

Ulovlig kroppsvisitasjon

Grethe Kristine Olsen



1 Tema og opplegg

Fengselsstraff kjennetegnes av en sterk innskrenkning i bevegelsesfriheten sammenlignet med bevegelsesfriheten for samfunnets øvrige medlemmer.¹ Som fange er man i tillegg undergitt en rekke sikkerhetstiltak i form av brev- og besøkskontroll, bruk av tvangsmidler, narkotikakontroller, isolering og kontroll i form av undersøkelser. Kroppsvisitasjon som undersøkelsesmetode har over lengre tid vært gjenstand for kritikk og debatt, og er temaet for denne artikkelen.

Først, i punkt 2, redegjøres det helt kort for temaets aktualitet og pekes på hvordan slike undersøkelser lenge har vært gjennomført rutinemessig, men at det nå skal foretas konkrete vurderinger av om visitasjon skal gjennomføres. I punkt 3 redegjøres det nærmere for de trinnhøyere rettsnormene som har forårsaket denne overgangen, nemlig EMK art. 3 og Grl. § 93 annet ledd. I punkt 4 løftes rettsvirkningene av ulovlig frihetsberøvelse frem. Til slutt, i punkt 5, tilbys en kort sammenfatning og noen refleksjoner om det manglende rettighetsvernet i straffegjennomføringsloven.

2 Fra rutine til konkret vurdering

Hjemmelen for kroppsvisitasjon i fengsler er straffegjennomføringsloven (strgjfl.) § 28. Det følger av første setning at kriminalomsorgen kan «undersøke innsatte ... for å forebygge uorden eller straffbar handling». Etter andre setning kan undersøkelsen blant annet skje ved «kroppsvisitasjon».

Etter forskriften om straffegjennomføring § 3-25 (5) første setning fremgår det at «[u]ndersøkelse kan foretas ved ankomst, til enhver tid under straffegjennomføringen og før og etter utganger». Ordlyden «til enhver tid» tilsier at fanger kan undersøkes både før og etter besøk og ved andre anledninger.

Videre følger det av forskriften § 3-25 (5) andre setning at «[u]ndersøkelse av innsattes person eller eiendeler kan ved ankomst og før og etter utganger bare unnlates dersom sikkerhetsmessige grunner åpenbart ikke taler mot det.» Ordlyden «åpenbart ikke taler

¹ Eskeland (1989) s. 29.

mot det» tilsier at det er en lav terskel for å undersøke fangen ved ankomst og i forbindelse med utganger fra fengselet. Det legges dermed opp til en rutinemessig kontroll av fangene.

Regelverket rundt kroppsvisitasjoner har gitt Kriminalomsorgen stor frihet til å gjennomføre kroppsvisitasjoner av fanger. En konsekvens av dette var at fanger ble utsatt for et høyt antall kroppsvisitasjoner. Men i september 2020 sendte Kriminalomsorgsdirektoratet (KDI) brev med foreløpige føringer vedrørende kroppsvisitasjon. Brevet fra KDI ga anvisning om følgende praksis:

«Kroppsvisitasjon av innsatte, dvs. undersøkelse med avkledning og besiktigelse av naken kropp, skal ikke finne sted rutinemessig. Hvorvidt kroppsvisitasjon er nødvendig, skal i alle tilfeller bero på en konkret og/eller individuell vurdering. Videre må tiltaket være forholdsmessig. Dette innebærer at det alltid må foretas en avveining av nødvendigheten av tiltaket og tiltakets inngripende karakter.»

Endringen av praksis hadde sin bakgrunn i at Gulating lagmannsrett avsa en dom 10. juli 2020 som blant annet fastslo at Bergen fengsel hadde utsatt en varetektsfange for nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3.² Fangen hadde blitt utsatt for rutinemessig kroppsvisitasjon med avkledning som ble gjennomført på en ydmykende måte. I etterkant av avgjørelsen ba Sivilombudsmannen om en orientering fra Kriminalomsorgsdirektoratet (KDI) om hvordan dommen blir fulgt opp for å hindre brudd på EMK art. 3.³ Bakgrunnen for henvendelsen var informasjon tilsendt Sivilombudsmannen fra medlemmer i Advokatforeningen som ga grunn til bekymring for mangelfull oppfølging av dommen i Bergen fengsel. I KDI sin tilbakemelding til Sivilombudsmannen fremgår det at direktoratet vil begynne arbeidet med å gjennomgå regelverket for undersøkelse av fanger ved kroppsvisitasjon, herunder retningslinjene til strgjfl. § 28.⁴ Mens arbeidet med å gjennomgå regelverket rundt kroppsvisitasjon pågår, har KDI sendt ut foreløpige føringer av overordnet karakter.⁵ Det legges her opp til at kriminalomsorgen i stor grad skal bruke kroppsskanner (sikkerhetsskanner) i forbindelse med undersøkelser av fanger, som i mange situasjoner vil kunne erstatte behovet for kroppsvisitasjon.

Spørsmålet om varetektsfradrag for ulovlig kroppsvisitasjon var tema for to straffesaker som høsten 2020 var oppe til behandling i Høyesterett.⁶ I begge sakene ble det konkludert med at kroppsvisitasjonene utgjorde nedverdiggende behandling i strid med Grl. § 93 (2) og EMK art. 3, og de ulovlige kroppsvisitasjonene ble kompensert i form av redusert straff. Nylig behandlet Høyesterett en straffesak som gjaldt kroppsvisitasjoner av tre tiltalte før praksisen ble endret av Kriminalomsorgsdirektoratet i september 2020.⁷ Konklusjonen i saken var at det forelå krenkelse av Grl. § 93 (2) og EMK art. 3. I denne saken

² LG-2019-161767.

³ Sivilombudsmannen (2020).

⁴ KDIs svarbrev til Sivilombudsmannen (2020).

⁵ Brev fra KDI (2020).

⁶ HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A.

⁷ HR-2021-1155-A.

ble de tre tiltalte kompensert gjennom ekstra varetaktsfradrag på én dag for to ulovlige kroppsvisitasjoner.

3 Vernet etter EMK art. 3 og GrL. § 93 annet ledd

Kriminalomsorgens instruks og omleggingen av praksis har bakgrunn i trinnhøyere rettsnormer. Det følger av GrL. § 93 (2) at «[i]ngen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»⁸ GrL. § 93 (2) har samme innhold som EMK art. 3 og skal tolkes i lys av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) sin praksis rundt EMK art. 3.⁹ Dette er også lagt til grunn i norsk rettsperspektiv.¹⁰

Det følger av EMK art. 3 at «[n]o one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.»¹¹ Bestemmelsen åpner ikke for unntak, begrensninger eller inngrep og er dermed en absolutt rettighet. Torturforbudet er ufravikelig også i krisetid.¹² EMK art. 3 gjelder som norsk rett og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.¹³

For kroppsvisitasjon vil det være aktuelt å vurdere umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Når det gjelder umenneskelig behandling har EMD uttalt at handlingen må nå et minimum av alvorlighetsgrad og forårsake enten faktisk kroppslig skade eller psykisk lidelse.¹⁴ Handlinger har blitt ansett for å være nedverdiggende behandling når de er i stand til å vekke følelser av frykt, underlegenhet, ydmyke og bryte ned offeret i motsetning til fysisk eller psykisk lidelse.¹⁵ I likhet med umenneskelig behandling, så trenger ikke handlingen å være bevisst. I de nylige avgjørelsene fra Høyesterett går man rett på en vurdering av nedverdiggende behandling.¹⁶

I HR-2017-1127-U uttalte Høyesteretts ankeutvalg seg om forståelsen av EMK art. 3. A hadde reist sak mot staten med krav om dom for at soningsforholdene har vært, og fortsatt var, i strid med forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling i EMK art. 3, og med hans rett til respekt for sitt privatliv og korrespondanse etter art. 8. I avsnitt 12 skriver ankeutvalget at:

«Menneskerettsdomstolen har i sin praksis understreket at for å rammes av forbudet i artikkel 3, så kreves det et minimum av alvor – «a minimum of severity»/«un minimum de gravité», jf. for eksempel storkammerdom 26. oktober 2000 *Kudla mot*

8 Grunnloven § 93 (2).

9 Dokument 16 (2011–2012) s. 109.

10 HR-2017-1127-U, avsnitt 10, HR-2020-2136-A, avsnitt 99 og HR-2020-2137-A avsnitt 83.

11 EMK art. 3.

12 EMK art. 15.2.

13 Menneskerettsloven §§ 2 og 3.

14 *Gäfgen v. Germany*, avsnitt 88 og 89.

15 *Gäfgen v. Germany*, avsnitt 89.

16 HR-2020-2136-A, avsnitt 99 og HR-2020-2137-A, avsnitt 84.

Polen avsnitt 91 [EMD-1996-30210]. Om grensen er overskredet, beror på en samlet vurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på behandlingens karakter og den sammenhengen den inngår i, varigheten, de fysiske og psykiske virkningene for den som rammes, og etter forholdene også vedkommendes kjønn, alder og helsetilstand, jf. storkammerdom 15. desember 2016 *Khlaifia og andre mot Italia* avsnitt 159-160 [EMD-2012-16483-2]. Formålet med behandlingen er viktig, især vil det veie tungt i retning brudd dersom intensjonen nettopp er å ydmyke eller krenke. Men også for tiltak som er legitimt begrunnet utgjør artikkel 3 en grense, i den utstrekning disse i form, intensitet eller varighet går lenger enn nødvendig eller på annen måte er uforholdsmessig belastende, jf. storkammerdom 28. september 2015 *Bouyid mot Belgia* avsnitt 86-88 [EMD-2009-23380-2].»¹⁷

I HR-2020-2136-A gir Høyesterett uttrykk for en lignende forståelse av når kroppsvisitasjon kan falle inn under forbudet mot nedverdiggende behandling etter EMK art. 3.¹⁸ For å klargjøre terskelen for når kroppsvisitasjon av fanger utgjør nedverdiggende behandling, er det i første omgang hensiktsmessig å se nærmere på hva internasjonale standarder og retningslinjer sier om kroppsvisitasjon da de er ment å være normgivende og også kan gi uttrykk for rettspraksis fra EMD.

Mandelareglene og De europeiske fengselsreglene fastsetter at kroppsvisitasjon skal gjennomføres på en måte som respekterer fangens verdighet.¹⁹ Situasjoner hvor undersøkelser vil være nødvendig skal være definert av nasjonal lovgivning.²⁰ Lovgivning og retningslinjer som omhandler undersøkelse av fanger skal være i samsvar med forpliktelser etter internasjonal rett og skal ta hensyn til internasjonale normer og standarder, med tanke på behovet for å sikre sikkerheten i fengselet.²¹ CPT anbefaler at visitasjoner med avledning skal være basert på en individuell risikovurdering.²² Dette er i samsvar med Mandelareglene som sier at kroppsvisitasjon skal bare gjennomføres dersom det er absolutt nødvendig.²³ Fengselsadministrasjonen skal videre oppfordres til å utvikle og bruke passende alternativer til inngripende undersøkelser.²⁴ Videre skal inngripende undersøkelser bli gjort av en ansatt av samme kjønn som fangen som blir visitert.²⁵ Dette er særlig viktig for å unngå nedverdiggende behandling overfor personer som har vært utsatt for overgrep av en person av motsatt kjønn.

EMD har uttalt at kroppsvisitasjon kan være nødvendig for å sikre sikkerhet i fengselet eller for å forhindre uorden eller kriminalitet.²⁶ Likevel må de gjennomføres på en

17 HR-2017-1127-U, avsnitt 12.

18 HR-2020-2136-A, avsnitt 100.

19 Mandelareglene, regel 50 og De europeiske fengselsreglene, regel 54.3 og 54.4.

20 De europeiske fengselsreglene, regel 54.2.

21 Mandelareglene, regel 50.

22 CPT/Inf (2019) 1, s. 47, avsnitt 106.

23 Mandelareglene, regel 52.1.

24 Mandelareglene, regel 52.1.

25 Mandelareglene, regel 52.1 og De europeiske fengselsreglene, regel 54.5.

26 *Roth v. Germany*, avsnitt 65, *Iwanczuk v. Poland*, avsnitt 59 og *Van der Ven v. The Netherlands*, avsnitt 60.

passende måte.²⁷ Gjennomføringen av kroppsvisitasjonen må ha respekt for menneskeverdet og ha et legitimt formål.²⁸ Selv enkelte tilfeller av kroppsvisitasjon kan utgjøre nedverdiggende behandling med tanke på måten kroppsvisitasjon ble gjennomført på, sannsynligheten for at formålet var å ydmyke og bryte ned fangen og hvor det ikke forelå noen begrunnelse for kroppsvisitasjonen.²⁹

For personer som er frihetsberøvet reduserer enhver bruk av fysisk makt, som ikke er gjort strengt nødvendig på grunn egen oppførsel («conduct»), menneskeverdet og er i utgangspunktet et brudd på EMK art. 3.³⁰

For å få klarhet i normen etter EMK art. 3 er det nødvendig å se nærmere på enkelt-saker fra EMD. Derfor vil jeg redegjøre for typetilfeller i det følgende i form av ydmykende gjennomføring og rutinemessige kroppsvisitasjoner.

I *Valasinas v. Lithuania* var det tale om en kroppsvisitasjon hvor søkeren måtte kle seg naken med en kvinne til stede. Intensjonen var å ydmyke han. Søkeren fikk ordre om å gå ned i knebøy, og så ble hans kjønnsorganer og mat han hadde fått fra besøkende inspisert av betjentene.³¹ Domstolen anså kroppsvisitasjonen som en klar mangel på respekt for søkeren og at det reduserte hans menneskeverd i strid med EMK art. 3.³²

I *Iwanczuk v. Poland* måtte søkeren under varetekt kroppsvisiteres for å få lov til å avgi stemme i fengselet til parlamentsvalget. Søkeren tok av seg alle klærne bortsett fra undertøyet hvorpå fire fengselsbetjenter angivelig skal ha latterliggjort han, utvekslet ydmykende kommentarer om kroppen hans og mishandlet han verbalt. Søkeren ba om å få lov til å avgi stemme uten å måtte kroppsvisiteres, men dette ble nektet og han ble ført tilbake til cellen sin uten å ha fått lov til å avgi stemme.³³ I lys av søkerens personlighet, hans fredelige oppførsel gjennom hele varetektsperioden, det at han ikke var siktet for en voldelig forbrytelse og ikke var tidligere straffedømt, var det etter domstolens syn ikke grunnlag for at han ville oppføre seg voldelig og dermed heller ikke berettiget at kroppsvisitasjon var nødvendig.³⁴ Domstolen anså det som uakseptabelt at søkeren ble beordret til å kle seg naken foran en gruppe med fengselsbetjenter og fastslo at kroppsvisitasjonen utgjorde nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3.³⁵

Avgjørelsene viser at kroppsvisitasjoner som har et ydmykende formål eller hvor gjennomføringen inneholder ydmykende elementer vil kvalifisere til nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3. Videre stilles det krav til nødvendighet hvor fangens oppførsel, siktelse og straffehistorikk vil være relevant i vurderingen.

I *Van der Ven v. the Netherlands* sonet søkeren for alvorlige forbrytelser i en maksimalsikringsanstalt. Han ble kroppsvisitert ukentlig før og etter besøk uten kontroll og i

27 *Iwanczuk v. Poland*, avsnitt 59.

28 *Roth v. Germany*, avsnitt 65.

29 *Valasinas v. Lithuania*, avsnitt 117.

30 *Roth v. Germany*, avsnitt 66.

31 *Valasinas v. Lithuania*, avsnitt 114.

32 *Valasinas v. Lithuania*, avsnitt 117.

33 *Iwanczuk v. Poland*, avsnitt 15.

34 *Iwanczuk v. Poland*, avsnitt 56.

35 *Iwanczuk v. Poland*, avsnitt 59.

forbindelse med besøk til lege, tannlege og frisør. Kroppsvisitasjonene ble ikke gjort på grunn av et konkret sikkerhetsbehov og skyldtes heller ikke søkerens oppførsel. Domstolen anså ikke at systematiske ukentlige kroppsvisitasjoner var berettiget, særlig sett i lys av det ikke ble funnet noe under kroppsvisitasjonene.³⁶ Tatt i betraktning det faktum at søkeren allerede var underlagt et stort antall sikkerhetstiltak, fant EMD at:

”[...] the practice of weekly strip-searches that was applied to the applicant for a period of approximately three and a half years diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him”.³⁷

EMD kom enstemmig til at kombinasjonen av rutinemessige kroppsvisitasjoner og andre strenge sikkerhetstiltak utgjorde krenkelse av EMK art. 3 i form av umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

I *Frerot v. France* var det tale om minst 11 kroppsvisitasjoner i løpet av en periode på litt over tre år. Kroppsvisitasjonene ble blant annet gjort etter besøk, trening og før søkeren ble plassert i en sikkerhetscelle.³⁸ Domstolen uttaler at selv om kroppsvisitasjoner kan være nødvendig for å sikre sikkerheten i fengselet, så må de ”[...] be conducted in an appropriate manner” [...] so that the prisoner’s suffering or humiliating does not go beyond the inevitable element of suffering or humiliation connected with this form of legitimate treatment”.³⁹ Jo større invasjon av privatlivet til fangen som blir kroppsvisitert (særlig der prosedyren innebærer å måtte kle av seg foran andre, og enda mer der fangen må innta pinlige stillinger), desto større forsiktighet kreves.⁴⁰ På generelt grunnlag vil en kroppsvisitasjon hvor fangen bøyer seg ned og hoster for å undersøke anus ikke være i strid med EMK art. 3, så lenge undersøkelsen var begrunnet med en konkret og sterk mistanke om hemmelighold av ulovlige gjenstander og undersøkelsen var absolutt nødvendig.⁴¹

I *Frerot*-saken hadde Fresnes-fengselet, som var et av fengslene hvor søkeren var fengslet, en praksis hvor alle fangene ble kroppsvisitert med undersøkelse av anus etter besøk. Det var med andre ord en antagelse om at enhver fange som kom tilbake fra besøksrommet skjulte gjenstander eller stoffer i de mest intime kroppsdelene. Slike antagelser ble av domstolen ikke ansett å være basert på tvingende sikkerhetsbehov eller behov for å forhindre uorden eller kriminalitet.⁴²

Etter domstolens syn var kombinasjonen av følelsen av vilkårlighet, underlegenhet, angst og følelsen av alvorlig fornærmelse av verdighet utvilsomt forårsaket av plikten til

36 *Van der Ven v. the Netherlands*, avsnitt 61.

37 *Van der Ven v. the Netherlands*, avsnitt 62.

38 *Frerot v. France*, avsnitt 46.

39 *Frerot v. France*, avsnitt 38.

40 *Frerot v. France*, avsnitt 38.

41 *Frerot v. France*, avsnitt 41.

42 *Frerot v. France*, avsnitt 47.

å kle av seg foran en annen person og underkaste seg inspeksjon av anus, noe som resulterte til en grad av ydmykelse som overstiger det uunngåelige og dermed tålelige nivået som kroppsvisitasjoner uunngåelig involverer.⁴³ Domstolen konkluderte med at kroppsvisitasjonene av søkeren i Fresnes-fengselet utgjorde nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3.⁴⁴

I *Roth v. Germany* var det tale om 11 kroppsvisitasjoner som inkluderte inspeksjon av anus og ydmykende posisjoner. Kroppsvisitasjonene var tilfeldige og var ikke begrunnet i sikkerhetsmessige hensyn knyttet til søkeren. Systemet med tilfeldige kroppsvisitasjoner i fengselet tillot ikke å ta i betraktning søkerens oppførsel i vurderingen om undersøkelsen skulle bli utført eller ikke.⁴⁵ På bakgrunn av dette var det ikke noen konkret sammenheng mellom kroppsvisitasjonene av søkeren og bevaring av sikkerheten i fengselet eller å forhindre kriminalitet.⁴⁶ Kroppsvisitasjonene inneholdt ingen andre nødvendige nedsettende eller ydmykende elementer. Domstolen viser til sin uttalelse i *Frerot v. France*, avsnitt 47, og sier at kroppsvisitasjonene resulterte til en grad av ydmykelse som overstiger det uunngåelige og tålelige nivået som kroppsvisitasjoner uunngåelig involverer. Kroppsvisitasjonene reduserte søkerens menneskeverd og dermed utgjorde nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3.⁴⁷

Avgjørelsene fra EMD viser at kroppsvisitasjoner ikke kan være basert på rutine, men må begrunnes på bakgrunn av et konkret sikkerhetsmessig behov eller fangens oppførsel. Kroppsvisitasjoner som inkluderer inspeksjon av anus og ydmykende posisjoner, som for eksempel knebøy eller ydmykende elementer som hosting, kan bare besluttes dersom det er begrunnet med en konkret og sterk mistanke om hemmelighold av ulovlige gjenstander og undersøkelsen er absolutt nødvendig. Desto mer inngripende og ydmykende kroppsvisitasjonen er, desto strengere krav stiller EMD til begrunnelsen av kroppsvisitasjonen.

I HR-2020-2136-A vurderte Høyesterett om domfelte skulle gis fradrag i straffen fordi han ble kroppsvisitert under varetektsoppholdet. Saken gjaldt medvirkning til grove seksuelle overgrep mot et stort antall barn. I saken var det enighet mellom partene at A hadde blitt utsatt for kroppsvisitasjon 617 ganger og at beskrivelsen av kroppsvisitasjonene som gis i LG-2019-161767 i det vesentlige er dekkende for det A ble utsatt for.⁴⁸

Avgjørelsen fra Høyesterett viser til flere av avgjørelsene fra EMD som er gjort rede for ovenfor. Det vises blant annet til at kroppsvisitasjoner kan være nødvendig for å opprettholde sikkerhet og orden i et fengsel, men at det stilles blant annet krav til hvordan undersøkelsen utføres og at inngrepet er begrunnet.⁴⁹ Begrunnelsen må være akseptabel og undersøkelsen må utføres med tilbørlig respekt for den menneskelige verdighet.⁵⁰

43 *Frerot v. France*, avsnitt 47.

44 *Frerot v. France*, avsnitt 48.

45 *Roth v. Germany*, avsnitt 70.

46 *Roth v. Germany*, avsnitt 71.

47 *Roth v. Germany*, avsnitt 72.

48 HR-2020-2136-A, avsnitt 91 og 93.

49 HR-2020-2136-A, avsnitt 102.

50 HR-2020-2136-A, avsnitt 108.

Kroppsvisitasjonene som A ble utsatt for ble gjennomført helt rutinemessig og uten at det var gjort noen individuell vurdering av behovet for å kontrollere ham ut fra sikkerhetsmessige hensyn. Det ble lagt vekt på av Høyesterett at det var tale om et stort antall visitasjoner over en periode på nær fire år. Det var ikke opplyst om det var gjort noen vurdering av mulig sårbarhet hos A og det forelå ingen informasjon om at undersøkelsene hadde til formål å nedverdige A. Det var heller ikke vist til at det var noen konkrete risikosituasjoner ved fengselet som begrunnet visitasjonspraksisen.⁵¹ Høyesterett konkluderte enstemmig med at A hadde vært utsatt for en nedverdiggende behandling i strid med Grl. § 93 (2) og EMK art. 3.⁵²

I HR-2020-2137-A ble det reist spørsmål om betydningen av kroppsvisitasjoner under varetekt. Saken gjaldt medvirkning og forsøk på medvirkning til en rekke seksuelle overgrep mot barn i utlandet.

I denne saken ble A kroppsvisitert ved at han måtte kle av seg helt naken og sitte på huk mens han ble visuelt undersøkt. Kroppsvisitasjonene var gjennomført systematisk og var ikke konkret begrunnet. Det ble ikke vist til forhold ved A eller fengselet som begrunnet visitasjonspraksisen.⁵³

Det var uenighet mellom partene om hvor mange kroppsvisitasjoner det var tale om i saken. Påtalemyndigheten mente det var tale om 421 tilfeller, mens tiltalte mente tallet var 506. Det var ikke mulig å få bevist korrekt antall kroppsvisitasjoner på grunn av manglende loggføring.⁵⁴

Høyesterett mente uansett at det var tale om brudd på Grl. § 93 (2) og EMK art. 3 og viste til begrunnelsen i HR-2020-2136-A, avsnitt 91-117, som ble avsagt samme dag.⁵⁵

I LG-2019-161767 ble det reist spørsmål om kroppsvisitasjoner under varetekt innebar krenkelse av EMK art. 3 og 8. Saken gjaldt straffeutmåling i en sak om grov narkotikaforbrytelse.

Gulating viste til saken i HR-2017-1127-U som et eksempel på at svært mange kroppsvisitasjoner kombinert med andre svært inngripende tiltak ikke vil innebære en krenkelse av EMK art. 3 når inngrepet bygger på etterprøvbare faglige vurderinger og er begrunnet i konkrete og vektige sikkerhetshensyn. Domstolen viste så til *Frerot v. France* og uttaler at kroppsvisitasjoner i seg selv ikke er ulovlige, selv om de uunngåelig innebærer elementer av sterkt ubehag og ydmykelse for fangen, og at kroppsvisitasjon vil i mange situasjoner være helt nødvendige for å opprettholde sikkerheten i fengselet og forhindre uro og kriminalitet.⁵⁶

51 HR-2020-2136-A, avsnitt 110.

52 HR-2020-2136-A, avsnitt 111.

53 HR-2020-2137-A, avsnitt 84.

54 HR-2020-2137-A, avsnitt 85 og 86.

55 HR-2020-2137-A, avsnitt 85.

56 LG-2019-161767, side 10.

Det legges til grunn at det trekkes i retning av krenkelse av EMK art. 3 dersom inngrepene fremstår som vilkårlig.⁵⁷ I *Frerot v. France* ble dette synliggjort ved at kroppsvisitasjonene ble håndtert ulikt ved de ulike institusjonene hvor søkeren hadde vært fengslet.⁵⁸

Lagmannsretten så deretter på de konkrete omstendighetene i saken. A ble i perioden 5. oktober 2018 til 5. februar 2020 kroppsvisitert 144 ganger. Samtlige av kroppsvisitasjonene omfattet inspeksjon av kroppen helt uten klær, uten trinnvis avkledning, gjennomføring av dype knebøy og med eksponering av anus. Det ble ikke gjort en individuell nødvendighets- eller forholdsmessighetsvurdering i forkant av kroppsvisitasjonene, og eventuell sårbarhet hos A ble heller ikke vurdert. Begrunnelsen for kroppsvisitasjonene var utelukkende basert på generelle risikovurderinger ved at fengselets besøksområde er definert som et risikoområde. Det ble også vist til at enkelte betjenter håndterte kroppsvisitasjoner ulikt uten at dette var utslag av noen omforent praksis for den enkelte fange eller forenlig med den generelle instruksjonen om rutinemessig kroppsvisitasjon på vei inn til besøksområdet og ved utgang.⁵⁹

Lagmannsretten kom fram til at A var blitt utsatt for nedverdiggende behandling i strid med EMK art. 3. Det avgjørende for at terskelen var overskredet var særlig den rutinemessige gjennomføringen av kroppsvisitasjoner på vei til besøk og ved utgang. Fraværet av individuelle vurderinger av nødvendigheten av og forholdsmessigheten ved de utførte kroppsvisitasjonene ble ansett å være i strid med de krav som EMK stiller. Videre var krenkelsen av EMK art. 3 begrunnet i den ydmykende måten disse ble gjennomført på med bruk av dype knebøy og eksponering av anus, uten at trinnvis avkledning ble forsøkt. Det vises til at trinnvis avkledning er et enkelt tiltak som klart gjør inngrepet mindre krenkende og ydmykende for fangen, og at det er i strid med retningslinjene for strgjfl. § 28 at det ikke er brukt.⁶⁰

Avslutningsvis er det grunn til å si noe samlende om standarden rundt Grl. § 93 (2) og EMK art. 3 vedrørende kroppsvisitasjon i lys av de norske rettsavgjørelsene og praksisen fra EMD.

I vurderingen av om et inngrep faller inn under EMK art. 3 må det ses hen til alle omstendighetene i saken, herunder hvor omfattende inngrep det er tale om og dets fysiske og psykiske virkning.⁶¹ Det skal også tas i betraktning om hensikten med inngrepet var å nedverdiggende vedkommende, men fraværet av en slik hensikt er ikke i seg selv avgjørende og vil heller ikke utelukke krenkelse av EMK art. 3.⁶²

Utgangspunktet er at kroppsvisitasjon kan være nødvendig for å opprettholde sikkerheten i fengselet eller for å forhindre uorden eller kriminalitet.⁶³ Det stiller imidlertid krav

⁵⁷ LG-2019-161767, side 11.

⁵⁸ *Frerot v. France*, avsnitt 46.

⁵⁹ LG-2019-161767, side 12.

⁶⁰ LG-2019-161767, side 13.

⁶¹ HR-2020-2136-A, avsnitt 100.

⁶² *Roth v. Germany*, avsnitt 64 og HR-2020-2136-A, avsnitt 101.

⁶³ *Roth v. Germany*, avsnitt 65.

til hvordan undersøkelsen utføres og at inngrepet er begrunnet.⁶⁴ Det kreves en akseptabel begrunnelse slik at undersøkelsen er begrunnet i sikkerhetsmessige hensyn knyttet til fangen og/eller fengselet.

I tilfeller hvor fanger må gå ned i knebøy og hoste under kroppsvisitasjonen kreves det en konkret og sterk mistanke om hemmelighold av ulovlige gjenstander og undersøkelsen må være absolutt nødvendig for at undersøkelsen skal være tillatt etter EMK art. 3.⁶⁵

Selve undersøkelsen må utføres med tilbørlig respekt for den menneskelige verdighet og kan ikke ha noen elementer av nedverdiggende behandling.⁶⁶ Dersom det er tilfellet kan det forverre den uunngåelige ydmykelsen som inngår i kroppsvisitasjonen betydelig og dermed utgjøre nedverdiggende behandling.⁶⁷

4 Rettslige virkninger av ulovlig kroppsvisitasjon

Rettslige virkninger ved menneskerettighetskrengelser kan skilles i to ulike kategorier. Den første kategorien får krenkelsen til å opphøre, mens den andre kategorien gir kompensasjon for skade som allerede har oppstått. Det to typene rettslige virkninger kan opp- tre alene eller i kombinasjon.⁶⁸ For kroppsvisitasjon som er i strid med det absolutte forbudet mot nedverdiggende behandling etter Grl. § 93 (2) og EMK art. 3 må de rettslige virkningene være både opphør av krenkelse og en form for kompensasjon for skaden som allerede har oppstått, herunder kan flere virkninger tenkes.

Om konstatering av krenkelse:

I *Roth v. Germany* uttaler EMD at det er bare i helt spesielle tilfeller at domstolen anser at en konstatering av krenkelse er i seg selv tilstrekkelig til å være en rettfærdig tilfredstil- lelse og hvor ingen erstatning blir gitt. Tilfeller hvor dette kan være aktuelt er hvor kren- kelsen blir ansett å være av en mindre art eller hvor krenkelsen er relatert kun til proses- suelle mangler.⁶⁹ I HR-2020-2136-A ble det slått fast at en ren konstatering av krenkelse av Grl. § 93 (2) og EMK art. 3 ikke var tilstrekkelig.⁷⁰ Dette ble også lagt til grunn i LG-2019-161767.⁷¹

⁶⁴ HR-2020-2136-A, avsnitt 102.

⁶⁵ *Frerot v. France*, avsnitt 41.

⁶⁶ HR-2020-2136-A, avsnitt 102.

⁶⁷ *Roth v. Germany*, avsnitt 68.

⁶⁸ Vaaler (2017) s. 300.

⁶⁹ *Roth v. Germany*, avsnitt 78.

⁷⁰ HR-2020-2136-A, avsnitt 112.

⁷¹ LG-2019-161767, s. 14.

Om fradrag i straff:

I HR-2020-2136-A var partene enige om at bruddet på EMK art. 3 måtte føre til fradrag i straffens lengde, men de var uenige om hvordan fradraget skulle gjennomføres. Førstvotende uttaler tvil om hva som er den mest hensiktsmessige form for kompensasjon, men kommer frem til at det er mest nærliggende å øke varetektsfradraget. Det trekkes likhetsbetraktninger til isolasjon og vises til at her er regelen etter straffeloven § 83 (2) at det gis ekstra fradrag på en dag for to døgn fullstendig isolasjon. Det vises til HR-2019-2048-A hvor Høyesterett kom frem til at faktisk isolasjon i 22 timer måtte likestilles med fullstendig isolasjon, og det blir lagt til grunn at drøftelsen om hvordan kompensasjon skal gis har en viss overføringsverdi.⁷² I HR-2020-2137-A var det uenighet mellom partene om antall kroppsvisitasjoner. Høyesterett brukte samme metode som i HR-2020-2136-A uten nærmere prøving av kroppsvisitasjonene som var omstridt og la dermed til grunn antall kroppsvisitasjoner som var anført fra tiltalte.⁷³ I HR-2021-1155-A følger Høyesterett opp HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A, og kompenserer gjennom ekstra varetektsfradrag på én dag for to ulovlige kroppsvisitasjoner.⁷⁴ Høyesterett er åpen for at det i andre tilfeller kan være mer hensiktsmessig å kompensere for lignende EMK-brudd på en annen måte.⁷⁵

Om erstatning:

En krenkelse av GrL § 93 (2) og EMK art. 3 på grunn av ulovlig kroppsvisitasjon vil som regel ikke føre til et stort økonomisk tap. I stedet er det nok mer sannsynlig at skadebildet domineres av ikke-økonomisk belastning i form av angst, frustrasjon og ydmykelse.⁷⁶ I de norske rettsavgjørelsene har kroppsvisitasjonene blitt beskrevet av fangene som en stor belastning og en ekstra påkjenning.⁷⁷ Tradisjonell norsk erstatningsrett mangler en alminnelig hjemmel for å ilegge oppreisningsansvar i tilfeller hvor staten ikke oppfyller sin plikt til å sikre menneskerettighetene for sine borgere, jf. GrL § 92.⁷⁸ I straffesaker gjelder straffeprosessloven (strpl.) kapittel 31 om erstatning i anledning av forfølgning. For oppreisning for krenkelser eller annen skade av ikke-økonomisk art gjelder strpl. § 447 dersom vedkommende blir frifunnet eller forfølgningen mot ham blir innstilt. For ulovlige kroppsvisitasjoner kan det tenkes at det er mulig å få oppreisning etter strpl. § 447 (2) for uberettiget inngrep, men så vidt jeg vet finnes det ikke noe praksis på dette.

Den alminnelige hjemmelen for statens erstatningsansvar i skadeerstatningsloven (skl.) § 2-1 forutsetter at det foreligger «skade», altså et økonomisk tap, mens den alminnelige hjemmelen for oppreisningsansvar i skl. § 3-5 forutsetter kvalifisert skyld hos den ansvarlige.⁷⁹ For krenkelser av EMK art. 3 eller art. 8 må dermed et eventuelt erstatningsansvar for ikke-økonomisk skade hjemles i EMK art. 13 siden vi mangler en internrettslig

72 HR-2020-2136-A, avsnitt 113.

73 HR-2020-2137-A, avsnitt 86.

74 HR-2021-1155-A avsnitt 68.

75 HR-2020-2136-A, avsnitt 115.

76 Vaaler (2017) s. 300.

77 HR-2020-2136-A, avsnitt 96 og LG-2019-161767, s. 12.

78 Hagland (2019) s. 73.

79 Hagland (2019) s. 72.

hjemmel.⁸⁰ Dette er også lagt til grunn i TOSLO-2013-103468 (Glattcelle), som gjaldt krenkelse av EMK art. 8.⁸¹

EMD har uttalt at for krenkelser av EMK art. 3, skal kompensasjon for ikke-økonomisk skade fra krenkelsen i prinsippet «be part of the range of available remedies».⁸² I saker hvor det er en prosedabel påstand («arguable claim») om krenkelse av EMK art. 3 på grunn av dårlig behandling i fengsler, har EMD gjentatte ganger funnet at det er en sterk antagelse om at det har forårsaket en ikke-økonomisk skade.⁸³ Dersom oppreisningen er betinget av at fangen kan bevise både skyld hos myndighetene og ulovlige handlinger kan det medføre at det eksisterende rettsmiddelet er ineffektivt.⁸⁴ Når det gjelder krenkelser av EMK art. 8 har EMD i noen saker funnet at EMK art. 13 gir skadelidte rett til å anlegge erstatningssøksmål.⁸⁵

5 Sammenfatning og vurdering

Det har vært en betydelig spenning mellom praktiseringen av kroppsvisitasjon etter straffegjennomføringsloven og trinnhøyere rettsnormer, men nylig har praksisen blitt endret slik at den ikke lenger er i strid med Grunnloven og EMK. Etter de nye foreløpige føringene rundt kroppsvisitasjon har ikke fengslene lenger adgang til å kroppsvisitere fangene rutinemessig. Kroppsvisitasjon skal nå kun besluttes dersom det er nødvendig. I vurderingen av om en kroppsvisitasjon er nødvendig må det gjøres en konkret og individuell vurdering. Videre må det alltid foretas en avveining av nødvendigheten av kroppsvisitasjonen mot kroppsvisitasjonens inngripende karakter, slik at undersøkelsen er forholdsmessig. Alternative undersøkelsesformer skal nå alltid vurderes før kroppsvisitasjon.⁸⁶ Dersom kroppsvisitasjon blir besluttet, så skal den nå alltid gjennomføres trinnvis slik at undersøkelsen blir minst mulig ydmykende.⁸⁷ Det er ikke lenger adgang til å benytte spill i forbindelse med undersøkelsen, noe som fjerner et ydmykende element. Kroppsvisitasjonen skal gjennomføres av ansatte med samme kjønn som fangen, med mindre den bemanningsmessige situasjonen medfører at dette er umulig.⁸⁸ Strgiff. § 28 må endres slik at hjemmelen for kroppsvisitasjon må være tilgjengelig, tilstrekkelig klart formulert og også gi tydelige rammer for delegasjon av makt og skjønnsutøvelse.⁸⁹

Om blikket løftes vekk fra det formelle menneskerettsvernet og rettes mot de underliggende interessene bruk av fengsler er ment å ivareta, kan det stilles spørsmål ved om

80 Hagland (2019) s. 87.

81 TOSLO-2013-103468 (Glattcelle).

82 Shestopalov v. Russia, avsnitt 58.

83 Roth v. Germany, avsnitt 93.

84 Roth v. Germany, avsnitt 93.

85 Vaaler (2017) s. 307.

86 Brev fra KDI (2020) s. 3.

87 Brev fra KDI (2020) s. 3.

88 Brev fra KDI (2020) s. 4.

89 Munjaz v. The United Kingdom, avsnitt 88.

en stor grad av kontroll ivaretar formålet med straffegjennomføringsloven. Norsk straffegjennomføring skal bygge på verdier om humanitet, rettssikkerhet og likebehandling.⁹⁰ En human fangebehandling bør ha som et minstekrav å ivareta fangenes grunnleggende menneskerettigheter. Inngripende sikkerhetstiltak kan også være med på å skape frustrasjon blant fangene som igjen kan føre til uro og uorden i fengselet. Desto mer tvangspregget et fengselsmiljø er, desto større er nok potensialet for øvrige negative virkninger for fangene. Det er grunn til å tro det særlig gjør seg gjeldende når fangene opplever behandlingen de får som urettferdig eller lovstridig.⁹¹

Fengselet er et lukket system hvor det eksisterer en ubalanse i makt mellom ansatte og fanger som medfører risiko for overgrep og ulovlig behandling. Rettigheter til fanger er et instrument til å rette opp ubalansen og motvirke risikoen for misbruk. Konsistens og gjennomsiktighet er lettere å oppnå dersom rettigheter og plikter til fanger og ansatte er godt definerte. Når fanger blir anerkjent som rettighetsbærere, kan det føre til at avgjørelser blir mer transparente og skape følelse av rettferdighet innenfor fengselssystemet.⁹² I 1989 pekte Eskeland på at: «[d]en største rettssikkerhetsmessige fare på dette område ligger i dag i at regelverket kan praktiseres på en slik måte at kontrollnivået blir høyere enn den kan forsvares: i forhold til den enkelte fange fordi *respekten for fangens personlige integritet* krenkes i urimelig grad; i forhold til fengselssamfunnet generelt ved at hensynet til den *kvalitative minstestandard* ikke respekteres».⁹³

Det kan argumenteres for at de samme betenkelighetene gjør seg gjeldende i dag ved at flere av bestemmelsene i straffegjennomføringsloven er formulert så vagt at de åpner opp for til dels svært store inngrep ved at de i realiteten ikke begrenser kriminalomsorgens skjønnsutøvelse. Dette igjen åpner for vilkårlighet. De norske rettsavgjørelsene viser at det er behov for et synlig og tydelig regelverk som danner et godt fundament og ramme for skjønnsutøvelse, og samtidig sikrer mot vilkårlighet. Straffegjennomføringsloven trenger derfor ikke bare en menneskerettslig revisjon, den trenger også en rettighetsrevisjon.

Kildeliste

Litteratur, rapporter og nettsider

- Dirk (2009) Dirk, Van Zyl Smit og Sonja Snacken. *Principles of European prison law and policy: penology and human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Eskeland (1989) Eskeland, Ståle. *Fangerett: En studie av rettssikkerhet ved fullbyrdelse av fengselsstraff*. 2. utg., Oslo: Tano, 1989.
- Hagland (2019) Hagland, Birgitte. «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd.» *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* nr. 2 (2019) s. 67–99.

90 St.meld. nr. 37 (2007–2008) s. 21.

91 St.meld. nr. 37 (2007–2008) s. 81.

92 Dirk (2009) s. 41.

93 Eskeland (1989) s. 294.

- Vaaler (2017) Vaaler, Henrik. "Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK." *Lov og Rett* nr. 5 (2017) s. 299–317.

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.
- 1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).
- 2001 Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).
- 2002 Forskrift 22. februar nr. 183 om straffegjennomføring.
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Retningslinjer

Retningslinjer til straffegjennomføringsloven § 28, revidert 27. oktober 2008

Forarbeider

- Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*.
- St.meld. nr. 37 (2007–2008) *Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn (kriminalomsorgsmelding)*.

Rettspraksis

- HR-2017-1127-U
 HR-2019-2048-A
 HR-2020-2136-A
 HR-2020-2137-A
 HR-2021-1155-A
 LG-2019-161767
 TOSLO-2013-103468 (Glattcelle)

Uttalelser og brev

- Brev fra KDI (2020) Foreløpige føringer om undersøkelse av innsatte – Kroppsvisitasjon, 21.09.2020 (201807861-41).
- KDIs svarbrev til Sivilombudsmannen (2020) Vedrørende oppfølging av dom om kroppsvisitasjon i fengsel, 04.09.2020 (201807861-36)
- Sivilombudsmannen (2020) Oppfølging av dom om kroppsvisitasjon i fengsel, 14.08.2020 (2020/3125).

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner

- EMK *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (norsk oversettelse)*. Roma, 4. november 1950.
- FNs torturkonvensjon *Konvensjon om tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (norsk oversettelse)*. New York, 10. desember 1984.

Rettspraksis

- Dejneq v. Poland *Case of Dejneq v. Poland*, no. 9635/13, 01.06.2017.
- Frerot v. France *Case of Frerot v. France*, no. 70204/01, 12.06.2007.
- Gäfgen v. Germany *Case of Gäfgen v. Germany*, no. 22978/05, 01.06.2010.
- Iwanczuk v. Poland *Case of Iwanczuk v. Poland*, no. 25196/94, 15.11.2001.
- Munjaz v. The United Kingdom *Case of Munjaz v. The United Kingdom*, no. 2913/06, 17.07.2012.
- Roth v. Germany *Case of Roth v. Germany*, no. 6780/18 and 3077/18, 22.10.2020.
- Shestopalov v. Russia *Case of Shestopalov v. Russia*, no. 46249/07, 28.03.2017.
- Valasinas v. Lithuania *Case of Valasinas v. Lithuania*, no. 44558/98, 24.07.2001.
- Van der Ven v. The Netherlands *Case of Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, 04.02.2003.

Retningslinjer og standarder

- Mandelareglene United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules) A/C.3/70/L.3
- De europeiske fengselsreglene Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules[1] (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006, at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies and revised and amended by the Committee of Ministers on 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ee581 hentet 21.10.2020.

Rapporter

- CPT/Inf (2019) 1 Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 May to 5 June 2018, Strasbourg 17. January 2019.