EMK artikkel 8

Den europeiske menneskerettskonvensjonen gjeld som norsk lov jf. menneskerettslova § 2, og skal ved motstrid gå framfor anna lovgjeving jf. menneskerettslova § 3. Menneskerettane kan derfor få avgjerande betydning i analysen av lovlegheita kring kontroll av mobiltelefonar.

¹³ Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, side 35.

¹⁴ Sjø Rt. 2014 s.1105 avsnitt 28 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

EMK artikkel 8 vernar om retten til respekt for privatliv og familieliv. Føresegna er delt opp i to ledd der fyrste ledd definerer retten, medan andre ledd gjev heimel til å gjere inngrep i den aktuelle retten. Fyrste ledd lyder som følger:

Nr. 1: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.»

Ordlyden «enhver» tilseier at retten til respekt for privatliv og familieliv gjeld for alle, og dermed også for innsette som sonar straff i fengsel. I tråd med dette har rettspraksis frå EMD lagt til grunn at konvensjonen sine rettar ikkje stoppar å gjelde medan ein trår innanfor fengselsmurane,¹⁵ med unntak av retten til fridom der det lovleg er ilagt fengselsstraff som uttrykkeleg fell inn under omfanget av EMK artikkel 5 nr.1 andre punktum, bokstav a. Garantiane frå artikkel 8 gjelder dermed også innsette i fengsel,¹⁶ og restriksjonar kring desse rettane må vere rettferdiggjorde.

I denne konteksten er det særleg to relevante interesser som er verna etter artikkelen; «privatliv» og «korrespondanse». Privatliv er eit konsept med breitt meiningsinnhald, og omfattar forhold som identitet, fysisk og moralsk integritet og personleg autonomi. EMD har gjeve uttrykk for at det vanskeleg å gjennomføre ei presis avgrensing av dette konseptet, og avgjersler er derfor gjerne baserte på dei konkrete fakta i den einskilde sak.¹⁷ Sentralt er det likevel at kvar enkelt har rett til vern av detaljar kring sin identitet og personlege sfære.¹⁸

Retten til vern av korrespondanse har av EMD vore definert breitt slik at retten gjeld uavhengig av kva innhald eller form for korrespondansar det er tale om.¹⁹ Dermed dekkjer omgrepet telefon, mail og internettbruk.²⁰

¹⁵ Khodorkovskiy og Lebedev mot Russland (J) 2013, saksnummer 11082/06.

¹⁶ Sjø til dømes Golder mot Storbritannia (J) 1975, saksnummer 4451/70.

¹⁷ Asbjørn Strandbakken, «DNA-registrering og retten til privatliv etter EMK artikkel 8» i *Med ære og samvittighet, Festskrift til Magnus Matningsdal*, Per Erik Bergsjø, Knut Kallerud, Berte-Elen Konow, Asbjørn Strandbakken og Ragna Aarli (red.), 1. utgåve, Gyldendal, 2021, side 326.

¹⁸ Harris, O'Boyle og Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgåve, Oxford University Press, 2018, side 505.

¹⁹ Michaud mot Frankrike (J) 2012, saksnummer 12323/11.

²⁰ Kennedy mot Storbritannia (J) 2010, saksnummer 26839/05.

Ettersom forskrift til straffegjennomføring § 3-20 inneber ein så generell kontroll av personlege mobiltelefonar, er det nokså tydeleg at dette utgjer eit inngrep i retten til privatliv og korrespondanse etter EMK artikkel 8. Som nemnt inneheld mobilen mykje personleg data, herunder applikasjonar med helsedata, private samtalar, bilete, e-postar og meir. Ein gjennomgang av slik informasjon inneber dermed at ein kan få kjennskap til detaljar kring innsette sin identitet og personlege sfære. Tilgang til slik informasjon om personar generelt, og dermed også innsette i fengsel, vil klart vere eit inngrep i privatliv og korrespondanse.

Spørsmålet vert då om inngrep kan rettferdiggjeras med grunnlag i EMK artikkel 8 andre ledd. Denne føresegna lyder som følger:

Nr. 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.»

Føresegna gjev uttrykk for krav til mellom anna lov og til kvaliteten av lova, at det føreligg eit nødvendig behov for inngrep og at inngrepet er proporsjonalt med føremålet. At inngrepet representerer eit nødvendig behov for inngrep, inneber at inngrepet må ha eit legitimt føremål. I praksis vil dette vilkåret sjeldan vere spesielt problematisk ettersom dei ulike omsyna det vert vist til dekkjer over svært mykje. Til dømes vil omsynet til å «forebygge uorden eller kriminalitet» nokså enkelt kunne leggest til grunn som eit legitimt føremål som kan rettferdiggjere inngrep overfor innsette i fengsel. Dette er fordi konseptet fengsel inneber at ein samlar fleire individ som har vist vilje til å handle i strid med straffelova på same geografiske område. Ein forstår at ein slik kombinasjon vil innebere at omsynet til tryggleik gjer seg særleg gjeldande. I likskap med dette synet har EMD gjeve uttrykk for at ein viss grad av kontroll med innsette sin korrespondanse er påkravd og kan sameinast med konvensjonen, tatt i betraktning dei ordinære og rimelege krava som følger av fengsling.²¹ Med dette siktar ein nettopp til den spesielle tryggleikssituasjonen ein finn i fengsel, herunder at dette vil nødvendiggjere tiltak for å sikre ei forsvarleg straffegjennomføring. Eit døme på ei klassisk problemstilling er at innsette via kontakt med verda utanfor driv narkotikaomsetning

²¹ Yefimenko mot Russland (J) 2013, saksnummer 152/04.

inne i fengsel. Dette kan true tryggleiken i fengsel fordi rus aukar risikoen for farlege situasjonar både mellom innsette, og mellom fengselsbetjentar og innsette. Tiltak som til dømes avlytting kan då vere eit nødvendig middel for å avdekke slik omsetning.

EMD syner altså at det er spesielle omsyn som trer fram i fengselskonteksten,²² og inngrep som ville vore uakseptable overfor borgarar ute i samfunnet kan vere heilt nødvendige overfor innsette i fengsel. Dette er truleg grunna i at innsette i fengsel allereie har vist vilje til å gjennomføre ulovlege handlingar. Etter mitt syn føreligg eit nødvendig behov for inngrep i samanheng med at innsette har tilgang til sin private mobiltelefon, all den tid han gjev tilgang til eksternt nettverk under straffegjennomføring, og dermed også moglegheit til å gjennomføre ny straffbar handling eller planlegge flukt.

I det følgande skal eg ta stilling til dei to andre elementa i lovlegheitskontrollen av forskrifta § 3-20. Fyrst ut er ei vurdering av lovkravet, før eg handsamar proporsjonalitetsvurderinga etter EMK artikkel 8 andre ledd.

3.2 Forskriftas § 3-20 femte ledd i lys av lovkravet

Det følger av EMK artikkel 8 andre ledd at inngrep må vere «i samsvar med loven». Dette vert i juridisk teori omtala som lovkravet, og inneber ei generell vurdering av det nasjonale rettsgrunnlaget. Det aktuelle rettsgrunnlaget i nasjonal rett er i denne samanhengen forskrift til straffegjennomføringslova § 3-20 femte ledd. I utgangspunktet kan forskrifter oppfylle kravet om at inngrepet må vere nedfelt i nasjonal lov, då EMD ikkje har gitt føringar for kva type lovgjeving det må vere tale om.²³ Etter mitt syn vert lovkravet likevel svekt av at § 3-20 femte ledd er ei forskrift, då ho er plassert under strgfl. § 26 som ikkje regulerer kontroll.

Straffegjennomføringslova § 26 fyrste ledd gjev kriminalomsorgen heimel til å «gi bestemmelser om hvilke gjenstander som det er tillatt å ta med inn eller ut av fengsel». Lova delegerer med dette kriminalomsorgen kompetanse til å utforme føresegner i forskrift, men desse burde ikkje gå utover det lova gjev kompetanse til. Forskrifta § 3-20 generelt handlar om tilgangen til datautstyr, og fell slik sett innanfor kompetanseføresegna. Femte ledd handlar

²² Harris, O'Boyle og Warbrick, side 564.

²³ Sunday Times mot Storbritannia (J) 1979, saksnummer 6538/74, avsnitt 47.

derimot om kontroll, og er dermed i alle fall ikkje i kjernen av kva kriminalomsorgen har fått kompetanse til å utforme reglar om etter strgjfl. § 26. På bakgrunn av samanhengen i lova, burde femte ledd tilhøyra strgjfl. § 28 som er heimelen for kontroll av gjenstandar. Dette svekker etter mitt syn lovskravet som følger av EMK artikkel 8 andre ledd, og det framstår som nokså tydeleg at ein under utarbeidinga av forskrifta ikkje hadde tenkt på problemstillinga knytt til mobiltelefonar.

I tillegg til at det må finnast eit rettsgrunnlag i nasjonal rett, må rettsgrunnlaget også vere av ein viss kvalitet.²⁴ I kravet til kvalitet ligg mellom anna omsynet til å kunne føreseie sin rettsstilling, herunder må utforminga av lova vere så presis at ho gjer eit tilstrekkeleg rettleiande varsel.²⁵ Samstundes som ein krev ein presis lovheimel, har EMD uttrykt at for rigide reglar vil vere umogeleg å utforme i praksis.²⁶ I dilemmaet mellom klar lovheimel og å oppnå føremålet med inngrepet, vil det vere avgjerande kva inngrep ein talar om. EMD har vist at vurderinga av lovskravet ofte skilir over i proporsjonalitetsvurderinga,²⁷ og i denne samanheng talar ein om kontroll av svært inngripande karakter. Behovet for å kontrollere innsette sin kontakt med verda utanfor fengselsmurane må derfor basere seg på ein klar og tilgjengeleg lovheimel, for å sikre fråvær av vilkårlegheit og maktmisbruk frå staten.²⁸

I *S and Marper mot Storbritannia* var spørsmålet om registrering i eit DNA-register var ei krenking av artikkel 8. Domstolen kom til at slik registrering rørte ved rettane verna etter artikkel 8 fyrste ledd, og stilte deretter spørsmål om vilkåra for å gjere inngrep etter andre ledd var oppfylt. Når det gjaldt lovskravet framheva domstolen at i samanheng med avlytting, hemmeleg overvaking og innhenting av informasjon var det sentralt at lovgjevinga inneheldt moment som gav tilstrekkelege garantiar mot risikoen for misbruk og vilkårlegheit.²⁹

Vidare peika dei på at dette kunne verte oppnådd ved klare, detaljerte reglar for omfanget og bruken av tiltaket, minimumsgarantiar om lagring, bruk og tilgang for tredjepartar, og prosedyrar for å bevare integriteten og konfidensialiteten til data, samt prosedyrar for

²⁴ Malone mot Storbritannia (J) 1984, saksnummer 8691/79.

²⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1 : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2022, side 131-134.

²⁶ Sunday Times mot Storbritannia, avsnitt 47.

²⁷ Sjø til dømes Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 155.

²⁸ Doerga mot Nederland (J) 2004, saksnummer 50210/99.

²⁹ S and Marper mot Storbritannia (J) 2008, saksnummer 30562/04, avsnitt 99.

sletting.³⁰ Sjølv om dommen grunnar på eit anna tilfelle enn det som gjer seg gjeldande i denne oppgåva, er momenta generelt utforma. Dommen syner dermed at det eksisterer visse krav for innhenting av informasjon overfor straffedømde.

Når det gjeld detaljar kring korleis inngrepet vert praktisert, går det berre fram av forskrifta § 3-20 femte ledd at utstyr kan «gjennomgås og kontrollerast». Utover dette inneber verken forskrifta eller retningslinene til straffegjennomføringslova nærmare detaljar kring kontroll av mobiltelefonar etter utgang frå fengsel. Som nemnd kan det tenkast at forskrifta § 3-20 tredje ledd si tilvising til «brevkontroll» tilseier at kontrollen må utførast i tråd med reglane i strgjfl. § 30. Etter mitt syn er det som nemnd likevel ikkje grunnlag for ei slik slutning, då kontroll med mobiltelefonar i praksis er så ulikt kontroll etter strgjfl. § 30. Femte ledd må derfor lesast som ei føresegn som gjev fengselet høve til å inngå avtale om kontroll, utan at det går tydeleg fram kva avtalen kan innebere. Regelen verkar etter min meining derfor å vere mangelfull i relasjon til lovskravet, fordi det er så få detaljar kring kontrollen sin praksis.

Forskrifta § 3-20 femte ledd er totalt sett svært generelt utforma. Når det gjeld høve til å drive kontroll, går det berre fram at kontroll kan finne stad «når som helst». Det finst derfor ikkje noko mistankekrav i forskrifta som kan avgrense kontrollen. Dette gjev fengselet eit svært utstrekt høve til å kontrollere private mobiltelefonar, og ei slik utforming representerer derfor ein risiko for misbruk og vilkårlegheit. I tillegg til dette, vil mangelen på eit mistankekrav gjere det vanskeleg for innsette å føreseie si rettsstilling.

Når det gjeld detaljar kring lagring og sletting, kan det hevdast at dette er mindre viktig i oppgåva sin kontekst. Dette er fordi kontrollen ikkje inneber ei direkte lagring av informasjon, men heller ei gjennomlesing for å avdekke vilkårsbrot under utgang. Samstundes er det klart at dersom det vert avdekka brot eller kriminelle handlingar, vil dette kunne få konsekvensar for innsette.³¹ At det ikkje går fram noko om kva funn ved kontroll vil medføre, bidrar dermed noko til at lovkravet vert svekt.

Etter dette er min oppfatning at det er to hovudproblem med forskrifta si utforming. For det fyrste finst det ikkje noko mistankekrav, slik at omfanget av kontrollen er ukjent for innsette. For det andre er han ikkje tilstrekkeleg detaljert, noko som inneber at det vert vanskeleg for

³⁰ S and Marper mot Storbritannia, avsnitt 99.

³¹ Sjå til dømes Vedlegg 1 og konsekvensane som følger av Bjørgvin fengsel sin mobiltelefonavtale.

innsette å føresjå konsekvensane av kontrollen. Vidare tilseier innhaldet i forskrifta slik det er skissert i kapittel 2, at plasseringa av den er problematisk. Retningslinene til straffegjennomføringslova bidrar heller ikkje til avklaring, og inntrykket er derfor at ein ved utforminga av regelen ikkje tenkte at mobiltelefonar ein dag ville reknast som privat datautstyr. Forskrifta § 3-20 femte ledd er etter mitt syn totalt sett utforma på ein måte som gjev potensiale for ein meir omfattande kontroll enn det er grunnlag for. På dette punkt skil vurderinga over i proporsjonalitetsvurderinga, og eg ynskjer derfor å gå vidare til denne før ein endeleg konklusjon vert presentert.

3.3 Særleg om proporsjonalitetsvurderinga

EMK artikkel 8 andre ledd inneber også eit krav til proporsjonalitet for å kunne rettferdiggjere inngrep. Med dette siktar ein til at inngrepet ikkje skal vere større enn at føremålet vert oppnådd, og det vert derfor også kalla for nødvendigheitsvurderinga. I det følgande, når eg vil ta stilling til proporsjonalitetsvurderinga, er det sentralt å trekke fram dei omsyna som gjer seg gjeldande i fengselskonteksten. Når desse omsyna er identifiserte, vil eg forsøke å overføre dei til oppgåva sin kontekst og vurdere om inngrep etter forskrifta § 3-20 femte ledd oppfyller kravet til proporsjonalitet.

EMD har generelt gjeve uttrykk for at nokre formar for kontroll med innsette sin kontakt med verda utanfor må akseptast på grunn av omsynet til tryggleik.³² I *Aliev mot Ukraina* uttalar domstolen følgande om avveginga mellom kontakt med omverda og behovet for kontroll:

«The security regime inside the prison is aimed at protecting the public at large from dangerous offenders and also at protecting the prison inmates themselves. The prison authorities thus have a legitimate interest in protecting security by means which seek to reduce or limit security risks. At the same time a proper balance must be struck between the interests of security and respect for the right of inmates to maintain contact with the outside world.» *Aliev mot Ukraina*, avsnitt 181.

Overordna verkar tryggleik å vere det omsynet som trer fram som særleg spesielt i fengselskonteksten, altså der det er tale om å gjere inngrep i innsette sine rettar. EMD syner at

³² Sjå til dømes *Aliev mot Ukraina* (J) 2003, saksnummer 41220/98 og *Kyriacou Tsiakkourmas m.fl mot Tyrkia* (J) 2015, saksnummer 13320/02.

det er ein viktig skilnad mellom å gjere inngrep i rettane til lovbrutarar og andre borgarar. Det handlar ikkje om at innsette i fengsel ikkje fortener vernet etter EMK, men snarare at handlingar gjennomført av denne gruppa har medført fengselsstraff. Dermed har desse individa vist vilje til å handle i strid med lova, og gjerne på ein måte som har gått utover andre i samfunnet eller samfunnet som heilskap. Når ein slik vilje har gjort seg gjeldande syner praksis frå EMD at tiltak vil vere nødvendig for å sikre tryggleiken både innanfor fengselsmurane, og ute i samfunnet. Ein slik haldning til innsette gjennomsyner også den norske straffegjennomføringslova. Tryggleik kjem fram som eit overordna mål i strgjfl. § 3 som gjer gjeldande at «Gjennomføring av reaksjonen skal være sikkerhetsmessig forsvarlig». Vidare er tryggleiksvurderingar også noko som må ligge til grunn når vedtak om permisjonar jf. strgjfl. § 33 eller vedtak om frigang jf. strgjfl. § 20 vert innvilga. Det er dermed tale om ei form for risikovurdering som ikkje trer like klart fram ved proporsjonalitetsvurderinga i saker som gjeld andre borgarar.

I forlenginga av dette har EMD i fleire avgjersler lagt vekt på lovbrotskategorien i den konkrete saka.³³ Dette inneber at omsynet til tryggleik også kan rettferdiggjere nokså inngripande tiltak. Med andre ord har EMD vurdert tiltak som proporsjonale sjølv om dei har vore svært inngripande, fordi tryggleiksriskoen gjer seg sterkt gjeldande. Eit sentralt siktemål med fengsling, og essensielle funksjonar ved ei fengselsstraff, er trass alt å verne samfunnet frå kriminalitet.³⁴ Dette målet har også ei side mot statens sikreplikt etter EMK artikkel 1. Til dømes har EMD uttalt at mangel på lovgjeving som kan gje staten verktøy for å sikre andre sine rettar, kan utgjere eit brot på konvensjonen.³⁵

Samstundes syner EMD-praksis at personar under straffegjennomføring er i ein sårbar posisjon, og at styresmakta derfor har ein plikt til å verne dei.³⁶ Ein essensiell del av innsette sin respekt for familieliv er at fengselsvesenet bidrar til at kontakt med nær familie vert oppretthalde.³⁷ Dette omsynet er derfor også av betydning for proporsjonalitetsvurderinga. Vidare går det fram av praksis frå EMD at omsynet til rehabilitering, altså reintegreringa tilbake til samfunnet, er eit viktig siktemål i europeisk kriminalpolitikk.³⁸ Sjølv om

³³ Sjø til dømes *Mastromatteo mot Italia* (J) 2002, saksnummer 37703/97.

³⁴ *Silver m.fl. mot Storbritannia* (J) 1983, saksnummer 5947/72.

³⁵ *K.U. mot Finland* (J) 2008, saksnummer 2872/02.

³⁶ Sjø til dømes *Rooman mot Belgia* (J) 2019, saksnummer 18052/11.

³⁷ Sjø til dømes *Trosin mot Ukraina* (J) 2012, saksnummer 39758/05.

³⁸ *Murray mot Nederland* (J) 2016, saksnummer 10511/10.

rehabilitering ikkje er ein rett med direkte vern i konvensjonen, kan ein hevde at manglande progresjon i straffegjennomføringa vil kunne kome i konflikt med EMK artikkel 3. Til dømes har EMD uttalt at livstidsstraff vil stride mot artikkel 3 fordi innsette har krav på eit håp om å ein dag verte lauslatne frå fengselsstraff.³⁹ Av dette kan ein peike på at omsynet til tryggleik må balanserast med innsette sitt høve til å oppnå soningsprogresjon. Dette følger også av norsk rett, mellom anna av forskrifta § 1-2 fyrste ledd: «Så langt det er forenlig med hensynet til samfunnets sikkerhet og den alminnelige rettsoppfatning, skal forholdene legges til rette for at den straffedømte gis mulighet til å endre livsførsel og hindre tilbakefall.»

EMD har også lagt vekt på alvorsgraden av kva som står på spel for den innsette i proporsjonalitetsvurderinga. Til dømes syner domstolen i *Ploski mot Polen* at å nekte å innvilge ein innsett sin søknad om permisjon for å gå i foreldra sin gravferd, var i strid med EMK artikkel 8 då det ikkje fanst nokon god grunn for å nekte dette, samt at det fanst alternativ til permisjon.⁴⁰ Omsynet som trer fram er dermed at dess viktigare ein rett eller plikt er for innsette, dess tyngre må omsynet til tryggleik gjere seg gjeldande for å kunne treffe ei proporsjonal avgjersle i vurderinga.

I forlenginga av dette må proporsjonalitetsvurderinga openbert også ta omsyn til kor inngripande tiltak det er tale om. I *Lüdi mot Sveits* var spørsmålet om politiet sin overvaking av klagaren representerte eit inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8. Avgjersla gjev uttrykk for at styresmakta sin overvakingsaktivitet ikkje representerer eit inngrep i EMK artikkel 8, så lenge informasjonen som vert erverva ikkje vert lagra og seinare nytta. John Reidar Nilsen omtalar dommen i sin doktoravhandling, og uttalar at EMD tilsynelatande skil mellom aktiviteten; overvaking, og produktet; informasjon. Dette skiljet gjer signal om at ein må tole overvaking som aktivitet, men ikkje verknaden av han. Nilsen kritiserer eit slikt standpunkt og hevdar at sjølv om visse overvakingsmetodar ikkje suspenderer individets rettar, er det grunnlag for å hevde at aktiviteten verkar inn på individets psykiske integritet. Han tar deretter til ordet for at overvaking som polisier aktivitet vil vere av ein slik intensitet at han alltid overstig den nærmare definerte tolegrensa for tyngande myndigheitsutøving.⁴¹

³⁹ Vinter m.fl. mot Storbritannia (J) 2013, saksnummer 66069/09.

⁴⁰ Ploski mot Polen (J) 2002, saksnummer 26761/95.

⁴¹ John Reidar Nilsen, *Politirett og rettsstat : sentrale menneskerettslige skranker for den polisier myndighetsutøvelsen*, 1. utgåve, Gyldendal, 2022, side 290-293.

Dommen og Nilsen sine refleksjonar tilseier etter dette at ein i proporsjonalitetsvurderinga startar i motbakke, fordi inngrepet overvaking representerer er av alvorleg karakter.

Vidare er det i relasjon til EMK artikkel 8 også andre viktige omsyn som gjer seg gjeldande. Ein dom av interesse er *Yefimenko mot Russland* der spørsmålet var om fengselet sin gjennomgang av ein innsett sin korrespondanse oppfylte kravet til proporsjonalitet i konvensjonen sin artikkel 8 andre ledd. I denne samanheng må det nemnast at EMD skil mellom «privileged correspondence» og «non-privileged correspondence». Dette skiljet inneber at nokon formar for korrespondanse har eit særleg vern, og ein talar då særleg om korrespondanse som inneheld helseopplysningar og korrespondanse med advokatar.⁴²

Dommen handla om gjennomgang av ikkje-priviligert korrespondanse, altså korrespondanse utan særskilt vern. All slik korrespondanse vart kontrollert av fengselsadministrasjonen, med heimel i nasjonal rett. Lovgjevinga innebar ein rutinemessig kontroll, som ikkje var avgrensa til varigheit eller omfang, og føresegna spesifiserte heller ikkje korleis kontrollen vart utøvd. Det fants heller ingenting i regelverket som gav moglegheit til å kontrollere kontrollørane, og tilstrekkeleg sikring var derfor ikkje på plass for å unngå ein overdriven effekt av inngrepet. Fengselet var dermed ikkje forplikta til å vise til noko legitimt føremål, og kontrollen var heller ikkje knytt til straffesaka mot klagaren. Det var derfor tvilsamt at inngrepet i klagaren sin korrespondanse kunne reknast som rettferdiggjort i relasjon til føremålet om å førebygge uorden eller kriminalitet. Den russiske lovgjevinga var dermed ikkje utforma med mål om å oppnå rettsleg vern mot vilkårleg innblanding frå fengselet i klagaren sin korrespondanse.

Etter dette er dei sentrale omsyna gjort greie for, og eg skal i det følgande vurdere desse opp mot forskrifta § 3-20 femte ledd. Dommen i *Yefimenko mot Russland* gjeld kontroll av brev, men omsyna som trer fram i dommen kan likevel overførast til oppgåva sin kontekst.

Domstolen legg særleg vekt på at lova må vere utforma på ein måte som sikrar innsette frå vilkårlege inngrep i retten til privatlivet, herunder må inngrep kunne knytast opp mot det føremålet fengselet ynskjer å oppnå. Rutinemessige kontrollar utan noko krav om mistanke verkar dermed å vere problematisk også i samanheng med proporsjonalitet. Som nemnt er det manglar ved forskrifta § 3-20 femte ledd når det gjeld krav til mistanke, og dette kan medføre at kontroll med mobiltelefonar får ein uklar samanheng til inngrepet sitt føremål. Mellom

⁴² Sjå til dømes *Yefimenko mot Russland* og *Szuluk mot Storbritannia (J)* 2009, saksnummer 36936/05.

anna vil det vere vanskeleg å argumentere for at det er nødvendig å gjennomgå innsette sine bilete etter julepermisjon, når vedkomande er dømd for kroppskrenking.

Omsynet til at innsette skal kunne oppretthalde kontakt med verda utanfor, er etter mitt syn ikkje like relevant i oppgåva sin samanheng. Det må understrekast at innsette i fengsel som får tilgang til sin private mobiltelefon, ikkje nyttar denne innanfor fengselsmurane. Medan innsette oppheld seg i fengselet må dei derfor bruke fengselet sine telefonkioskar, samt at dei kan skrive og motta brev. Omsynet til kontakt med nær familie vert derfor ivaretatt uavhengig av tilgang til mobiltelefon. I retningslinene punkt 26.12 går det fram at tilgang til å ha privat datautstyr tilgjengeleg «... er å anse som en begunstigelse...». Det er altså på mange måtar tale om ein praktisk bonus som følger med utgangar frå fengsel. Ein kan hevde at å nekte innsette tilgang til privat mobiltelefon, ikkje utgjer ei avgjersle med stor alvorsgrad.

I proporsjonalitetsvurderinga tilseier denne alvorsgraden at ein kan vektlegge tryggleiksriskoen som gjer seg gjeldande ved å gje innsette tilgang til mobiltelefonar, også når denne risikoen er mindre tydeleg. Samstundes utgjer tilgang til mobiltelefon ein tryggleiksrisiko uavhengig av lovbrotskategorien. Saman trekker desse momenta i retning av at mangelen på eit mistankekrav i forskriftas § 3-20 femte ledd er mindre problematisk, ettersom høve til å gjere lovbrøt er stort så fort ein har tilgang til eksternt nettverk.

Dersom ein samanliknar fengselet sin kontroll av mobiltelefonar med politiet si verksemd, verkar tiltaket å likne mest på open, manuell overvaking. Open overvaking i polisiær verksemd er kjenneteikna ved at den som er gjenstand for verksemda er kjent med at ho finn stad. Vidare inneber manuell overvaking at tenestepersonar er fysisk til stades og føretar direkte observasjonar av den som er gjenstand for verksemda.⁴³ Ved kontroll av mobiltelefonar er innsette klare over at mobilen vert kontrollert, og kontrollen vert gjennomført av ein fengselsbetjent ved gjennomlesing. Det er dermed ikkje tale om å lagre informasjonen som finst på eininga, men heller å leite etter uregelmessig aktivitet. Til tross for dette er eg samd med John Reidar Nilsen i at overvaking alltid vil overstige tolegrensa for tyngande inngrep, også innanfor kriminalomsorgen og overfor straffedømde.

⁴³ John Reidar Nilsen, side 288-289.

3.4 Konklusjon

Omsynet til innsette sin kontakt med nær familie i proporsjonalitetsvurderinga, har lite betydning då mobiltelefonen ikkje er primærkjelda til slik kontakt under straffegjennomføring. Vidare finst det etter mitt syn ingen omsyn som tilseier at innsette har krav på å få mobiltelefonen tilgjengeleg. Derimot er omsynet til å unngå vilkårlige inngrep sentralt ettersom innsette utgjer ei særleg sårbar gruppe som fort kan verte utsett for tyngande tiltak. Ei kvar form for kontroll som griper inn i den private sfære skal derfor handsamast med varsemd. Omsynet til vilkårlegheit har hatt betydning i både proporsjonalitetsvurdering og vurderinga av lovskravet, og den generelle utforminga av forskriftas § 3-20 femte ledd er etter mitt syn det mest problematiske i lys av desse vilkåra.

Det går fram av drøftinga over at det eksisterer fleire motstridande omsyn i proporsjonalitetsvurderinga. Eg uttalte at tryggleiksrisikoen gjer seg gjeldande uansett når innsette får tilgang til eksternt nettverk, noko som kan tale for at omsynet til lovbrotskategori vert sekundært. Samstundes tilseier utgreinga kring mistankekravet at det vil vere problematisk å kontrollere ein kvar innsett «når som helst» jf. forskriftas § 3-20 femte ledd. I realiteten vil mistanke om lovbrøt vere sterkare overfor innsette som sonar straff for visse lovbrotskategoriar. Til dømes vil det verke meir proporsjonalt å kontrollere ein innsett sin mobiltelefon når han sonar straff for nedlasting av framstillingar som seksualiserer born, enn valdslovbrytarar. På denne bakgrunn er ikkje omsynet til tryggleik så dominerande i vurderinga at det kan unnskylde mangelen på ivaretaking av andre omsyn i forskriftas § 3-20 femte ledd. Det må vere visse minimumsgarantiar til stades i lovgjevinga, og desse må gå tilstrekkeleg klart fram og vere tilgjengelege for innsette.

Samla sett vil inngrep slik dei er skisserte etter forskriftas § 3-20 femte ledd, vere uproportjonale. Til tross for at omsynet til tryggleik står svært sentralt, må kontrollen ha ein klar samanheng med eit siktemål om å oppnå tryggleik i fengsel, og førebyggje kriminalitet i samfunnet.⁴⁴ Ein generell og utstrekt kontroll vil raskt miste føremålet med kontrollen av syne, og medføre at innsette vert utsett for ein omfattande kontroll. Etter mitt syn er forskrifta § 3-20 femte ledd sine manglande føringar på korleis kontrollen skal utførast problematisk. Vidare kan helseopplysningar og advokatkorrespondanse som den absolutte hovudregel ikkje

⁴⁴ Sjå til dømes Van der Ven mot Nederland (J) 2003, saksnummer 50901/99.

kontrollerast, dersom inngrepet skal vere proporsjonalt. Etter dette vil kontroll av mobiltelefonar med heimel i forskrifta § 3-20 utgjere eit inngrep i retten til privatliv som ikkje kan rettferdiggjera med heimel i EMK art. 8 nr. 2.

Forskrifta § 3-20 femte ledd inneheld som nemnd også eit samtykkekrav som så langt ikkje har vore ein del av lovlegheitsvurderinga. I neste kapittel skal eg derfor ta stilling til kva betydning samtykke har, og om dette kan medføre at kontroll av mobiltelefonar likevel kan vere i samsvar med EMK og Grunnlova.

4 Høve til å gje avkall på rettigheter

4.1 Ein kort presentasjon av problemstillinga

Som gjort greie for tidlegare i oppgåva spenner retten til privatliv over ei rekke verdiar og interesser, og kan skildrast som ein «sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke.»⁴⁵ Kva betydning har det då dersom innsette tillèt fengselsmakta å gjere inngrep, slik at det føreligg samtykke? I det følgande skal eg ta stilling til praksis frå EMD når det gjeld høve til å gje avkall på rettar verna etter artikkel 8. Deretter skal eg vurdere om dette eventuelt gjev kriminalomsorgen høve til å inngå avtaler med innsette om kontroll av mobiltelefonar.

4.2 EMD sitt syn på å gje avkall på retten til privatliv

Det er særleg to sentrale omsyn som er i spel når det er tale om å gje avkall på rettar verna av EMK. På den eine sida står den individuelle sjølvråderetten, og på den andre står statens paternalisme⁴⁶ som i denne samanheng inneber eit mål om å oppfylle statens plikt til å sikre konvensjonen sine rettar. Det er ikkje tale om enten-eller når det kjem til å gje avkall på rettar, og spørsmålet må derfor avvegast på grunnlag av dei nemnde omsyna.⁴⁷

⁴⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, side 226.

⁴⁶ Ein avgrensing av den enkelte sin autonomi for å sikre vedkomandes og samfunnets interesser.

⁴⁷ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», *Nordic journal of Human Rights*, 2011, Vol. 29, s. 279-290, på side 279.

Praksis frå EMD har i nokre saker tillate avkall på rettar, og i andre avvist det.⁴⁸ Domstolen sin standardformulering om emnet lyder som følger:

«... waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as it is permissible – must not run counter to any important public interest, must be established in an unequivocal manner and requires minimum guarantees commensurate to the waiver's importance...» *Blake mot Storbritannia* (J) 2006, saksnummer 68890/01, avsnitt 127.

Det er altså tre moment som gjer seg gjeldande for problemstillinga; avkallet må ikkje stride mot viktige allmenne interesser, avkallet må vere etablert på ein utvitydig måte, og det må finnast minimumsgarantiar som står i forhold til avkallet si betydning.

At avkall på retten ikkje kan stride mot viktige allmenne interesser har ei side mot kva rett det er tale om. Det er derfor eit skilje mellom ikkje-fråvikelege rettar slik som forbodet mot tortur etter artikkel 3, og fråvikelege rettar som retten til privatliv etter artikkel 8 som har ein unntaksregel i andre ledd.⁴⁹ I utgangspunktet er samtykke til kontroll av privat mobiltelefon mot å gjere han tilgjengeleg derfor mogeleg, då denne praksisen rører ved rettar som er fråvikelege. Det er likevel eit poeng at samtykke til slik kontroll ikkje berre angår innsette, men også mottakar av eventuell korrespondanse. Når dette er tilfelle vil sjølvrådet stå svakare, og det vil vere behov for å peike på andre allmenne interesser som talar for å godta avkallet på retten.⁵⁰ I denne samanheng er det særleg to faktorar ein kan peike på. For det fyrste kan tilgang til mobiltelefon bidra til at innsette vert betre integrert tilbake til ein normal kvardag. Med omsyn til rehabilitetsperspektivet og progresjon i soningsforløpet kan tilgang til mobiltelefon derfor vere positivt og i den allmenne interesse. For det andre, gjeve at mobiltelefonen er tilgjengeleg, vil kontroll av mobiltelefonar bidra til å sikre andre individ frå krenking av rettar. Når ein fyrst har gjeve innsette tilgang på eksternt nettverk under straffegjennomføringa, vil det i eit samfunnsperspektiv vere i den allmenne interesse å kontrollere denne tilgangen. Det er derfor etter mitt syn gode grunnar for å sei at avkall ikkje vil stride mot allmenne interesser.

⁴⁸ Håkansson & Stureson mot Sverige (J) 1990 saksnummer 11855/85 og De Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia (J) 1971, saksnummer 2832/66.

⁴⁹ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», side 283.

⁵⁰ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», side 284.

Vurderinga av motstridande allmenne interesser er likevel sekundært. Viktigare er momentet om at avkallet må vere etablert på ein utvitydig måte.⁵¹ Dette momentet inneber at det vert klarlagt om rettshavar har meint å gje avkall på retten. I denne konteksten inneber dette ein vurdering av om innsette er i stand til å vurdere betydninga av avkallet som eit samtykke til kontroll representerer. Vidare må det vurderast om det føreligg eit moment av tvang for å kunne ta stilling til om samtykke til kontroll er gyldig. Fråvær av tvang og tilstrekkeleg evne til å ta stilling til avkallet, verkar å utgjere ufråvikelege krav som må gjere seg gjeldande for at avkallet skal kunne fritta staten frå ansvar.⁵²

Det kan vere utfordrande å ta stilling til om innsette generelt er i stand til å vurdere betydninga av avkallet. Vurderinga må derfor basere seg på overordna moment, slik som at avkallet er uttrykt tydeleg og ikkje antatt på bakgrunn av passivitet. Etersom det av forskriftas § 3-20 femte ledd går fram at det må «... innhentes skriftlig samtykke...» er innsette godt sikra når det gjeld korleis avkallet vert uttrykt. Vidare er tidspunktet for samtykke av betydning, og det er større grunn til å godta eit avkall som gjeld her og no, framfor at det skal gjelde for framtidige situasjonar. Jørgen Aall skriv i sin artikkel at grunnen til dette er at:

«A waiver with reference to a future situation is troublesome both because it is difficult intellectually to have a sufficient grasp of its consequences, in the present, and because the circumstances that formed the basis for waiver in reality may have changed. The qualms connected to a bygone waiver increase proportionately with the lapse of time between the waiver and its implementation.»

Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», side 281, punkt d).

Når det gjeld samtykke til kontroll av mobiltelefonar, går det fram av forskrifta § 3-20 at kontroll kan skje «når som helst» etter at samtykke er innhenta. Dette inneber at innsette ikkje veit nøyaktig når kontroll vil bli gjennomført, eller kor ofte. Det finst heller inga tidsavgrensing av tiltaket, noko som betyr at tida mellom avkallet og kontrollen i prinsippet kan vere svært lang. Innsette sin moglegheit til å vurdere betydninga av avkallet, og konsekvensane av det, vert dermed svekt.

⁵¹ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», side 282

⁵² Deweer mot Belgia (J) 1980, saksnummer 6903/75 og D.H. m.fl. mot Tsjekkia (J) 2007, saksnummer 57325/00.

Dette kan likevel avhjelpast ved at avkallet på retten kan tilbakekallast. Det vil vere mindre tvil kring eit avkall dersom rettshavar fortløpande kan vurdere om samtykke fekk dei verknader vedkomande vart førespegla.⁵³ Det går ikkje klart fram av ordlyden i forskrifta om innsette kan trekke samtykke tilbake, men det er heller ingenting som tilseier at innsette ikkje kan gjere det. Dersom ein legg til grunn at det er tale om ein avtale mellom fengsel og innsett, burde det vere uproblematisk at innsette trekk samtykke tilbake med den verknad at mobiltelefonen ikkje lenger er tilgjengeleg ved utgangar. Ein slik slutning kan underbyggast av at tilgang til mobiltelefon ikkje er eit rettsleg krav for innsette, og at kontroll berre er nødvendig så lenge innsette faktisk har mobiltelefonen tilgjengeleg.

Meir problematisk er kravet til fråvær av tvang. Frykta for å miste eit gode som kan verte oppnådd ved å samtykke til inngrep, kan utgjere ein avgrensing som gjer avkallet ugyldig. Grunnen til dette er at dersom avkallet vert ein føresetnad for å oppnå noko, vil freistinga for å akseptere inngrepet stor.⁵⁴ Særleg vil dette vere tilfellet der essensielle ting står på spel. Eit døme er dommen i *Deweer mot Belgia* kor ein slaktar ikkje hadde regulert prisen på varene sine i samsvar med belgisk regelverk. Som ein konsekvens vart det fatta vedtak om å stenge butikken inntil saka var avgjort i retten, eller inntil klagaren hadde betalt 10 000 belgiske franc. Dette var ikkje å rekne som ei bot, men heller som ein minneleg løysing. Klagaren betalte summen, og gav dermed avkall på retten til ein rettferdig rettargang. EMD uttala at det var eit misforhold mellom dei to alternativa klagaren stod overfor, og presset frå staten om å betale vart dermed så stort at klagaren til slutt gav etter. Dommen illustrerer at dersom gode som står på spel gjeld levebrødet, vil avkallet vanskeleg kunne seiast å vere gjeve utan press.

I oppgåva sin kontekst er det ikkje levebrødet til dei innsette som står på spel. Det er heller ikkje, som nemnd, tale om at innsette ikkje får halde kontakt med nær familie. Ein kan dermed argumentere for at presset kring å gje avkall på retten til privatliv ikkje er særleg stort. På den andre sida er mobiltelefonen noko dei aller fleste nyttar kvar dag, slik at å miste tilgangen til han truleg vil vere ein av mange negative konsekvensar av straffegjennomføring. Vidare finst ikkje noko fullgodt alternativ til den private mobiltelefonen som kan bøte på presset. Datamaskiner og nettbrett i fengsel har avgrensa tilgangar, og å gjennomføre utgangar utan mobiltelefon kan vere upraktisk for innsette. Det føreligg etter dette eit moderat press.

⁵³ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)», *Nordic journal of Human Rights*, 2011, Vol. 28, s. 300-370, på side 349.

⁵⁴ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)», side 340.

Det siste momentet i vurderinga er eigentleg ei proporsjonalitetsvurdering. Det må gjere seg gjeldande minimumsgarantiar som i tilstrekkeleg grad bøter på konsekvensane av avkallet. Retten til privatliv står på spel, og som gjort greie for tidlegare i oppgåva er ikkje forskrifta § 3-20 femte ledd utstyrt med detaljerte reglar som sikrar innsette frå vilkårleg kontroll. Dei same omsyna vil gjere seg gjeldande i denne samanhengen, og tilseier at avkallet vil gje fengselet eit utstrekt høve til kontroll. Etter mitt syn får dermed fengselet ein vel så stor fordel frå eit samtykke til kontroll, som innsette. Med dette siktar eg til at ein ved å kunne kontrollere innsette sine private mobiltelefonar vil få tilgang til ei rekkje detaljar ved innsette sine relasjonar, interesser og planar for framtida. Fengselet vil dermed få inngåande kunnskap om kvar enkelt innsett, medan innsette berre vil få mobiltelefonen tilgjengeleg.

I samheng med proporsjonalitetsvurderinga er det interessant å sjå litt nærmare på mobiltelefonavtalen til Bjørgvin fengsel. Det går fram av reglane i avtalen at «Innsatte har ikke mulighet til å slette logg eller iverksette andre tiltak som medfører at det ikke er mulig å gjennomføre kontroll av telefonen». Punktet gjev med dette ikkje uttrykk for at til dømes advokatkorrespondanse eller helseopplysningar skal slettast før kontroll, men tvert om at ein kvar sletting ikkje er tillate. Vidare følger det at «Alle apper/filer på enheten SKAL være tilgjengelig for kontroll. Passordbeskyttelse på apper og filer på telefonen tillates ikke». Dette medfører heller ikkje minimumsgarantiar som kan avhjelpe mangelen på detaljar i forskrifta § 3-20 femte ledd. Tvert i mot følger det av avtalen at dersom «... brudd på denne avtalen...» vert avdekka, vil avtalen «... umiddelbart trekkes tilbake, rapport skrives og muligheten til å benytte telefonen senere i soningen kan bortfalle». Innsatte kan dermed ikkje avgrense fengselet sitt innsyn i telefonen ved passordbeskytta applikasjonar, utan å risikere konsekvensar.

Mobiltelefonavtalen til Bjørgvin fengsel er berre eit døme på korleis kriminalomsorgen har drive kontroll med private mobiltelefonar, og han vert ikkje lenger praktisert. Avtalen illustrerer likevel at dersom ein slik praksis skal kunne nyttast, må dei innehalde minimumsgarantiar som gjer inngrepet i privatlivet proporsjonalt. Etter dette er eg komen til at innsette i utgangspunktet kan gje avkall på retten til privatliv mot tilgang til private mobiltelefonar. Likevel oppfyller ikkje forskriftas § 3-20 etter mitt syn dei krava som EMD har oppstilt, noko Bjørgvin fengsel sin mobilavtale illustrerer. Konklusjonen er derfor at samtykke til kontroll ikkje kan rettferdiggjere inngrep i EMK artikkel 8 i oppgåva sin samheng.

4.3 Kan kriminalomsorgen sette vilkår om at innsette skal inngå mobiltelefonavtale?

Med utgangspunkt i at innsette kan gje avkall på retten til privatliv, mot å få mobiltelefonen tilgjengeleg, skal eg i det følgande vurdere om kriminalomsorgen kan sette vilkår om at innsette må inngå slike avtaler. Føresetnaden er då at avkallet er etablert i tråd med EMD sine føringar, og den vidare utgreiinga er derfor hypotetisk. Spørsmålet er om innsette som ynskjer å få mobiltelefonen tilgjengeleg ved utgangar, kan påleggast vilkår om at samtykke til kontroll må ligge til grunn – altså eit vilkår om å inngå avtale med fengselet.

Utgangspunkta er at forvaltninga ikkje kan stille vilkår utan særskilt heimel dersom den private part har rettskrav på vedtaket, og vilkår kan berre stillast når vedtakskompetansen gjev forvaltninga fritt skjønn.⁵⁵ Vidare er det alminnelege krav til vilkåra som vert sett. Dei må ha sakleg samanheng med føremålet til lova, vere forholdsmessige sett opp mot vedtaket, og ytinga må ligge innanfor ramma av den aktuelle kompetanseføresegna.⁵⁶

For permisjonar «skal» kriminalomsorgen fastsette «særlege vilkår» dersom dette er «nødvendig for en sikkerhetsmessig forsvarlig gjennomføring av permisjonen» jf. strgjfl. § 36 andre ledd. Av ordlyden pliktar til og med forvaltninga å vurdere særlege vilkår, jf. «skal». Det følger deretter av andre ledd siste punktum at «Det kan blant annet bestemmes at innsette skal...» følge vilkåra som følger av bokstav a)-h). Av ordlyden verker bokstav a)-h) ikkje å vere uttømmande jf. ordlyden «kan blant annet». Ettersom strgjfl. § 36 andre ledd ikkje er uttømmande, fungerer denne føresegna som ein kompetanseregel. Kriminalomsorgen har dermed eit visst skjønsmessig spelerom til å fastsette dei vilkår som er nødvendige for at permisjon kan gjennomførast på ein tryggleiksmessig forsvarleg måte.

Vidare vil fastsetting av vilkår ikkje minst vere relevant i relasjon til utgangar i form av frigang jf. strgjfl. § 20. Denne føresegna har ikkje ein klar heimel for å sette vilkår ved utgangen. Likevel er det for frigang klart at det kan settast vilkår på bakgrunn av ein analogisk bruk av strgjfl. § 36, då dei same omsyna gjer seg gjeldande. Det følger av strgjfl. § 20 at; frigang kan innvilgast dersom «...sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det...». Poenget er dermed at vilkår må kunne settast for alle utgangar dersom det er nødvendig av omsynet til tryggleik. På denne bakgrunn verkar det dermed å eksistere eit lovfesta rettsgrunnlag for å

⁵⁵ Roald Hopsnes, *Kommunale forhåndstilsagn*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2017, side 322.

⁵⁶ Roald Hopsnes, side 322.

fastsette vilkår, og dette grunnlaget er svært skjønnsprega. Vidare er det klart at innsette ikkje har krav på å få sin private mobiltelefon tilgjengeleg under straffegjennomføring.

Utgangspunktet må derfor vere at kriminalomsorgen kan sette vilkår om at innsette må inngå avtale om bruk av mobiltelefon, dersom denne skal takast med ved utgangar frå fengsel.

Føresetnaden for å sette vilkår er at det vert vurdert som «nødvendig» etter ei tryggleiksvurdering jf. strgjfl. § 36 andre ledd. Dette gjev uttrykk for kravet om at vilkåret må vere forholdsmessige i lys av vedtaket. Samtykke til kontroll vil ikkje vere nødvendig dersom utgangen vert gjennomført med mobiltelefonen liggande igjen på fengselet sitt effektlager. Innsette kan dermed få innvilga permisjonen eller frigangen utan å gje samtykke til kontroll, men då vil utgangen berre vere tryggleiksmessig forsvarleg dersom mobiltelefonen ikkje vert gjort tilgjengeleg. Eit vilkår om å samtykke til kontroll av mobiltelefonar må derfor byggje på ein føresetnad om eit vedtak om utgang, med tilgang til mobiltelefon.

Tilgang til mobiltelefon og eksternt nettverk vil dermed ha stor innverknad på tryggleiksvurderinga, og dermed også forholdsmessigheitsvurderinga. Dette er vidare nokså sjølvstendig slik eg har gjeve uttrykk for tidlegare i oppgåva, då mobiltelefonen utgjer eit verktøy med uendelege moglegheiter. Ei slik haldning kjem også til uttrykk i forskrifta § 3-20 fyrste ledd som gjer gjeldande at tilgang berre kan skje dersom det finnes «sikkerhetsmessig ubetenkelig». Ordlyden gjev igjen uttrykk for ein tryggleiksvurdering, men syner også at terskelen er høgare i relasjon til innsette sin tilgang til eksternt nettverk. Etter mitt syn vil eit vilkår om slik kontroll ha sakleg samanheng med føremålet til lova, og vere forholdsmessig så lenge omsyna eg gjorde greie for i kapittel 3 vert tilstrekkeleg ivaretatt.

Etter dette kunne kriminalomsorgen hypotetisk sett inngått avtaler med innsette om å kontrollere mobiltelefonane deira. Det eksisterer eit tydeleg og skjønsmessig heimelsgrunnlag for å sette vilkår ved utgangar. Vidare er eit slikt vilkår godt innanfor føremålet til straffegjennomføringslova, som inneber at straffa skal gjennomførast på ein måte som motverkar nye straffbare handlingar og som er sikker for samfunnet jf. strgjfl. § 2. Dersom også vilkåret kan gjennomførast på ein forholdsmessig måte som sikrar dei innsette sine øvrige rettar i tilstrekkeleg grad, meiner eg vilkår om å inngå mobiltelefonavtaler kunne vore praktisert i kriminalomsorgen.

5 Avslutning

5.1 Heimlar straffegjennomføringslova kontroll av mobiltelefonar i fengsel?

Resultatet av analysen i denne masteroppgåva er at straffegjennomføringslova ikkje gjer kriminalomsorgen heimel til å kontrollere innsette sine mobiltelefonar. Innhaldet i strgf. § 28 kan nokså klart ikkje utvidast til å omfatte slik kontroll, og forskrifta § 3-20 har manglar tilknytt lovskravet og proporsjonalitetskravet, som gjer at inngrepet ikkje kan rettferdigjerast etter EMK artikkel 8 nr. 2. Vidare kan den manglande lovheimelen i utgangspunktet avhjelpast ved at innsette frivillig gjev avkall på retten til privatliv mot tilgang til mobiltelefon. Problemet er likevel at eit slikt avkall vanskeleg kan kallast frivillig, og at føresetnadane samtykke byggjer på ville gjeve eit resultat som vert for uproporsjonalt.

Det har vore påfallande i dette arbeidet at denne problemstillinga ikkje verkar å ha vore i tankane til lovgjevar når lova vart utforma. Truleg har ikkje lovgjevar sett for seg at innsette skal ha tilgang til eksternt nettverk under straffegjennomføringa, og mobiltelefonar var heller ikkje allemannseige når lova kom i 2001. Oppgåva er derfor eit døme på at den teknologiske utviklinga spring frå lovgjevinga. Mangelen på klar heimel og eit tydeleg kontrollbehov, kan hevdast å gjere det nødvendig med ei lovendring. Eg har valt å samle trådane og resultata av analysen ved å utforme eit forslag til lovtekst. Det vert presentert i det følgande, etterfølgt av ein presisering av innhaldet.

5.2 Forslag til lovendring i straffegjennomføringslova

Ei lovendring er etter mitt syn den einaste måten kriminalomsorgen kan drive kontroll med innsette sine private mobiltelefonar, utan å krenke grunnleggande rettstryggleiksgarantiar. Under følger eit døme på ein lovtekst som forsøker å ta omsyn til dei motstridande interessar, og ivareta både tryggleiken for samfunnet, og tryggleiken for den enkelte innsette.

Straffegjennomføringslova § 28 a. Kontroll av private mobiltelefonar.

Fyrste ledd: «Tilgang til mobiltelefon under permisjon og frigang frå fengsel kan berre tillatast dersom det vert vurdert som hensiktsmessig og tryggleiksmessig forsvarleg.»

Andre ledd: «Ved utgangar frå fengsel kan innsette ha med seg ein fengselstelefon. Telefonen skal kontrollerast av fengselsbetjent ved retur frå fengsel under påsyn frå innsette som har nytta han. Innhaldet på fengselstelefonen skal slettast etter kontroll.»

Tredje ledd: «Ved utgangar frå fengsel skal innsette ikkje ha med seg sin personlege mobiltelefon, med mindre innsette før utgangen har samtykka til kontroll av han gjennom mobiltelefonavtale. Kontroll skal gjennomførast av fengselsbetjent under påsyn frå innsette dersom det ligg føre mistanke om brot på vilkår under utgangen.»

Fjerde ledd: «Kontrollen inneber ein gjennomgang av det elektroniske innhaldet på mobiltelefonen. Vilkårsbrot kan medføre reaksjon i medhald av strgjfl. § 40.»

Femte ledd: «Tilgangskode, passord og PIN-kode på personleg mobiltelefon skal ikkje krevjast frå innsette. Advokatkorrespondanse og helseopplysningar skal ikkje kontrollerast.»

Bakgrunnen for at eg har valt å kalle føresegna § 28 a, er at dette etter min meining vil gje god samanheng i lova. Som kjent handlar strgjfl. § 28 om kontroll, og ein regel om kontroll av elektronisk innhald på mobiltelefonar burde dermed finnast i nærleiken. I tillegg er regelen eg har utforma å rekne som ein særregel om kontroll av éin type gjenstand.

Vidare har eg valt å utforme fyrste ledd som ei overordna tryggleiksvurdering. Som eit generelt utgangspunkt burde ein ta stilling til om kvar enkelt innsett ut frå ei totalvurdering burde ha tilgang til eksternt nettverk. Moment av betydning vil då vere dei same som ved tryggleiksvurderinga elles i regelverket. Det vil då vere naturleg å føre ein meir restriktiv praksis overfor innsette i fengsel med høg tryggleik, enn i overgangsbustader og fengsel med lågare tryggleik. Sistnemnde grupper har også ein større grad av utgangar.

Andre ledd handlar om å bruke ein mobiltelefon som tilhøyrrer fengselet, derav fengselstelefon. Gjennomlesing av ei slik eining vil dermed innebere ein kontroll av fengselet sin eigendom, men som vert lånt bort til innsette. Mengda med personleg data vil då vere svært avgrensa. Vidare vil ein ved å kunne tilby å låne ein mobiltelefon sikre at innsette kan velje bort kontroll av sin personlege mobiltelefon, men likevel ha tilgang til ein telefon og bruke apps, ringe og sende sms. Dette kan bøte på presset ved samtykke til kontroll av personlege mobiltelefonar.

Vidare vil kontroll av fengselstelefonen måtte skje under påsyn av innsette, for å sikre privatlivet i størst mogleg grad og særleg verne advokatkorrespondanse og helseopplysningar. Eit alternativ ville vore at to fengselsbetjentar gjennomfører kontrollen. Poenget er uansett at ein må etablere ein praksis som kontrollerer kontrolløren, for å motverke risikoen for menneskeleg feil og vilkårlegheit. Samstundes er det ingen grunn til at telefonen skal vere sikra med kode eller passord som er utilgjengeleg for fengselsbetjenta. Det er fleire grunnar til dette. For det fyrste er telefonen fengselet sin eigedom, for det andre burde innhaldet på fengselstelefonen slettast etter bruk slik at ikkje neste som brukar han får sjå andre innsette sine personlege data. Vidare kunne slike telefonar også hatt programvarer som avgrensa tilgangar, og forhindra at innsette sletta aktivitet på telefonen før kontroll.

Tredje ledd gjeld innsette sine private mobiltelefonar. Etter mitt syn vil det vere meir praktisk for alle partar dersom innsette også har moglegheit til å velje sin eigen mobiltelefon. Samtykke til kontroll burde likevel vere ein føresetnad for slik tilgang, då det føreligg ein tydeleg tryggleiksrisiko ved å gje innsette ukontrollert tilgang til eksternt nettverk. For å sikre lik praksis i alle norske fengsel, meiner eg det også vil vere hensiktsmessig å utarbeide ein standardavtale for kontroll av mobiltelefonar. Ein slik avtale burde gjere greie for korleis og kor ofte kontroll vert gjennomført, og kva eventuelle funn vil medføre. Det burde også gå fram at innsette kan trekke tilbake samtykke når som helst, men at dette vil medføre at personleg mobiltelefon ikkje lenger vert tilgjengeleg ved utgangar. Dette vil også bidra til å legge ein dempar på presset som ligg føre ved å samtykke til kontroll.

Vidare er det etter mitt syn avgjerande at eit vilkår om mistanke føreligg i føresegna. Sjølv om kontrollen er retta mot individ under straffegjennomføring, vil eit krav til mistanke bidra til å avgrense kontrollen slik at han vert proporsjonal. Mistanken må basere seg på fakta og informasjon som talar for at innsette har planar om å gjennomføre kriminelle handlingar, eller

har brote fastsette vilkår for utgangen. Etter mitt syn ville sannsynovervekt vore eit godt utgangspunkt for vurderinga, altså at det er meir sannsynleg at innsette har gjort det han vert mistenkt for, enn at han ikkje har det.⁵⁷ Vidare burde kontrollane gjennomførast med innsette til stades. Dette har same grunngeving som i andre ledd, men vil også vere nødvendig for at innsette skal sleppe å oppgje personlege passord. I praksis må innsette dermed opne telefonen og applikasjonar på oppfordring frå kontrolløren.

Det problematiske i samanhengen med kontroll av personlege mobiltelefonar, er at innsette kan slette relevant aktivitet før retur til fengselet, slik at kontrollen vert verdiløus. Det burde derfor gå fram av mobiltelefonavtalen at det ikkje er tillate å slette aktivitet før retur til fengselet. Ei løysing for å sikre dette kunne vore at innsette samtykker til å installere ein programvare som låser visse funksjonar, eller som gjev fengselet varsel ved uregelmessig bruk. Dette kunne avgrensa tilgangen til applikasjonar tilknytt gambling til dømes, og hindre sletting. Likevel ville dette igjen medført eit inngrep i innsette sin integritet, og derfor vore meir problematisk enn om innsette nytta ein fengselstelefon. Samstundes burde visse mekanismar ligge til grunn for at kontrollen skal vere verknadsfull.

Fjerde ledd inneber for det fyrste ei klargjering av kva kontrollen inneber. For å tydeleggjere innhaldet i føresegna, meiner eg derfor det vil vere hensiktsmessig å understreke at det er tale om å gjennomgå det elektroniske innhaldet på mobiltelefonen. Vidare er det sentralt å syne kva uregelmessige funn kan medføre, og i den samanheng vil det gje god samanheng i lova å vise til strgfjfl. § 40. Denne føresegna vert nytta ved alle andre formar for brot som vert avdekka under straffegjennomføring. Vidare vil dette innebere at brot vert journalført og skrivne ned i rapportar, slik at det kan etterprøvast. Samstundes burde kontroll utan funn etter mitt syn journalførast for å sikre kontroll med kontrollørane. Dette vil også gje innsette bevis ved påstått overdriven kontroll frå fengselet, som kan verte gjort tilgjengeleg ved innsyn.

Femte ledd inneber eit forbod mot å krevje passord frå innsette sin personlege mobiltelefon. Etersom det ikkje skal vere mobiltelefonar innanfor fengselsmurane, betyr det at dei vert låste inne saman med andre artiklar som innsette ikkje får ha med seg inn i fengselet. Så lenge mobiltelefonen vert oppbevart på fengselet sine lager, vil det ikkje vere tryggande at betjentar kan koden på innsette sin personlege mobiltelefon. Dette medfører i praksis at ved mistanke

⁵⁷ Sjø Rt. 1993 s. 1302 på side 1303.

om brot må innsette sjølve låse opp mobiltelefonen, og vere til stades under kontrollen. Innsette sitt nærvær vil også sikre at betjentar ikkje les advokatkorrespondanse eller helseopplysningar. For å ivareta fengselsbetjenten sin tryggleik burde truleg kontrollen gjennomførast med to tilsette og ein innsett i privat rom.

Sjølv om dette forslaget på mange måtar er gjennomtenkt, er det ikkje sikkert det er gjennomførbart. Ein kritikk til forslaget vil derfor vere det økonomiske aspektet. Innkjøp av fengselstelefonar ville truleg hatt ein høg pris, og ideelt sett burde det vore smarttelefonar. Det er to grunnar til dette. For det fyrste grunna tilgangen til praktiske applikasjonar, og for det andre på grunn av konformitet – at innsette ikkje skil seg ut når dei er ute i samfunnet. Fengselstelefonen burde derfor vere eit reelt alternativ til eigen mobiltelefon. Også for å motverke presset kring å tole inngrep i personleg mobiltelefon.

Vidare ville truleg ei løysing som den skisserte skapt eit behov for utvikling av ny teknologi i form av programvarer som avgrensar mobilbruken, eventuelt kjøp av eksisterande programvarer. Det er grunn til å tru at dette ville hatt ein endå større prislapp enn sjølve telefonen, samt vore ei tidkrevjande løysing å utvikle.

På den andre sida er det tydeleg at straffegjennomføringslova ikkje regulerer problemstillinga kring innsette sin tilgang til eksternt nettverk i tilstrekkeleg grad. Behovet for programvarer og nye idear er derfor aukande også innanfor straffegjennomføringsfeltet. Eg trur derfor det vil vere hensiktsmessig å løyse desse utfordringane gjennom ny lovgjeving som implementerer teknologisamfunnet i kriminalomsorgen.

Innholdsliste

Litteratur:

Asbjørn Strandbakken, «DNA-registrering og retten til privatliv etter EMK artikkel 8» i *Med ære og samvittighet, Festskrift til Magnus Matningsdal*, Per Erik Bergsjø, Knut Kallerud, Berte-Elen Konow, Asbjørn Strandbakken og Ragna Aarli (red.), 1. utgåve, Gyldendal, 2021, side 316-340.

Birgitte Langset Storvik, *Straffegjennomføring*, 4. utgåve, Cappelen Damm Akademisk, 2022.

Dag Wiese Schartum, Arild Jansen og Tommy Tranvik, *Digital forvaltning – en innføring*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2017.

Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgåve, Oxford University Press, 2018.

Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, 2. utgåve, Universitetsforlaget, 2018.

Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utgåve, Fagbokforlaget, 2010.

Jon Petter Rui, *Kriminalomsorgens adgang til å kontrollere innsattes kommunikasjon i «Retts hjelp fra kyst til vidde»*, Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år, 1. utgåve, Gyldendal akademisk, 2009.

John Reidar Nilsen, *Politirett og rettsstat : sentrale menneskerettslige skranke for den polisiære myndighetsutøvelsen*, 1. utgåve, Gyldendal, 2022.

Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1 : En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2022.

Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Conclusions», *Nordic journal of Human Rights*, 2011, Vol. 29, side 279-290.

Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights: Setting the Scene (Part I/III)», *Nordic journal of Human Rights*, 2011, Vol. 28, side 300-370.

Kriminalomsorgen region vest sitt vedtak av 24. mars 2022. Ref. 202009124-306.

Roald Hopsnes, *Kommunale forhåndstilsagn*, 1. utgåve, Fagbokforlaget, 2017.

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgåve, Universitetsforlaget, 2001.

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utgåve, Universitetsforlaget, 2022.

Høgsterettspraksis:

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 1993 s. 1302

EMD-praksis:

Aliev mot Ukraina (J), ECHR:2003:0429JUD0041220/98

Blake mot Storbritannia (J), ECHR:2006:0926JUD0068890/01

Deweere mot Belgia (J), ECHR:1980:0227JUD0006903/75

De Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia (J), ECHR:1971:0618JUD0002832/66

D.H. m.fl. mot Tsjekkia (J), ECHR:2007:1113JUD0057325/00

Doerga mot Nederland (J), ECHR:2004:0427JUD0050210/99

Golder mot Storbritannia (J), ECHR:1975:0221JUD0004451/70

Håkansson & Sturesson mot Sverige (J), ECHR:1990:0221JUD0011855/85

Kennedy mot Storbritannia (J), ECHR:2010:0518JUD0026839/05

Khodorkovskiy og Lebedev mot Russland (J), ECHR:2013:0725JUD0011082/06

Kyriacou Tsiakkourmas m.fl mot Tyrkia (J), ECHR:2015:0602JUD0013320/02

K.U. mot Finland (J), ECHR:2008:1202JUD0002872/02

Malone mot Storbritannia (J), ECHR:1984:0802JUD0008691/79

Mastromatteo mot Italia (J), ECHR:2002:1024JUD0037703/97

Michaud mot Frankrike (J), ECHR:2012:1206JUD0012323/11

Murray mot Nederland (J), ECHR:2016:0426JUD0010511/10

Płoski mot Polen (J), ECHR:2002:1112JUD0026761/95

Rooman mot Belgia (J), ECHR:2019:0131JUD0018052/11

S and Marper mot Storbritannia (J), ECHR:2008:1204JUD0030562/04

Silver m.fl. mot Storbritannia (J), ECHR:1983:0325JUD0005947/72

Sunday Times mot Storbritannia (J), ECHR:1979:0426JUD0006538/74

Szuluk mot Storbritannia (J), ECHR:2009:0602JUD0036936/05

Trosin mot Ukraina (J), ECHR:2012:0223JUD0039758/05

Van der Ven mot Nederland (J) ECHR:2003:0204JUD0050901/99

Vinter m.fl. mot Storbritannia (J), ECHR:2013:0709JUD0066069/09

Yefimenko mot Russland (J), ECHR:2013:0212JUD0000152/04

Vedlegg 1: Bjørgvin fengsel sin mobiltelefonavtale



Kriminalomsorgen
Bjørgvin fengsel

MOBILTELEFONAVTALE

Innsatte som ønsker å benytte seg av mobiltelefon under straffegjennomføring ved Bjørgvin fengsel må ha

Navn: _____ 0 , 0
Fødselsdato: 00.01.00
Doculivenummer: 0

Telefon:
Telefonnr:
Abonnement eller kontantkort:
Nr. på sim-kort:
Pin kode:
Puk kode:
Skjermlås kode:

•	•	•
•	•	•
•	•	•

Tegn inn skjermlås m/pil for retning

- I medhold av straffegjennomføringsloven § 26 kan kriminalomsorgen ut fra hensynet til ro, orden og sikkerhet gi bestemmelser om hvilke gjenstander som det er tillatt å ta med inn eller ut av fengsel. Gjenstander som tas med inn eller ut av fengsel, kan undersøkes etter §§ 27 og 28.
- Mobiltelefon kan ikke medbringes på fremstillinger, eller noen form for aktiviteter i regi av fengselet.
- Det er ikke tillatt å benytte telefonen på fengselets område og skal leveres i vekten/mottakelsen ved retur fra frigang/permisjon/straffavbrudd.
- Det gis ikke mulighet til å sjekke meldinger og lignende når mobil oppbevares i vekten/mottakelse.
- Bytte av sim-kort er ikke tillatt, sim-kortet skal være registrert på innsatte.
- Innsatte har ikke mulighet til å slette logg eller iverksette andre tiltak som medfører at det ikke er mulig å gjennomføre kontroll av telefonen.
- Alle apper/filer på enheten SKAL være tilgjengelig for kontroll. Passordbeskyttelse på apper og filer på telefonen tillates ikke.
- Det er ikke tillatt med apper på mobiltelefon for poker-/penge-spill og relasjonsbyggingssider som for eksempel (TINDER, HAPPN, ELITE SINGLES, MATCH.COM, BE2, ACADEMIC SINGELS, OG TILSVARENDE SIDER).
- Lading av telefonen skal fortrinnsvis skje på permisjon og frigang.
- Avdekkes misbruk av telefonen eller brudd på denne avtalen, vil avtalen umiddelbart trekkes tilbake, rapport skrives og muligheten til å benytte telefonen senere i soningen kan bortfalle.

DET ER IKKE TILLATT Å LA MEDINNSATTE BENYTTTE TELEFONEN.

Denne avtalen er akseptert – dato: