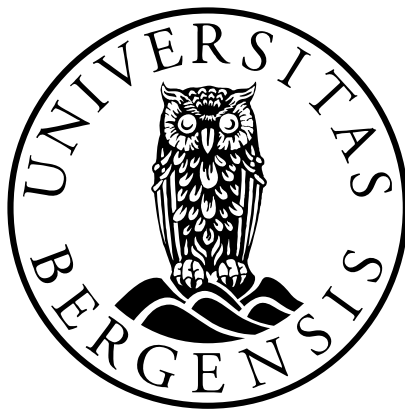


Når kan utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 brukes overfor barn?

Kandidatnummer: 1

Antall ord: 11904



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Tema og problemstilling	2
1.2 Sentrale hensyn.....	2
1.3 Metodiske spørsmål.....	4
1.3.1 Norske rettskilder	4
1.3.2 Internasjonale konvensjoner.....	5
1.3.3 Soft law	7
1.4 Begrepsavklaring.....	7
1.4.1 Barn	7
1.4.2 Fellesskap	8
1.4.3 Utelukkelse.....	9
2 Relevante internasjonale rettskilder ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 10	
2.1 Konvensjonsforpliktelser.....	10
2.1.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3	10
2.1.2 FNs konvensjon om barnets rettigheter artikkel 37 og 40.....	14
3 Når kan utelukkelse etter Straffegjennomføringsloven § 37 brukes overfor barn?	20
3.1 Hovedregelen: straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd.....	20
3.2 Vilkårene for bruk av utelukkelse overfor innsatte under 18 år.....	21
3.2.1 Nødvendighetskravet, jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd bokstav b til e.....	22
3.2.2 Vilkåret «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige», jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd	27
3.3 Andre grunnlag for bruk av utelukkelse.....	28
3.4 Begrensninger for bruk av utelukkelse.....	29
3.5 Saksbehandlingsregler.....	30
4 Avslutning	34
Litteraturliste	36

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for masteroppgaven er adgangen til bruk av utelukkelse overfor barn.

Hovedproblemstillingen er når utelukkelse etter lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (heretter straffegjennomføringsloven) § 37 kan brukes overfor barn. Herunder oppstår særlig spørsmål om hvilke vilkår som må være oppfylt, særlige regler knyttet til bruk av utelukkelse overfor barn og hvilke krav som gjelder til saksbehandlingen. Disse spørsmålene vil også bli besvart.

Innledningsvis vil jeg presentere sentrale hensyn som ligger til grunn for reguleringen, kort redegjøre for relevante metodiske spørsmål og foreta en begrepsavklaring.

I hoveddelen vil hovedproblemstillingen i oppgaven besvares. Som grunnlag for tolkningen av norsk rett er det hensiktsmessig å fastlegge innholdet i relevant internasjonal rett. I denne drøftelsen vil fokuset ligge på Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3 og Barnekonvensjonen artikkel 37 og 40.

Avslutningsvis vil jeg besvare hovedproblemstillingen ved å trekke frem de sentrale resultatene av drøftelsene.

1.2 Sentrale hensyn

Kriminalomsorgen ved ungdomsenheter i Norge har adgang til å bruke utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 overfor barn, og det er på det rene at denne adgangen benyttes. Det følger av § 37 sjuende ledd første punktum at «Utelukkelse skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødige skade eller lidelse.» Bestemmelsen illustrerer at utelukkelse er et tiltak som er svært inngripende, men som i noen tilfeller likevel må benyttes. Bestemmelsen gir et godt bilde på den avveiningen som må foretas, der hensynet til den som blir utelukket står mot de grunnene som tilsier at utelukkelse er nødvendig. Den nærmere vurderingen vil bli redegjort for i punkt 3 under. Først er det relevant å redegjøre for noen av de sentrale, tidvis motstridende, hensynene som reguleringen av bruk av utelukkelse overfor

barn hviler på. Det er hensiktsmessig å presentere disse som grunnlag for den kommende drøftelsen.

Hensynet til barnets beste er svært sentralt. Det følger av straffegjennomføringsforskriften § 3-1b første ledd første punktum at «[a]lle handlinger og avgjørelser som berører barn, skal ta hensyn til barnets beste». Videre skal barnet «kunne gi uttrykk for egne synspunkter, enten direkte eller gjennom representant», og «[d]et skal fremgå i enkeltvedtak som gjelder barn at hensynet til barnets beste har vært et grunnleggende hensyn og hvilken vekt hensynet til barnets beste er tillagt», jf. første ledd andre og tredje punktum. Det er spesifisert i straffegjennomføringsforskriften § 3-35 fjerde ledd at «Kriminalomsorgen skal i vurderingen av om barn skal utelukkes fra fellesskapet, vurdere hensynet til barnets beste. Det skal innhentes en uttalelse fra det tverretatlige teamet ved en ungdomsenhet, med mindre det av tidsmessige årsaker ikke er mulig.» Forskriftsbestemmelsen konkretiserer i noen grad hvordan Kriminalomsorgen skal gå frem ved vurderingen av barnets beste i forbindelse med vedtak om utelukkelse av barn under straffegjennomføring. I «Retningslinjer om straffegjennomføring for mindreårige innsatte og domfelte» punkt (§10a) 5 Kriminalomsorgens plikt til å vektlegge barnets beste interesser fremheves det at barnets beste alltid skal «være et grunnleggende hensyn». Dette innebærer at «kriminalomsorgen alltid må

1. avklare hva som er mindreåriges beste interesser,
2. hvordan disse interessene kan ivaretas, og
3. trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget.»

Retningslinjene er utarbeidet på bakgrunn av gjeldende rett til bruk for kriminalomsorgen som grunnlag for det daglige arbeidet der. Dermed kan det sies at retningslinjene utdyper og konkretiserer det som etter kriminalomsorgens syn er gjeldende rett. Ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 kan retningslinjene brukes som kilde til hvordan kriminalomsorgen har tolket det norske regelverket, og til en viss grad hvordan regelverket praktiseres. Det må imidlertid tas forbehold om at det ikke er sikkert at retningslinjene reflekterer verken gjeldende rett eller den faktiske praksis på alle områder.

På denne bakgrunn er det tydelig at hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn som skal vurderes og legges vekt på når det er spørsmål om barn skal utelukkes fra fellesskap etter straffegjennomføringsloven § 37. Rettskildene legger imidlertid klart til grunn at det

hensynet til barnets beste ikke er avgjørende ved vurderingen. Hensynet til barnets beste må avveies mot blant annet rehabiliteringshensyn og sikkerhetshensyn.

Rehabiliteringshensyn står også sentralt. Ved all straffegjennomføring er et sentralt mål å rehabilitere og forberede den innsatte på livet som venter når straffegjennomføringen er fullført. Rehabiliteringshensyn innebærer at den innsatte må behandles på en måte som er egnet til å ivareta, eventuelt forbedre, den enkeltes mentale helse. For de fleste vil det være en påkjenning å gå gjennom en prosess som leder til domfellelse og deretter gjennomføre straff, og dette gjelder i særlig grad barn. Barn er allerede sårbare for nye og fremmede miljøer på grunn av sin alder, og mange barn som befinner seg i en situasjon der de gjennomfører straff vil kunne påvirkes negativt av å tas bort fra hjemmet, familien og nærmiljøet for øvrig. Det er derfor viktig å ta vare på barna, rehabilitere de, på en måte som gjør at de står godt rustet til å møte livet i samfunnet når straffegjennomføringen er over. Det må også legges til rette for at den enkelte kan ha en personlig utvikling med mål om å endre eventuelle holdninger og verdier som kan ha ligget til grunn for det straffbare forholdet som medførte domfellelse, slik at gjentakelsesfaren minskes. Ofte vil vedtak begrunnet i rehabiliteringshensyn også være i tråd med hensynet til barnets beste.

Sikkerhetshensyn står svært sentralt ved vurderingen av om det skal vedtas at et barn skal utelukkes fra fellesskapet. Sikkerhetshensyn kan deles inn i den innsattes egen sikkerhet, andre innsattes sikkerhet og sikkerheten til ansatte ved enheten. Ofte vil det være sikkerhetshensyn som sterkest begrunner bruk av utelukkelse, og i de tilfeller hvor hensynet til barnets beste må settes til side er det som regel sikkerhetshensyn som tillegges avgjørende vekt. Sikkerhetshensyn vil behandles nærmere i hoveddelen.

1.3 Metodiske spørsmål

1.3.1 Norske rettskilder

Norsk juridisk metode vil bli lagt til grunn ved bruk av norske rettskilder. Rettskildene som er generelt relevante ved løsningen av rettsspørsmål er:¹

¹Blandhol, Tøssebro og Skotheim, «Innføring i juridisk metode», 19.11.2015

- Lovtekst
- Forarbeider
- Rettspraksis
- Reelle hensyn
- Andre myndigheters praksis
- Privates praksis
- Rettsoppfatninger, spesielt i juridisk litteratur

Der spørsmålet er lovregulert, som her, er utgangspunktet lovteksten med mindre det finnes klar praksis fra Høyesterett som sier noe annet enn lovteksten. Normalt skal ordlyden i lovteksten tolkes på bakgrunn av ordlyden og relevante argumenter fra andre rettskilder.

Presumsjonsprinsippet innebærer at det legges til grunn at norsk rett er i tråd med folkeretten.² Som konsekvens av presumsjonsprinsippet bør derfor Norges folkerettslige forpliktelser som hovedregel anvendes som rettesnor ved tolkningen av norske lovbestemmelser.

1.3.2 Internasjonale konvensjoner

Ved tolkningen av internasjonale konvensjoner gjelder visse tolkningsregler. Norge har ikke undertegnet Wienkonvensjonen om traktatretten (1969), men de tolkningsreglene som fremgår i artikkel 31-33 danner likevel utgangspunktet for tolkningen av internasjonale konvensjoner i Norge fordi reglene er ansett for å være folkerettslig sedvanerett.

Tolkningsreglene for traktater i Norge følger følgelig på denne bakgrunn av folkerettslig sedvanerett³. At tolkningsreglene i Wienkonvensjonen artikkel 31-33 gir uttrykk for hvordan internasjonale konvensjoner skal tolkes i Norge ble også påpekt av Høyesterett i Rt-2008-1789 avsnitt 28.

Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 sier at det er den alminnelige forståelsen av ordene i traktaten lest i lys av sammenhengen og formålet med den som skal legges til grunn

² «Presumsjonsprinsippet» Store norske leksikon 12.januar 2023, <https://snl.no/presumsjonsprinsippet> lest 11.november 2023

³ Mæhle, Aarli. «Fra lov til rett» s. 282. Gyldendal Norsk Forlag AS (2017)

ved tolkningen av traktater. Eventuelle senere avtaler, praksis og folkerettslige regler som har relevans for traktaten og partene skal hensyntas. Begrunnelsen er at dette gir et godt bilde av partenes forutsetninger. Artikkel 32 sier at forarbeider og annet relevant materiale kan benyttes for å fastslå at tolkningen som følger av korrekt bruk av artikkel 31 faktisk er korrekt når tolkningsresultatet er tvetydig eller uklart eller fører til et åpenbart absurd eller urimelig resultat. Det følger av artikkel 33 at traktater er like autorative på alle de språk traktaten er autentisert på, med mindre annet følger av traktaten eller av avtale mellom partene.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Høyesterett har i flere saker lagt til grunn at norske domstoler skal anvende samme metode som Den europeiske menneskerettsdomstolen anvender ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen⁴. Det følger av Den europeiske menneskerettsdomstolen sin praksis at Den europeiske menneskerettskonvensjonen skal tolkes i lys av reglene i Wienkonvensjonen, se blant annet *Golder v. the United Kingdom*, dom av 21. februar 1975, Serie A-18, avsnitt 29 og *Bankovic and Others v. Belgium and Others (17 NATO-land)*, avvisningsavgjørelse 12. desember 2001 (Storkammer) avsnitt 55. Det vises her til redegjørelsen av de folkerettslige tolkningsreglene over. Videre ønsker Den europeiske menneskerettsdomstolen en dynamisk og evolutiv tolkning av Den europeiske menneskerettskonvensjonen for å sikre «at rettighetene og frihetene i konvensjonen forblir praktiske og effektive, i tråd med konvensjonens gjenstand og formål»⁵. Uttalelsen innebærer at rettsanvenderen må ta som forbehold ved bruk av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen at tidligere uttalelser ikke nødvendigvis lenger er gjeldende. Ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen er det derfor viktig å vurdere Den europeiske menneskerettsdomstolens begrunnelser for avgjørelsene og se disse i sammenheng den øvrige utviklingen i internasjonal rett og i samfunnet. Siktemålet om en dynamisk og evolutiv tolkning av Den europeiske menneskerettskonvensjonen danner sammen med de folkerettslige tolkningsreglene kodifisert i Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31-33 grunnlaget for tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen og dommer av Den europeiske menneskerettsdomstolen.

⁴ Elgesem, Frode «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode1)», «Lov og rett» nr. 4/5 (2003) s. 203

⁵ Bårdsen, Arnfinn, «Høyesterett og dynamisk tolking av EMK», 30.oktober 2017 lest 30/1-2023.

FN-konvensjoner

FN-konvensjoner er folkerettslige avtaler. Følgelig må tolkningsreglene som er nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatet (1969) legges til grunn ved tolkningen av Barnekonvensjonen. Det vises her til punkt 1.2.2 over.

1.3.3 Soft law

Soft law er et samlebegrep som omfatter «politiske retningslinjer, anbefalinger og rådgivende uttalelser som ikke skaper juridiske forpliktelser for nasjonalstatene».⁶ Ettersom soft law ikke forplikter nasjonalstatene juridisk, kan de kun håndheves gjennom politisk press. Relevant soft law for problemstillingen i denne redegjørelsen er uttalelser fra barnekomiteen om overholdelse av barnekonvensjonen, anbefalinger fra for eksempel FNs menneskerettighetsråd og rådgivende uttalelser fra internasjonale domstoler om hvordan internasjonale konvensjoner skal tolkes, for eksempel fra FN-domstolen. Soft law tolkes etter vanlig folkerettslige tolkningsregler slik at det ordenes vanlige betydning sett i lys av sammenhengen og formålet som skal legges til grunn. Ettersom soft law ikke er formelt vedtatt, og dermed ikke er juridisk bindende for nasjonalstatene, kan det ikke danne selvstendig rettsgrunnlag. Soft law kan likevel være en god kilde til argumenter i form av tolkningsbidrag eller støttemomenter til tolkningen av det primære rettsgrunnlaget. Vekten av argumentet må imidlertid alltid vurderes konkret i hvert enkelt spørsmål, og avhenger av «hvilket organ som har gitt uttalelsen, hvem uttalelsen er rettet mot, i hvilken sammenheng uttalelsen er gitt, og hvilket innhold uttalelsen har.»⁷

1.4 Begrepsavklaring

Før hovedspørsmålet skal besvares, er det hensiktsmessig med en avklaring av begreper som vil være relevante i den videre drøftelsen.

1.4.1 Barn

⁶ Mæhle, Aarli. «Fra lov til rett» s. 283. Gyldendal Norsk Forlag AS (2017)

⁷ Mæhle, Aarli. «Fra lov til rett» s. 284. Gyldendal Norsk Forlag AS (2017)

Innledningsvis er det hensiktsmessig med en avklaring av hvem som regnes som «barn». Ved spørsmål om en innsatt er «barn» i henhold til reguleringen, er det alderen til den innsatte på tidspunktet det vurderes om utelukkelse skal vedtas som skal legges til grunn. Det fremgår av sammenhengen mellom bestemmelsene i straffegjennomføringsloven, blant annet §§ 10a og 37, at «innsatte under 18 år» er barn og nyter et særlig vern under straffegjennomføringen. Barnekonvensjonen artikkel 1 sier også at som barn regnes «ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet.» Dette er også hovedregelen etter annen internasjonal rett. Det følger imidlertid av General Comment no. 24 (2019) avsnitt 31-32 at Barnekomiteens syn er at «Child justice systems should also extend protection to children who were below the age of 18 at the time of the commission of the offence but who turn 18 during the trial or sentencing process». Begrunnelsen for Barnekomiteens syn er at det er i tråd med «the developmental and neuroscience evidence that shows that brain development continues into the early twenties.» Barnekomiteen uttaler imidlertid ikke eksplisitt at den øvre aldersgrensen for hvem som anses som barn skal flyttes oppover eller hvor grensen nærmere skal gå, men betraktningene er interessante og tilsier at noen av de vurderingene som må foretas og hensynene som skal vektlegges for en 17 åring kan være aktuell også for en 20 åring. Det legges imidlertid likevel til grunn at den øvre grensen for hvem som anses som «barn» i denne sammenheng er ved fylte 18 år. Dette følger av en naturlig forståelse av ordlyden i de aktuelle lovbestemmelsene der skjæringspunktet er «under 18 år», samt rimelighetsbetraktninger. De hensynene som ligger til grunn for reguleringen hviler nettopp på individets alder, og derfor bør den innsattes alder på tidspunktet for vurderingen av om tiltaket skal iverksettes være avgjørende. Nedad avgrenses «barn» mot barn som ikke enda har fylt 15 år, da barn under 15 år ikke har skyldene, jf. straffeloven § 20 (1). Når begrepet «barn» brukes i den videre fremstillingen, vil det følgelig siktes til innsatte som har en alder mellom 15 og 18 år.

1.4.2 Fellesskap

Ved spørsmål om hva som omfattes av begrepet “fellesskap” må det ses hen til straffegjennomføringsloven § 17, da dette er den grunnleggende hjemmelen i straffegjennomføringsloven som sikrer innsatte et fellesskap under straffegjennomføringen. Ordlyden indikerer at «fellesskap» omfatter ulike former for samvær med andre. I denne

sammenheng betyr fellesskap «samvær mellom flere innsatte»⁸. Det følger av Ot.prp.nr.5 (2000-2001) s. 156 at innsatte «[s]å langt praktisk mulig skal (...) ha fellesskap under arbeidstiden, opplæringstiden, under programdeltagelse eller deltakelse i andre tiltak, og i fritiden.» «Fellesskap» er følgelig et bredt begrep som omfatter alt av samvær med andre innsatte i fengselet, også under organisert aktivitet.

1.4.3 Utelukkelse

«Utelukkelse» er et sentralt begrep i straffegjennomføringsloven § 37. En naturlig språklig forståelse av «utelukkelse» tilsier nekting av adgang til å være med. Sett i sammenheng med begrepet «fellesskap» innebærer utelukkelse nekting av adgang til å delta i fellesskapet (se her punkt 1.4.2). Det fremgår av straffegjennomføringsloven § 37 at utelukkelse kan være både hel og delvis.

Hel utelukkelse

“Hel utelukkelse” innebærer at den innsatte «ikke har noe fellesskap med andre innsatte i løpet av dagen»⁹. Det er på det rene at kompensierende tiltak iverksatt på grunn av utelukkelsen ikke er å regne som fellesskap. Utelukkelsen er derfor «hel» selv om den innsatte har kontakt med mennesker kun som følge av kompensierende tiltak iverksatt som følge av utelukkelsen.

Delvis utelukkelse

“Delvis utelukkelse” betyr at den innsattes mulighet til å delta i det eksisterende fellesskapet på avdelingen blir delvis innskrenket¹⁰. Den innsatte vil imidlertid ikke være utelukket fra alle sider ved fellesskapet (se her punkt 1.4.2). Ved «delvis utelukkelse» kan det være store variasjoner i graden av utelukkelse. Det sentrale er hvorvidt den innsattes adgang til å delta i fellesskapet blant de innsatte er underlagt begrensninger.

⁸ «Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 02.04.2019, lov- og forskriftsbestemmelser oppdatert 22. april 2016. Utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» (Kriminalomsorgen) pkt. 37.4

⁹ «Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 02.04.2019, lov- og forskriftsbestemmelser oppdatert 22. april 2016. Utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» (Kriminalomsorgen) pkt. 37.4

¹⁰ «Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 02.04.2019, lov- og forskriftsbestemmelser oppdatert 22. april 2016. Utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak» (Kriminalomsorgen) pkt. 37.4

2 Relevante internasjonale rettskilder ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37

2.1 Konvensjonsforpliktelser

Det anses hensiktsmessig å presentere den norske stats forpliktelser etter relevante internasjonale konvensjoner før de norske rettskildene skal tolkes, slik at de relevante konvensjonene kan danne grunnlaget for tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37. De internasjonale rettskildene som anses relevante og vil tolkes i denne sammenheng er Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3 og FNs konvensjon om barnets rettigheter artikkel 37 og 40. Disse konvensjonene gjelder «som norsk lov», jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1 og nr. 4.

2.1.1 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3

Det følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 3 at «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.» En naturlig forståelse av «torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment» tilsier at den aktuelle behandlingen må være alvorlig for å være forbudt etter EMK artikkel 3. Videre indikerer ordlyden at det er et skille mellom hva som anses som «torture», «inhuman» og «degrading» «treatment or punishment». Hva som nærmere omfattes av begrepene «torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment», og dermed er forbudt etter artikkel 3, er fastsatt av Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD), se punkt 1.3.2 over. Det må derfor ses hen til praksis fra EMD for å fastslå hva som regnes som «torture or (...) inhuman or degrading treatment» og hvilke begrensninger statens plikt etter EMK artikkel 3 dermed legger på bruk av utelukkelse overfor barn etter straffegjennomføringsloven § 37.

«Torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment»

Det sentrale ved avgjørelsen av om det foreligger brudd på EMK artikkel 3 er hvorvidt en person er utsatt for «torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment». I det følgende vil begrepene «torture», «inhuman» og «degrading» tolkes for å fastsette det nærmere innholdet i disse. Deretter vil det sies noe om terskelen som må overstiges for å konstatere brudd på EMK artikkel 3. Avslutningsvis vil det redegjøres for den helhetsvurderingen som må gjøres ved anvendelsen av bestemmelsen, jf. EMDs praksis og nedenfor.

«Torture» er etter en naturlig forståelse «bevisst, målrettet og systematisk fysisk og psykisk mishandling av et menneske med den hensikt å bryte ned personens vilje og motstandskraft»¹¹. I dommen Irland mot Storbritannia A 25 (1978) (avsnitt 167) har EMD definert begrepet «torture» som «deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering». Domstolen uttalte videre at «torture» knytter et spesielt stigma til tilsiktet umenneskelig behandling som forårsaker svært seriøs og grusom lidelse. I dommen Ilhan mot Tyrkia ble det uttalt at lidelsen må være påført med et formål og ha en hensikt for å anses som tortur.¹² Videre skal torturbegrepet reserveres for de grovere forholdene¹³. Irland mot Storbritannia (1978) er aktuell fordi den definerer torturbegrepet i EMK artikkel 3 samtidig som den sier noe om hvilke faktorer som er relevante ved den helhetsvurderingen som artikkel 3 legger opp til. Helhetsvurderingen vil bli beskrevet under. Problemstillingen i saken var blant annet hvorvidt det forelå brudd på EMK artikkel 3 da myndighetene i Nord-Irland fra august 1971 til desember 1975 gjennomførte en rekke utenrettslige fullmakter til arrestasjon, forvaring og internering. Domstolen vurderte omfanget og gjennomføringen av de nevnte tiltakene, samt den behandlingen personene som ble frihetsberøvet ble utsatt for.

En naturlig forståelse av «inhuman (...) treatment or punishment» er grusom behandling eller straff som er av en slik karakter som tilsier at mennesker ikke bør utsettes for den. Det følger av dommen Denizci og andre mot Kypros avsnitt 384 at det, i motsetning til ved spørsmål om «tortur», ikke er et krav at behandlingen eller straffen er påført personen med formål og hensikt¹⁴. Hva som nærmere anses som «inhuman» må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det avgjørende er om behandlingen kan karakteriseres som «inhuman». Ordlyden «degrading» omfatter behandling som er egnet til å ydmyke personen eller på annen

¹¹«Tortur» Store norske leksikon 18.februar 2020, <https://sml.snø.no/tortur> lest 10.desember 2023.

¹² Ilhan mot Tyrkia [GC] 2000, no. 22277/93 avsnitt 85

¹³ Irland mot Storbritannia (1978) [P] 1978, no. 5310/71 (1978) avsnitt 167

¹⁴ Denizci and others v Cyprus [J] 2001, no. 27207/95

måte virke nedlatende, og det kan hevdes at dette er den kategorien av forbudt behandling i EMK artikkel 3 som er mildest. Denne forståelsen følger også av EMDs praksis. I dommen Kudla mot Polen avsnitt 92 ble offeret ansett for å ha blitt utsatt for «degrading» behandling fordi den var «such as to arouse in the victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them»¹⁵. Hvorvidt behandlingen har et formål om å virke nedverdiggende og ydmykende er en faktor ved helhetsvurderingen, men ikke et krav, jf. V mot Storbritannia avsnitt 71¹⁶.

Isolasjon

Det er allment anerkjent at isolasjon kan ha svært negative virkninger for den som isoleres, særlig dersom isolasjonen er langvarig. Praksis fra EMD viser at isolasjon i noen tilfeller kan anses som umenneskelig behandling og dermed være i strid med EMK artikkel 3, men det beror, som nevnt over, på en nærmere helhetsvurdering av de konkrete forholdene i saken. Det avgjørende er hvilken virkning isolasjonen har hatt på personen. Dersom isolasjon for eksempel har forårsaket at et barn ikke har fått den nødvendige menneskelige kontakten som kreves for å bli et trygt menneske tidlig i livet, kan dette anses som «inhuman treatment» fordi alle mennesker har et iboende behov for menneskelig kontakt, og barn har et særlig behov for dette. Det er allment kjent at barn trenger relasjoner mellom andre for å bli trygge mennesker senere i livet. Dette behovet blir trolig sterkere når barnet er i en sårbar situasjon, for eksempel under straffegjennomføring. Det avgjørende er imidlertid, som alltid, hvilken virkning isolasjonen har hatt på barnet og om behandlingen av den grunn kan anses som «torture (...), inhuman or degrading».

Terskelen for å konstatere brudd på EMK artikkel 3

Generelt tilsier praksis fra EMD at terskelen for å konstatere brudd på EMK artikkel 3 er høy. I Kudla mot Polen (avsnitt 91) uttalte EMD at «ill-treatment must attain a minimum level of severity» for å omfattes av forbudet i artikkel 3. Det samme ble uttalt i den ovenfor nevnte dommen Irland mot Storbritannia i avsnitt 162. EMD uttalte videre i Kudla mot Polen (avsnitt 91) at terskelvurderingen er relativ, og at vurderingen er avhengig av «all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its

¹⁵ Kudla v. Poland [GC] 2000, no.30210/96 Polen avsnitt 92

¹⁶ V. v The United Kingdom [GC], no.24888/94

execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health” til den som er utsatt for behandlingen. Den aktuelle saken omhandlet en frihetsberøvet person som hadde begjært løslatelse på bakgrunn av blant annet en psykiatrisk rapport som slo fast at personen viste vedvarende selvmordstendenser. EMD viste i avsnitt 92 til at domstolen i tidligere saker har ansett behandling for å være «inhuman» fordi den blant annet var overlagt, hadde lang varighet og forårsaket fysisk kroppsskade eller intens fysisk eller psykisk lidelse, og at behandling har vært ansett som «degrading» fordi den vekket følelser av frykt, angst og mindreverdighet hos ofrene som kunne ydmyke og nedverdige dem. Selv om klageren i denne saken har anført de samme grunnene, anså EMD etter en helhetsvurdering at behandlingen klageren var blitt utsatt for likevel ikke var tilstrekkelig alvorlig til å omfattes av EMK artikkel 3. Begrunnelsen var at frihetsberøvelse ofte innebærer slike elementer og gjennomføring av varetektsfengsling i seg selv kan ikke kvalifisere til brudd på EMK artikkel 3, og klageren fikk på bakgrunn av søknader regelmessig fysisk og psykisk helsehjelp fra helsepersonell ved institusjonen og fra spesialister. Dommen er relevant fordi den kan tas til inntekt for at personer under straffegjennomføring ikke kan skånes for alle negative konsekvenser som straffegjennomføringen medfører.

Som uttalt i sitatet hentet fra Kudla mot Polen skal det legges vekt på alder ved vurderingen av om behandling overstiger alvorlighetsterskelen slik at det foreligger brudd på EMK artikkel 3. Følgelig har det betydning om den behandlingen rettes mot er et barn. Ved spørsmål om barn er utsatt for behandling som er forbudt etter EMK artikkel 3, viser praksis fra EMD at terskelen for å anse behandlingen alvorlig senkes noe. I «Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, [J] 2007, no. 13178/03» ble det konstatert brudd på EMK artikkel 3 da et fem år gammelt barn ble holdt to måneder i en institusjon laget for voksne, selv om barnet var der uten sine foreldre og uten noen som hadde særlig ansvar for det. Domstolen vektla at barnet var svært sårbart grunnet lav alder og at det hadde innvandrerbakgrunn, og staten hadde ikke iverksatt tilstrekkelige tiltak for å sikre ivaretagelsen av barnet. I Muskhadzhieva og andre mot Belgia konkluderte EMD med at det forelå brudd på EMK artikkel 3. Begrunnelsen var at belgiske myndigheter ikke hadde beskyttet fire barn (syv måneder, tre og et halvt år, fem år og syv år på det aktuelle tidspunktet) som var asylsøkere i Belgia sammen med sin mor og truffet nødvendige tiltak i tråd med statens positive forpliktelser etter artikkel 3. Familien ble plassert på et lukket transittsenter i over en måned. EMD la etter en helhetsvurdering, der det ble lagt vekt på at anlegget var uegnet til å ta imot barn, to av barna var gamle nok til å innse hva slags situasjon

de befant seg i og uavhengige leger fant barnas helsetilstand, særlig den psykiske, bekymringsverdig, til grunn at forholdene i saken hadde nådd minimumsgraden av alvorlighet som kreves for å konstatere brudd på EMK artikkel 3.

Terskelen for å konstatere at et tilfelle representerer en krenkelse av EMK artikkel 3 er følgelig i utgangspunktet høy. De ovenfor nevnte sakene illustrerer imidlertid at EMD gjennomgående vektlegger alder ved vurderingen av om det foreligger brudd på EMK artikkel 3.

Ved tolkningen av EMK artikkel 3 og anvendelse av bestemmelsen og EMDs praksis må det derfor tas hensyn til at det klare utgangspunktet er at terskelen for å konstatere brudd på EMK artikkel 3 er lavere når spørsmålet omhandler et barn. Det bør merkes at EMD la til grunn at noen negative konsekvenser av frihetsberøvelse må kunne aksepteres uten at disse anses som brudd på EMK artikkel 3, jf. Kudla mot Polen. For øvrig må det foretas en konkret helhetsvurdering i det aktuelle tilfellet som baserer seg på de relevante faktorene beskrevet over.

2.1.2 FNs konvensjon om barnets rettigheter artikkel 37 og 40

FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter Barnekonvensjonen) inneholder to bestemmelser som er sentrale ved spørsmålet om når utelukkelse kan brukes overfor barn etter straffegjennomføringsloven § 37: barnekonvensjonen artikkel 37 og artikkel 40. Artiklene var opprinnelig én artikkel, men den ble senere blitt delt i to¹⁷. Artiklene ses derfor ofte i sammenheng med hverandre, og dette vil i noen grad påvirke tolkningen. Artikkel 40 er spesielt rettet mot å beskytte barn som er beskyldt for, anklaget for eller funnet skyldig i å ha begått straffbare forhold. Det er først og fremst artikkel 40 punkt 1 og 3 som er relevante i forbindelse med denne drøftelsen, da punkt 2 først og fremst lister opp spesifikke rettssikkerhetsgarantier som ikke direkte berører temaet utelukkelse. Punkt 4 retter seg mot ordninger utenfor institusjoner. Artikkel 37 er mer generell, da den gjelder tortur og frihetsberøvelse overfor barn både i og utenfor strafferetten. Det er først og fremst artikkel 37 bokstav (a) og (c) som berører temaet utelukkelse av barn. Bokstav (b) oppstiller vilkår for

¹⁷ United Nations, "Legislative history of the convention on the rights of the child, Vol.II", 2007, s.739

frihetsberøvelse og bokstav (d) gir barn prosessuelle rettigheter som ligger utenfor rammene for denne fremstillingen.

Barnekonvensjonen artikkel 40 punkt 1 sier at partene til Barnekonvensjonen, herunder Norge, «recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.» Konvensjonsbestemmelsen retter seg som nevnt over mot å beskytte barn som er anklaget for, beskyldes for eller beviselig har begått et straffbart forhold, da den sikrer disse barna spesifikke rettssikkerhetsgarantier¹⁸. Ordlyden i punkt 1 er i utgangspunktet klar, i den forstand at partene til konvensjonen plikter å anerkjenne de nevnte rettighetene til barna. En naturlig følge av å anerkjenne rettigheter er imidlertid at rettighetene bør bli forsøkt overholdt i det nasjonale rettssystemet, ettersom det ikke har noen effekt i seg selv å bare anerkjenne en rettighet. Dette synet støttes av artikkel 40 punkt 3, som sier at partene til Barnekonvensjonen «shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law». Punkt 3 oppstiller med dette et krav om at statene skal sikte mot å etablere et system som hensyntar barn¹⁹. I General Comment No. 24 (2019) avsnitt 109 oppfordres dessuten partene til Barnekonvensjonen å gjennomføre individuelle vurderinger med en tverrfaglig tilnærming av barna i de aktuelle tilfellene. Punkt 3 presiserer slik at partene til Barnekonvensjonen ikke bare anerkjenner at barn har rett til å bli behandlet på en måte som er tilpasset at de er barn, partene skal også søke å ha rettsregler som er spesielt tilpasset barn anklaget «alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law». Det bør derfor innfortolkes en plikt for partene til konvensjonen å ha som siktemål å gi alle barn som omfattes av Barnekonvensjonen artikkel 40 «the right (...) to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's

¹⁸ Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar: Menneskerettsloven - mrl 1999, note 1 til Art 37., Lovdata.no (hentet 1. desember 2023).

¹⁹ Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar: Menneskerettsloven - mrl 1999, note 20 til BKN art. 40 3. ledd, Lovdata.no (hentet 1. desember 2023).

assuming a constructive role in society.» Videre stiller ordlyden et overordnet krav til at all behandling som barn som omfattes av bestemmelsen utsettes for skal være av en slik art at den gagnar barnet både nå og i fremtiden. Ordlyden er klar og peker på at behandlingen skal fremme barnets følelse av verdighet og egenverdi, da dette vil forsterke barnets respekt for menneskerettighetene og andre grunnleggende friheter. Ordlyden viser tydelig at bestemmelsen har et klart mål om at den behandlingen barnet får i strafferettspleien skal søke å være rehabiliterende. Denne påstanden bekreftes når det senere i bestemmelsen blir uttalt at det skal tas hensyn til barnets alder, og at det er ønskelig å fremme barnets reintegrering og at barnet tar en konstruktiv rolle i samfunnet. På denne måten er artikkel 40 punkt 1 en bestemmelse som legger føringer for de overordnede hensynene partene til konvensjonen skal ta ved utformingen av nasjonale rettsregler som berører barn som er beskyldt for, anklaget for eller funnet skyldig i å ha begått straffbare forhold.

Barnekonvensjonen artikkel 37 pålegger statene som er part til konvensjonen en plikt til å sikre at:

- (a) «No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment»
- (b) “No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The (...) imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time”
- (c) “Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances”
- (d) “Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action”

Ordlyden i bokstav (a) «torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment» tilsier at staten skal sikre at borgerne er beskyttet mot tortur eller torturlignende behandling. I «A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty» (heretter: kommentarer til Barnekonvensjonen artikkel 37) avsnitt 13 står det at definisjonen av «torture» i Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff artikkel 1 første ledd er allment akseptert. Det er følgelig denne definisjonen som skal legges til grunn ved tolkningen av Barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav (a). Ifølge definisjonen anses dette som «tortur»:

«any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.»

Kategorien «cruel, inhuman or degrading treatment or punishment» er ikke definert i Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I kommentarer til Barnekonvensjonen artikkel 37 avsnitt 17 vises det til en uttalelse fra FNs Menneskerettighetskomité som sier at det ikke er nødvendig å dra skarpe grenser mellom de ulike forbudte formene for behandling eller straff, da grensedragningen avhenger av den konkrete behandlingens art, formål og grovhetsgrad.²⁰ Det følger videre av kommentarer til Barnekonvensjonen artikkel 37 at skillet mellom kategoriene tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling viser at alternativene i bokstav (a) handler om grad, og ordet «torture» brukes for å knytte stigma til bevisst umenneskelig behandling som forårsaker svært alvorlig og grusom lidelse.²¹ Følgelig er kategorien «other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment» en restkategori som omfatter behandling som på grunn

²⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 7: Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Art.7) , avsnitt 2.

²¹ Schabas and Sax, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty, Martinius Nijhoff Publishers 2006 s. 12 avsnitt 12

av sin art ligner på «torture» slik dette er definert i Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff artikkel 1 (1), men som er mildere enn tortur og derfor ikke oppfyller vilkårene i artikkel 1 (1).²²

Artikkel 37 bokstav (c) retter seg mot barn som er frihetsberøvet. Ordlyden «humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age», jf. første punktum, er ikke klar.

Barnekomiteen har imidlertid med utgangspunkt i ordlyden i bokstav (c) listet opp en rekke prinsipper og regler som må overholdes i alle saker om frihetsberøvelse av barn i General Comment No. 24 (2019) avsnitt 95. Noen av punktene har særlig betydning ved spørsmål om bruk av utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37. Punkt (b) peker på at de fysiske forholdene ved institusjonen bør fremme rehabilitering, som er et siktemål ved plassering av barnet i institusjon for straffegjennomføring. Det sies videre at det bør tas hensyn til barnets behov for privatliv, sansestimuli og for muligheter til å omgås jevnaldrende og delta i sport, fysisk trening, kunst og fritidsaktiviteter. Ved bruk av utelukkelse vil barnet stå fare for å miste disse mulighetene, i alle fall sammen med andre jevnaldrende, hvilket kan påvirke hvorvidt barnet blir rehabilitert i institusjonen. Dette gjør seg særlig gjeldende dersom utelukkelsen har en viss varighet. I punkt (f) peker Barnekomiteen på at kontroll og makt bare kan brukes når barnet utgjør en nært forestående trussel for skade på seg selv eller andre. Det er i tillegg et krav at alle andre kontrollmidler må være uttømt. Dette tydeliggjør at Barnekomiteen anser bruk av kontroll og makt overfor barn som uønsket, men samtidig anerkjennes det at bruk av slike virkemidler i noen tilfeller kan være nødvendig.

Barnekomiteen sier videre i punkt (f) at dersom slike kontrollmidler skal brukes, så bør det være under tett, direkte og kontinuerlig kontroll av fagpersoner. Videre bør partene til konvensjonen registrere, overvåke og evaluere alle hendelser der bruk av kontroll og makt har spilt en rolle, og sikre at bruk av slike midler reduseres til et minimum. I punkt (h) uttaler Barnekomiteen at «solitary confinement» ikke bør brukes overfor barn. «Solitary confinement» defineres ikke nærmere av Barnekomiteen, men en naturlig forståelse av begrepet er en straff bestående av at noen holdes alene i et rom, ofte i et fengsel²³.

Barnekomiteen uttaler videre i punkt (h) at enhver separasjon av barnet fra andre bør være så

²² United Nations General Assembly Resolution 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10. desember 1984

²³ «Solitary confinement» Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/solitary-confinement> lest 09.12.2023

kort tid som mulig, og bør kun gjøres dersom det er siste utvei for å beskytte barnet eller andre. I de tilfeller der det anses nødvendig å holde barnet separert fra andre, bør dette gjøres i nærvær eller under nært tilsyn av en medarbeider som har fått passende opplæring. I tillegg bør grunnene for tiltaket og varigheten registreres.

3 Når kan utelukkelse etter Straffegjennomføringsloven § 37 brukes overfor barn?

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd første punktum at utelukkelse «skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse.»

Bestemmelsen indikerer at utelukkelse er et tiltak som kan ha negativ innvirkning på innsatte ved bruk, og som Kriminalomsorgen derfor ikke bør bruke mer enn nødvendig. Det følger av straffegjennomføringsforskriften § 3-35 andre ledd at «skadelige følger av utelukkelse fra fellesskapet skal så vidt mulig forebygges eller bøtes på».

At utelukkelse ikke må brukes i større utstrekning enn hva som er nødvendig gjør seg særlig gjeldende når det er spørsmål om å bruke utelukkelse overfor barn, ettersom de er en sårbar gruppe. Dersom utelukkelse likevel benyttes er det et sett vilkår som må være oppfylt. Disse vilkårene er flere og strengere når det er spørsmål om bruk av utelukkelse overfor barn. Som drøftelsene i punkt 2.1 viser spiller menneskerettighetene, herunder Barnekonvensjonen artikkel 37 og 40 og EMK artikkel 3, en viktig rolle ved beskyttelsen av barns rettigheter i strafferettspleien. Dette gjelder også ved spørsmålet om bruk av utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37.

I det følgende vil jeg drøfte når utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 kan brukes overfor barn i norsk rett. Drøftelsen vil basere seg på en tolkning av den norske reguleringen av bruk av utelukkelse med utgangspunkt i straffegjennomføringsloven § 37 og andre relevante rettskilder.

3.1 Hovedregelen: straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd

Innledningsvis er det hensiktsmessig å presentere hovedregelen som regulerer spørsmålet om når utelukkelse kan brukes overfor et barn: Straffegjennomføringsloven § 37. Bestemmelsen regulerer bruk av utelukkelse fra fellesskapet overfor alle innsatte, og er dermed hjemmel for

vedtak som går mot hovedregelen om den innsattes rett til fellesskap, jf.

straffegjennomføringsloven § 17. Det følger av § 37 at Kriminalomsorgen har kompetanse til å «beslutte at en innsatt helt eller delvis skal utelukkes fra fellesskapet med andre innsatte dersom det er nødvendig» for å oppfylle et av de alternative formålene i første ledd bokstav a til e. Det følger av § 37 andre ledd at bokstav a ikke kommer til anvendelse når den innsatte spørsmålet gjelder er et barn, ettersom bokstav a ikke gjelder «for innsatte under 18 år». Som vist under punkt 1.4.1 er en innsatt under 18 år et barn. Formålene som kan nødvendiggjøre bruk av utelukkelse overfor barn er derfor:

- «b. hindre innsatte i å skade seg selv eller øve vold eller fremsette trusler mot andre,
- c. hindre betydelig materiell skade,
- d. hindre straffbare handlinger, eller
- e. opprettholde ro, orden og sikkerhet», jf. § 37 andre ledd jf. første ledd bokstav b til e.

Adgangen til å beslutte utelukkelse når den innsatte er under 18 år er videre skjerpet ved at utelukkelse må være «strengt nødvendig», og det er et krav at «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige», jf.

straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd. Følgelig gjelder det et skjerpet nødvendighetskrav ved spørsmål om utelukkelse av barn. Det skjerpede nødvendighetskravet og kravet om at «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige» vil behandles i det følgende.

3.2 Vilkårene for bruk av utelukkelse overfor innsatte under 18 år

Hovedregelen for bruk av utelukkelse overfor innsatte under 18 år følger av straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd bokstav b til e. Ved vurderingen av spørsmålet om når utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 kan brukes overfor barn er det to kumulative vilkår som må være oppfylt. Det første vilkåret er at utelukkelse må være «strengt nødvendig» på grunn av en av de grunnene som er listet opp i første ledd bokstav b til e, jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd. Formålet angitt i første ledd bokstav a er følgelig ikke grunnlag for å anse utelukkelse av et barn som nødvendig. Det

andre kumulative vilkåret består av to alternative vilkår, og det handler om at det ikke må finnes et mindre inngripende alternativ til utelukkelse. Vilkåret er formulert som at «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige».

3.2.1 Nødvendighetskravet, jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd bokstav b til e

«[S]trengt nødvendig»

En naturlig forståelse av «strengt nødvendig» innebærer at utelukkelse må være en forutsetning for å oppnå et av formålene beskrevet i § 37 første ledd bokstav b til e. Det følger av Prop. 135 L (2010-2011) s. 181 at bestemmelsen skal leses slik at det gjelder et krav om at det «ville kunne få svært alvorlige følger» dersom utelukkelse ikke brukes. Videre uttaler lovgiver at «[f]aren for at svært alvorlige følger kan oppstå, må være av kvalifisert art» og at utelukkelsen må være forholdsmessig. Hva som er «forholdsmessig» beror på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle der det sentrale er «om følgene av at utelukkelse ikke benyttes er så reelle og av så alvorlig karakter at utelukkelse er påkrevet for å forsøke å forhindre dem.» Det kan her vises til EMDs dom Kudla mot Polen som ble omtalt over i punkt 2.1.1. EMD uttalte at «ill-treatment must attain a minimum level of severity» for å omfattes av forbudet i artikkel 3. Terskelvurderingen er relativ og er avhengig av «av «all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health» til den som er utsatt for behandlingen. I dommen ble klageren ikke gitt medhold i at han var blitt utsatt for så alvorlig behandling at den krenket EMK artikkel 3, med den begrunnelse at frihetsberøvelse ofte vil innebære elementer av slik behandling, og gjennomføring av varetektsfengsling kan ikke i seg selv aktualisere brudd på EMK artikkel 3. Følgelig kan det tillegges vekt ved vurderingen av om negative konsekvenser av utelukkelse er av en slik karakter at utelukkelse ikke kan iverksettes om den konkrete behandlingen anses som vanlig og allment godkjent i en situasjon som inkluderer frihetsberøvelse. Det må imidlertid påpekes at det følger av EMDs praksis at det ikke er tilstrekkelig til å anse en behandling som tillatt at den er vanlig. Synspunktet kan dermed ikke trekkes langt ut over det den aktuelle dommen Kudla mot Polen gjaldt. Lovgiver uttaler videre i Prop. 135 L (2010-2011) s. 181 at den fremste begrunnelsen for å utelukke innsatte

under 18 år skal være å skjerme barnet, og at hensynet til barnets beste alltid skal «tas med i vurderingen av hvorvidt en utelukkelse skal skje»²⁴. Det bør merkes at hensynet til barnets beste ikke skal være avgjørende, men tillegges vekt ved vurderingen. Dette tilsier at andre hensyn, som sikkerhetshensyn og rehabiliteringshensyn, også kan tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen.

De alternative formålene i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til e

Alternativ b

Det første alternative formålet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til e er å «hindre innsatte i å skade seg selv eller øve vold eller fremsette trusler mot andre».

Ordlyden «skade» tilsier i utgangspunktet både fysisk og psykisk skade. Ordet «øver» klargjør at det er den innsatte som må gjøre noe mot en annen. Ordlyden «vold» tilsier både fysisk og psykisk vold. En naturlig forståelse av «trusler» tilsier å skremme noen ved tale eller handling til å gjøre noe eller til å frykte noe. Ordlyden «andre» tilsier alle andre enn den innsatte.

Forarbeidene sier ikke noe om hvem som regnes som «andre». Det følger imidlertid av Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer (KSF-2008-2009) punkt 37.7.2 at bestemmelsen kan komme til anvendelse der den innsatte øver vold eller fremsetter trusler mot andre innsatte, tilsatte ved institusjonen, tilsatte i forvaltningssamarbeidsetater og andre.²⁵ Dersom den innsatte skader seg selv kan det oppstå et behov for tilsyn. Da må behovet den innsatte har for tilsyn på grunn av den skade personen påfører seg selv og karakteren av denne veies opp mot de negative konsekvensene utelukkelse kan ha for personen. Det følger av Sivilombudets uttalelse i SOM-2016-464 at en sultestreik i seg selv, eventuelt de helseproblemene og behovene for tilsyn som måtte oppstå på grunn av sultestreik, kan gi grunnlag for utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b. I den nevnte saken var utelukkelsen begrunnet med at personen hadde et økt tilsynsbehov som det bare var mulig å tilfredsstille på sikkerhetsavdelingen. Sivilombudet uttalte at når nødvendigheten og forholdsmessigheten vurderes i et tilfelle som dette må det vurderes konkret «om tilsynsbehovet kan oppfylles med midlertidige justeringer av bemanningen og/eller rutinene på fellesskapsavdelingen»²⁶. I noen tilfeller kan hensynet til sikkerhet og

²⁴ Prop. 135 L (2010-2011) s. 181

²⁵ Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.7.2

²⁶ Nilsen, Johannes Flisnes. Karnov lovkommentar: Straffegjennomføringsloven - strgjfl 2001, note 7 til § 37 1.

effektiv ressursbruk i Kriminalomsorgen tilsi at det bør være fast rutiner på hver enkelt avdeling, men det kan ikke på generelt grunnlag legges til grunn at hensynet til sikkerhet og effektiv ressursbruk veier tyngre enn den rett den innsatte har til fellesskap etter straffegjennomføringsloven § 17. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av forholdsmessigheten. Når den innsatte er under 18 år må det som nevnt i Prop. 135 L (2010-2011) på s. 181 legges vekt på hensynet til barnets beste ved vurderingen av om utelukkelse er «strengt nødvendig». Når det gjelder sikkerhetshensyn tilsier hensynet til barnets beste at institusjonen bør strekke seg langt for å ivareta barnets sikkerhet. Dersom det er fare for at barnet kan «skade seg selv», kan barnets beste tilsi at institusjonen bør tilsidesette mindre viktige hensyn som for eksempel effektivitetshensyn. Barn som er innsatte er generelt en sårbar gruppe, hvilket tilsier at hensynet til effektiv ressursbruk bør kunne tilsidesettes til fordel for hensynet til barnets beste i større grad enn når det er spørsmål om en voksen innsatt kan utelukkes fra fellesskapet på grunn av hensynet til effektiv ressursbruk. Dersom barnet «øve[r] vold eller fremsette[r] trusler mot andre» må imidlertid hensynet til barnets beste trolig tillegges noe mindre vekt enn dersom barnet skader seg selv, ettersom den som utsettes for vold eller trusler har krav på vern. Her vil det blant annet ha betydning hva slags vold og trusler som utøves og alvorlighetsgraden av denne. Det avgjørende for om et barn skal utelukkes er alltid resultatet av helhetsvurderingen av forholdsmessigheten i det konkrete tilfellet.

Alternativ c

Det andre alternative formålet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til e er å «hindre betydelig materiell skade». Ordlyden «betydelig» tilsier at det må være fare for materiell skade av høy verdi. I Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer KSF-2008-2009 punkt 37.7.3 ble det uttalt at bestemmelsen omfatter skade som medfører «reduksjon på gjenstanders verdi», og at «reservasjonen «betydelig» innebærer at forventet skade må være av et visst omfang eller alvorlighetsgrad»²⁷. Det er imidlertid ikke mulig å fastslå en fast grense for hvor stor skade som er «betydelig», da også arten av skaden kan ha betydning for om det er «strengt nødvendig» å utelukke en innsatt på dette grunnlaget. Også her skal det følgelig foretas en helhetlig forholdsmessighetsvurdering av det konkrete tilfellet. Verditapet skadeverket medfører må veies opp mot de negative konsekvensene utelukkelse vil kunne få

ledd bokstav b., Lovdata.no (hentet og lest 10. desember 2023).

²⁷ Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.7.3

for den innsatte. Også her må hensynet til barnets beste tillegges vekt. Trolig kreves et nokså stort verditap som følge av skadeverket for at utelukkelse skal anses «strengt nødvendig» for å «hindre betydelig materiell skade» når spørsmålet omhandler barn, ettersom barn generelt er sårbare. Det kan imidlertid trolig stille seg annerledes dersom tilfellet er at den materielle skaden som utelukkelsen har til formål å forhindre er egnet til påvirke andre negativt, herunder for eksempel andre innsatte under 18 år. Da vil forholdsmessighetsvurderingen stille seg noe annerledes enn om hensynet til et barn skal veies opp mot materiell verdi, da vil heller hensynet til et barn som kan forårsake eller forårsaker betydelig materiell skade måtte veies opp mot de negative innvirkningene andre barn opplever som følge av den materielle skaden. Til syvende og sist må det foretas en helhetlig forholdsmessighetsvurdering i hvert enkelt tilfelle.

Alternativ d

Det tredje alternative formålet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til e er å «hindre straffbare handlinger». Ordlyden tilsier at handlinger som kan føre til straff etter straffeloven (2005) annen del omfattes. Dette følger også av Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer (KSF-2008-2009) punkt 37.7.4, der «kroppskrenkelse, trusler, skadeverk, etc.» listes opp som mulige straffbare handlinger²⁸. Også her må det foretas en helhetlig forholdsmessighetsvurdering av det konkrete tilfellet. Her vil alvorlighetsgraden av den straffbare handlingen ha stor betydning, og som uttalelsen fra Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer viser er det særlig brudd på straffebud som kan virke farlig og skremmende for andre som kan gjøre utelukkelse «strengt nødvendig». Jo mer alvorlig straffebudet som brytes er, jo mindre skal til for å konkludere med at utelukkelse i det aktuelle tilfellet er «strengt nødvendig».

Alternativ e

Det fjerde alternative formålet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav b til e er å «opprettholde ro, orden og sikkerhet». Ordlyden «ro, orden og sikkerhet» er vid, og sikter til forholdene på institusjonen eller avdelingen der den innsatte spørsmålet gjelder oppholder seg. Ordlyden «opprettholde» tilsier at alternativet sikter til de hverdagslige, stabile forholdene ved institusjonen som muliggjør et fungerende fellesskap i fengselet. En

²⁸ Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.7.4

forutsetning for å basere utelukkelse på at det er «strengt nødvendig» for å «opprettholde ro, orden og sikkerhet» er at den innsatte ved sin adferd forstyrrer den daglige ro, orden og sikkerhet på avdelingen. Reelle hensyn tilsier at det må noe mer til enn helt dagligdagse uenigheter for å anse det som «strengt nødvendig» med bruk av utelukkelse. Det må kreves en viss grad av alvorlighet ved forstyrrelsen ettersom utelukkelse er et meget inngripende tiltak. Dette gjelder som nevnt i særlig grad for barn. Det følger av Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.7.5 at bokstav e fanger opp «visse tilfeller av uønsket opptreden som ikke dekkes inn av de øvrige alternativene i § 37 første ledd», men at «Lovens systematikk tilsier at atferd det reageres mot etter bokstav e, må være av tilnærmet samme alvorlighetsgrad som alternativene» i bokstav a til d²⁹. Hverdagslig rot omfattes følgelig klart ikke av formålet. Kriminalomsorgsdirektoratet lister opp følgende adferd som eksempler på situasjoner som kan anses som forstyrrelse av ro, orden og sikkerhet:

- Bråk, vedvarende skriking og annen adferd som ikke kan betegnes som straffbar, jf. alternativ d
- Brudd på aktivitetsplikten «dersom bruddet er så graverende at det rent faktisk vil kunne forstyrre ro, orden og sikkerhet»
- «innsattes fungering av helsemessige eller andre årsaker, er av en slik karakter at innsatte ikke er i stand til å ivareta seg selv og dette påvirker fellesskapet», med den begrunnelse at stabilitet er nødvendig i et fengselssfellesskap grunnet blant annet rehabiliteringshensyn
- «Dersom innsattes fungering tilsier særskilt ivaretagelse, tilsyn eller beredskap, har kriminalomsorgen plikt til å sikre at disse behovene ivretas på en betryggende måte», som hovedregel på fellesskapsavdeling. Det kan imidlertid i noen tilfeller være nødvendig å utelukke innsatte enten for å ivareta aktuelle behov eller hvor innsattes fungering går utover generell ro, orden og sikkerhet i det ordinære fellesskapet, for eksempel der innsattes helsemessige fungering er av en slik karakter at det kan oppstå akutt behov for helsehjelp»

²⁹ Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.7.5

Alternativ e er følgelig en restkategori som kan omfatte ulike typer adferd som ikke omfattes av bokstav b til d. Avgjørende er også her en konkret, helhetlig forholdsmessighetsvurdering av situasjonen.

3.2.2 Vilkåret «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige», jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd

Det andre kumulative vilkåret som må være oppfylt for at det skal kunne besluttes utelukkelse av en innsatt under 18 år er at «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige», jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd.

Ordlyden «mindre inngripende tiltak» tilsier andre tiltak enn utelukkelse som er mindre inngripende for den innsatte, altså barnet, enn utelukkelse. Videre tilsier en naturlig forståelse av «forgjeves har vært forsøkt» at de alternative tiltakene faktisk må ha vært forsøkt uten at det har avverget den aktuelle situasjonen som er nevnt i § 37 første ledd bokstav b til e.

Ordlyden «eller åpenbart vil være utilstrekkelige» tilsier at det i noen tilfeller er tillatt å ikke forsøke alternative tiltak til utelukkelse, men dette gjelder kun dersom det er helt klart at de alternative tiltakene ikke vil kunne avverge den aktuelle situasjonen som er nevnt i § 37 første ledd bokstav b til e. Ordlyden i vilkåret stiller også krav til at Kriminalomsorgen må ha foretatt en vurdering av mulige tiltak og de mulige utfallene av tiltakene, før de har konkludert med at de alternative tiltakene ikke kan avverge situasjonen. Denne forståelsen støttes i forarbeidene til bestemmelsen, se Prop. 135 L (2010–2011) s. 181–183. Der uttales det at bestemmelsen stiller krav til at det «er konkrete holdepunkter for å si at man ikke kan avverge de aktuelle følger på en annen måte enn ved utelukkelse», og at de mindre inngripende tiltakene «har vært gjenstand for en reell vurdering»³⁰.

Følgelig kan det kun brukes utelukkelse overfor en innsatt under 18 år hvis det er konkrete holdepunkter som sier at de følgene Kriminalomsorgen ønsker å unngå ikke er mulig å unngå ved iverksettelse av mindre inngripende tiltak enn utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37. De konkrete holdepunktene må være et resultat av enten

³⁰ Prop. 135 L (2010–2011) s. 181

mislykkede forsøk med andre tiltak eller en reell vurdering av situasjonen og mulige mindre inngripende tiltak.

3.3 Andre grunnlag for bruk av utelukkelse

Det følger av § 37 tiende ledd første og andre punktum at «Kriminalomsorgen kan beslutte at innsatte under 18 år skal utelukkes helt eller delvis dersom akutte bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold gjør det strengt nødvendig, eller dersom innsatte selv ønsker det og det anses strengt nødvendig. Mindre inngripende tiltak må forgjeves ha vært forsøkt eller være åpenbart utilstrekkelige.»

Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår, der vilkår nummer en består av to alternative vilkår og vilkår nummer to består av to kumulative vilkår. Vilkår nummer en vil behandles først. Ordlyden «akutte bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold» tilsier at det må ha oppstått en akuttsituasjon knyttet til de fysiske forholdene eller til bemanningen ved institusjonen for at utelukkelse skal kunne brukes på grunnlag av dette alternativet.

Situasjonen må være prekær, og praktiske hensyn er ikke tilstrekkelig for å begrunne utelukkelse på dette grunnlaget, jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 182. Videre må «årsaken til situasjonen skyldes plutselige og uforutsette begivenheter som ikke på forhånd kunne ha vært avverget». I Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 165 nevnes som eksempel på slike akuttsituasjoner «branntilløp, bygningsmessige skader, reparasjonsarbeider eller personalmangel gjør hel eller delvis utelukkelse nødvendig». EN lav bemanningssituasjon over tid oppfyller ikke vilkåret, jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 182. Nødvendighetskravet er skjerpet til «strengt nødvendig», det vises her til tolkningen av begrepet i punkt 3.2.1 over. Videre stilles det krav til at «[m]indre inngripende tiltak må forgjeves ha vært forsøkt eller være åpenbart utilstrekkelige», jf. § 37 tiende ledd andre punktum. Ordlyden oppstiller med dette et krav om at utelukkelsen må være påkrevet og forholdsmessig, og det må gjøres en helhetsvurdering av forholdsmessigheten i det konkrete tilfellet på lik linje som ved vurderingene etter § 37 andre ledd første punktum, jf. Prop. 135 L (2010-2011) s. 182. For nærmere beskrivelse av denne vurderingen vises det til punkt 3.2.2 over.

Vilkår nummer to er at utelukkelse kan brukes «dersom den innsatte selv ønsker det og det anses strengt nødvendig», jf. § 37 tiende ledd første punktum. Ordlyden er klar når den krever at den innsatte selv må ha et ønske om å bli utelukket fra fellesskapet. Vilkåret vil ikke være

oppfylt dersom den innsatte har blitt utsatt for utilbørlig press fra andre som har ført til at personen ønsker at utelukkelse brukes, da dette vil virke sterkt urimelig. Det andre kumulative vilkåret i alternativt vilkår nummer to er at utelukkelsen må være «strengt nødvendig». Det vises her til tolkningen av begrepet i punkt 3.2.1 over. Kravet om at «[m]indre inngripende tiltak må forgjeves ha vært forsøkt eller være åpenbart utilstrekkelige», jf. § 37 tiende ledd andre punktum, gjelder også ved dette vilkåret. Det vises her til forrige avsnitt.

§ 37 tiende ledd ligner på § 37 niende ledd, som gjelder innsatte over 18 år. Det er imidlertid en forskjell mellom de to bestemmelsene at nødvendighetskravet er skjerpet fra «påkrevet» i niende ledd til «strengt nødvendig» i tiende ledd. Dessuten er det et krav at «mindre inngripende tiltak må forgjeves ha vært forsøkt eller være åpenbart utilstrekkelige» når det er spørsmål om bruk av utelukkelse overfor innsatte under 18 år. Dette er et eksempel på at reguleringen av utelukkelse i norsk rett er spesielt tilpasset barn, slik Barnekonvensjonen artikkel 40 punkt 3 oppstiller krav om.

3.4 Begrensninger for bruk av utelukkelse

Straffegjennomføringsloven § 37 oppstiller enkelte regler som setter rammer for bruken av utelukkelse dersom vilkårene for det er oppfylt. Disse vil tolkes i det følgende.

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 tredje ledd at «Kriminalomsorgen skal beslutte delvis utelukkelse dersom dette er tilstrekkelig for å forebygge handlinger etter første ledd bokstavene a til e og annet ledd.» Ordlyden i bestemmelsen er klar, og den viser viktigheten av at bruk av utelukkelse skal begrenses overfor alle innsatte. Ordet «skal» viser at Kriminalomsorgen har plikt til å ikke utelukke innsatte under 18 år i større utstrekning enn hva som er «strengt nødvendig», jf. § 37 andre ledd jf. første ledd bokstav b til e. I Prop. 135 L (2010-2011) på side 182 uttalte lovgiver at det er viktig «at en eventuell utelukkelse ikke bærer preg av å være isolasjon», og at det derfor er «essensielt at delvis utelukkelse benyttes fremfor hel utelukkelse så vidt mulig.» Lovgiver tar her et tydelig standpunkt og viser viktigheten av at isolasjon ikke forekommer, selv ikke under utelukkelse. Videre uttales det at desto «lenger en utelukkelse varer, jo strengere krav stilles til tiltak og aktivitet for å motvirke eventuelle skadevirkninger»³¹. Som nevnt i punkt 2.1.1 har EMD i noen tilfeller ansett

³¹ Prop. 135 L (2010-2011) s. 182

isolasjon som «inhuman (...) treatment» i strid med konvensjonens artikkel 3. På dette punktet er derfor norsk lovgivning trolig i tråd med EMK artikkel 3. Isolasjon skal ikke forekomme når utelukkelse benyttes overfor innsatte, særlig ikke innsatte under 18 år, og utelukkelse skal ikke brukes i større grad enn hva som er nødvendig.

Det følger av § 37 fjerde ledd at «[h]el eller delvis utelukkelse etter første, andre eller tredje ledd skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig, og kriminalomsorgen skal fortløpende vurdere om det fortsatt er grunnlag for utelukkelsen». Ordlyden “ikke opprettholdes lenger enn nødvendig” tilsier at utelukkelsen skal avsluttes så snart grunnen til at utelukkelsen var «strengt nødvendig» opphører, jf. § 37 andre ledd. Bestemmelsen er i tråd med Barnekomiteens syn som kom til uttrykk i General Comment No. 24 (2019) avsnitt 95 som er omtalt over i punkt 2.1.2 om at enhver separasjon mellom barnet og andre bør vare i så kort tid som mulig, og bør kun gjøres dersom det er siste utvei for å beskytte barnet eller andre.

Som nevnt følger det av straffegjennomføringsforskriften § 3-35 andre ledd at «skadelige følger av utelukkelse fra fellesskapet skal så vidt mulig forebygges eller bøtes på».

Bestemmelsen innebærer at det skal iverksettes både forebyggende og etterfølgende tiltak som er egnet til å gunngå skadelige følger av utelukkelse fra fellesskapet, eventuelt gjøre de mindre. Videre følger det av tredje ledd at «Kriminalomsorgen skal sørge for at barn som utelukkes fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37, får utvidet adgang til lufting, samvær med tilsatte, utvidet adgang til besøk fra venner og familie, utvidet adgang til fysisk aktivitet og andre tiltak som kan forebygge skadevirkninger av å bli utelukket fra fellesskapet.» Denne plikten for Kriminalomsorgen og rettigheten for barnet er viktig for å oppfylle et viktig mål med straffegjennomføring: rehabilitering. At rehabilitering er en viktig side av straffegjennomføringen kommer til uttrykk i blant annet General Comment No. 24 (2019) avsnitt 109 som viser til Barnekonvensjonen artikkel 40 (se punkt 2.1.2 over).

Dessuten oppstiller som nevnt i punkt 2.1.1 og 2.1.2 over både Barnekonvensjonen og EMK grenser for bruk av tiltak som medfører at et barn blir isolert.

Straffegjennomføringsforskriften § 3-35 tredje ledd sikrer barn som er utelukket fra fellesskapet en omgang med andre likevel. Rettigheten medfører at de negative virkningene av utelukkelsen i stor grad unngås, og det foreligger dermed ikke brudd på EMK artikkel 3 eller Barnekonvensjonen artikkel 37 på grunn av isolasjon.

3.5 Saksbehandlingsregler

Straffegjennomføringsloven § 37 inneholder foruten de materielle vilkårene for bruk av utelukkelse som allerede er drøftet saksbehandlingsregler som må følges ved bruk av utelukkelse overfor barn. Disse vil gjennomgås i det følgende.

Det følger av § 37 første ledd at «Kriminalomsorgen kan beslutte» utelukkelse fra fellesskapet. Det er følgelig Kriminalomsorgen som har avgjørelsesmyndighet i saker der det er spørsmål om det skal brukes utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37.

§ 37 fjerde ledd bestemmer at «(...) kriminalomsorgen skal fortløpende vurdere om det fortsatt er grunnlag for utelukkelsen». Ordlyden «fortløpende» tilsier at Kriminalomsorgen må følge utelukkelsen og grunnene for denne tett for å vurdere om vilkårene for bruk av utelukkelse fremdeles er oppfylt. Hva som regnes som «fortløpende» er ikke nærmere definert i forarbeidene. Det følger imidlertid av retningslinjer fra Kriminalomsorgsdirektoratet at «[g]runnlaget for utelukkelse må vurderes fortløpende og loggføres i Kompis. Om utelukkelsen varer lenger enn 24 timer, skal den fortløpende vurderingen av grunnlaget for utelukkelsen gå frem av tilsynsloggen jf. 37.14 tredje avsnitt om loggføring av tilsyn», jf. punkt 37.9³². Denne regelen er i tråd med Barnekonvensjonen syn i General Comment no. 24 (2019) avsnitt 95, der det uttales at grunnene for et tiltak som går ut på å holde et barn separert fra andre, herunder utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37, og at varigheten av dette tiltaket bør registreres.

§ 37 femte ledd femte til åttende punktum inneholder regler om når beslutning om hel utelukkelse av innsatt under 18 år skal meldes til regionalt nivå, samt regler om den videre vurderingen av om utelukkelsen skal opprettholdes eller ikke. Det følger av femte punktum at «[b]eslutning om utelukkelse av person under 18 år skal omgående meldes til regionalt nivå.» «Omgående» tilsier umiddelbart. Videre skal Kriminalomsorgen «fortløpende vurdere om det er grunnlag for å opprettholde tiltaket», jf. sjette punktum. En naturlig forståelse av «fortløpende» tilsier at det skal vurderes kontinuerlig om barnet skal være utelukket eller ikke på bakgrunn av de ovenfor behandlede vilkårene for utelukkelse. Sjuende og åttende punktum sier at «[d]ersom utelukkelsen overstiger 3 dager, skal saken oversendes regionalt nivå til ny vurdering. Dersom utelukkelsen overstiger 5 dager, skal det sendes melding til

³² Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001) punkt 37.9

Kriminalomsorgsdirektoratet.» Regelen sikrer at Kriminalomsorgsdirektoratet har kontroll og kunnskap om saker der barn er helt utelukket fra fellesskapet.

Det følger videre av § 37 sjette ledd andre og tredje punktum at «[d]ersom delvis utelukkelse fra fellesskapet av en innsatt under 18 år overstiger 7 dager, skal Kriminalomsorgsdirektoratet ta stilling til om den innsatte fortsatt skal utelukkes. Melding skal deretter gis til direktoratet med 7 dagers mellomrom.» Regelen viser at Kriminalomsorgen ser alvorlig på bruk av også delvis utelukkelse overfor innsatte under 18 år ved at Kriminalomsorgen får kompetanse til å ta stilling til om utelukkelsen skal forsette når den delvise utelukkelsen har vart i 7 dager. Dette er en kontrollmekanisme som skal sikre at den innsatte får en ny, uavhengig vurdering av om utelukkelsen skal opprettholdes på et tidlig tidspunkt. Slik bedres barnets rettssikkerhet. Regelen gjør det også klart at det i utgangspunktet ikke er ønskelig å utelukke barn fra fellesskapet i lange perioder.

Etter § 37 sjuende ledd fjerde punktum skal «innsatte under 18 år ha kontinuerlig tilsyn.» Ordlyden «kontinuerlig» tilsier hele tiden. Det følger av Prop. 135 L (2010-2011) s. 182 at «kontinuerlig» innebærer at «minst en av de ansatte ved fengselet alltid skal være i nærheten. Helst bør det være personell i samme rom som den utelukkede, eventuelt i et naborom. I alle tilfelle må den utelukkede til enhver tid kunne kontakte personalet». Det presiseres i Prop. 135 L (2010-2011) s. 183 at den utelukkede innsatte skal ha «kontinuerlig tilsyn selv om utelukkelsen skyldes bemanningmessige forhold.» Logiske betraktninger tilsier at personalet hele tiden må være innenfor den utelukkedes rekkevidde, både på grunn av at den utelukkedes sikkerhet skal ivaretas og fordi det vil være vanskelig å foreta gode vurderinger av om utelukkelse skal opprettholdes uten å observere den utelukkede nøye. Følgelig skal regelen om tilsyn i § 37 sjuende ledd fjerde punktum praktiseres strengt.

§ 37 tiende ledd tredje til niende punktum inneholder saksbehandlingsregler for utelukkelse på grunn av akutte bygningsmessige eller bemanningmessige forhold, eller på grunn av at den innsatte selv har ønsket det og det har vært ansett som nødvendig. Tredje til sjette punktum sier at «[b]eslutning om utelukkelse av person under 18 år skal omgående meldes til regionalt nivå. Slik utelukkelse kan opprettholdes i inntil 2 døgn. Regionalt nivå kan forlenge utelukkelsen med inntil 2 døgn dersom særlige grunner gjør det påkrevet. I så fall skal det samtidig sendes melding til Kriminalomsorgsdirektoratet.» Det følger av Prop. 135 L (2010-2011) s. 182 at disse strenge rapporteringsreglene er innført «for å sikre en god oversikt og ensartet praksis.» Følgelig fremmer regelen likebehandling. I tillegg kan en konsekvens av

god oversikt og ensartet praksis være at andelen korrekte vurderinger av om utelukkelse skal brukes øker, noe som er bra for de innsattes rettssikkerhet. Det følger videre av sjuende punktum at «[u]telukkelse skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse.» Det følger av Prop. 135 L (2010-2011) s. 183 at bestemmelsen «medfører en streng aktivitetsplikt», som blant innebærer at de ansatte bør kompensere for mindre samvær med de andre innsatte ved å selv ha økt samvær med den utelukkede personen. Videre fremgår det av åttende punktum at «[i]nnsatte under 18 år skal ha kontinuerlig tilsyn.» Det vises her til «kontinuerlig» i § 37 sjuende ledd over.

§ 37 tiende ledd niende punktum gir Kriminalomsorgen kompetanse til å «gi nærmere regler om utelukkelse av innsatte under 18 år, samt om tiltak for å avhjelpe mulige negative skadevirkninger av slik». Denne adgangen ble brukt til å gi straffegjennomføringsforskriften § 3-35 tredje og fjerde ledd. Bestemmelsene er behandlet tidligere i drøftelsen.

4 Avslutning

Det følger av straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd første punktum at «Utelukkelse skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse». På tross av at det er på det rene at bruk av utelukkelse kan ha skadelige konsekvenser overfor innsatte under 18 år, barn, så har drøftelsen vist at utelukkelse kan gjennomføres overfor barn dersom vilkårene for dette er oppfylt. Til grunn for vilkårene ligger en avveining av hensynet til barnets beste, sikkerhetshensyn og rehabiliteringshensyn. Etter en drøftelse av de aktuelle vilkårene fremstår det som tydelig at hensynet til barnets beste i stor grad blir tilstrekkelig godt ivaretatt dersom Kriminalomsorgen foretar gode vurderinger i tråd med innholdet i vilkårene når det avgjøres hvorvidt utelukkelse skal besluttes. Den norske reguleringen er spesielt tilpasset barn der dette er nødvendig av hensyn til barnet og karakteren og de mulige konsekvensene av utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37, og det må etter en samlet vurdering sies at kravet i Barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 3 som sier at «States Parties shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law» er oppfylt i norsk rett. Analysen viser at regelverket knyttet til utelukkelse gjennomgående er tilpasset innsatte under 18 år, altså barn, ved at de er gitt særlige rettigheter kontra voksne innsatte. Vurderingene som må gjøres når spørsmålet om utelukkelse gjelder et barn er videre mer møysommelige, og nødvendighetskravet er strengere.

Det mest sentrale vilkåret ved vurderingen av om utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd jf. første ledd er nødvendighetsvilkåret, som er skjerpet når den innsatte det er spørsmål om skal utelukkes er et barn. Drøftelsen har vist at det ligger en helhetlig forholdsmessighetsvurdering av det konkrete tilfellet i vurderingen av om utelukkelse er «strengt nødvendig» for å oppnå et av de godtatte formålene i første ledd bokstav b til e, jf. forarbeidene til straffegjennomføringsloven § 37, EMK artikkel 3 og Barnekonvensjonen artikkel 37 og 40. Et annet sentralt vilkår som må være oppfylt for at utelukkelse skal kunne brukes overfor barn er at «mindre inngripende tiltak forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige».

Videre har drøftelsen vist at utelukkelse skal brukes i så lite utstrekning som mulig. Dersom det er tilstrekkelig å bruke delvis utelukkelse «for å oppnå formålet med utelukkelsen, har

Kriminalomsorgen plikt til å kun utelukke den innsatte delvis, jf. straffegjennomføringsloven § 37 tredje ledd. Videre skal verken hel eller delvis utelukkelse «opprettholdes lenger enn nødvendig», jf. straffegjennomføringsloven § 37 fjerde ledd. Denne regelen gjør det nødvendig for Kriminalomsorgen å ha god oversikt og kontroll over den innsatte som utelukkes og bakgrunnen for utelukkelsen, noe som også viser seg i saksbehandlingsreglene i straffegjennomføringsloven § 37 første, fjerde, femte, sjette, sjuende og tiende ledd. Avslutningsvis er det verdt å merke seg at forarbeidene er klare når lovgiver i Prop. 135 L (2010-2011) på side 183 uttaler at det gjelder «en streng aktivitetsplikt» ved bruk av utelukkelse, og at det ligger et krav om forholdsmessighet i regelen som sier at utelukkelse skal brukes med varsomhet slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse: «Jo lenger en utelukkelse varer, jo strengere krav stilles til tiltak og aktivitet for å motvirke eventuelle skadevirkninger»³³. Dette kravet om forholdsmessighet mellom formålene som tilsier utelukkelse og virkningene av utelukkelsen for den innsatte er gjennomgående i den norske reguleringen av spørsmålet. Dette tilsier at den norske reguleringen av bruk av utelukkelse balanserer de aktuelle hensynene og ivaretar barnets rettigheter etter norske og internasjonale regler på en god måte.

³³ Prop. 135 L (2010-2011) s. 182

Litteraturliste

Lovtekst

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) 1950

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20.november 1989 (Barnekonvensjonen)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (Straffegjennomføringsloven)

Forskrift

Forskrift om straffegjennomføring, 22. februar 2002 nr. 183 (Straffegjennomføringsforskriften).

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt-2008-1789 avsnitt 28

Avgjørelser fra EMD:

Golder v. the United Kingdom, [P] 1975, no. 4451/70

Irland mot Storbritannia [P] 1978, no. 5310/71

V. v The United Kingdom [GC] 1999, no.24888/94

Ilhan mot Tyrkia [GC] 2000, no. 22277/93

Kudla v. Poland [GC] 2000, no.30210/96

Bankovic and Others v. Belgium and Others [GC] 2001, no.52207/99

Denizci and others v Cyprus [J] 2001, no. 27207/95

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, [J] 2007, no. 13178/03

Muskhadzhiyeva and others v. Belgium [J] 2010, no. 41442/07

Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

Ot.prp.nr.5 (2000-2001)

Rundskriv fra Kriminalomsorgsdirektoratet (27. oktober 2008) (KSF-2008-9001)

Prop. 135 L (2010-2011)

Retningslinjer til straffegjennomføringsloven, revidert 02.04.2019

Utenlandske og internasjonale kilder

Wienkonvensjonen om traktatretten (1969)

United Nations General Assembly Resolution 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10. desember 1984, trådte i kraft 26. juni 1987.

https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_39_46.pdf

United Nations Human Rights Committee, Human Rights Committee, General Comment No. 7: Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 10. mars 1992.

<https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>

United Nations, General comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system, 18. september 2019

Litteratur

Bårdsen, Arnfinn, «Høyesterett og dynamisk tolking av EMK», 30. oktober 2017

<https://www.domstol.no/contentassets/fd10f8a9715f4036ac6a523c747aafac/hoyesterett-og-dynamisk-tolking-av-emk.pdf>

Elgesem, Frode, «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode», 16. mai 2003, DOI:

<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2003-04-05-03>

Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar: Menneskerettsloven - mrl 1999, note 1 til Art 37., Lovdata.no (hentet 1. desember 2023).

Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov lovkommentar: Menneskerettsloven - mrl 1999, note 20 til BKN art. 40 3. ledd, Lovdata.no (hentet 1. desember 2023).

Mæhle, Aarli. Fra lov til rett, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017.

Schabas and Sax, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty, DOI: Martinius Nijhoff Publishers, <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004148864.i-96> , 2006

United Nations, “Legislative history of the convention on the rights of the child, Vol.II”, 2007,
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc2en.pdf>

Van Bueren, Geraldine, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 40: Child Criminal Justice, Martinius Nijhoff Publishers, DOI:
<https://doi.org/10.1163/ej.9789004148888.i-31>, 2006

Nettsider

Blandhol, Tøssebro og Skotheim, «Innføring i juridisk metode», 19.11.2015, DOI:
<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2015-06-02> , Lest 11.november 2023.

Oppslag online leksikon

«Presumsjonsprinsippet» Store norske leksikon lest 12.januar 2023,
<https://snl.no/presumsjonsprinsippet> lest 11.november 2023.

«Tortur» Store norske leksikon 18.februar 2020, <https://sml.snl.no/tortur> lest 10.desember 2023.