

Kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte i fengselsinstitusjoner

En analyse av dagens nasjonale regelverk for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte sett opp mot og i lys av menneskerettslige skranker, med forslag til regelverksendringer

Kandidatnummer: 615

Leveringsfrist: 25.04.2022

Antall ord: 18 000



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger.....	1
1.3	Bakgrunn og aktualitet.....	1
1.4	Begrepsavklaringer	3
1.5	Kort om soningsforholdene for mindreårige innsatte	3
1.6	Rettskilder og metode	4
1.6.1	Kort om det tidligere regelverket for kroppsvisitasjon, herunder bakgrunnen for dagens midlertidige føringer.....	4
1.6.2	Særtrekk ved rettskildebildet.....	5
1.6.3	Særskilt om anvendelse av barnevernsloven og psykisk helsevernloven.....	6
1.6.4	Kort om de internasjonale rettskildene	7
1.6.5	Tolkning av trinnhøyere rettsnormer.....	8
1.7	Fremstillingen videre	8
2	FORMÅL OG KRYSSENDE HENSYN PÅ STRAFFEGJENNOMFØRINGSRETTENS OMRÅDE, HERUNDER VED KROPPSVISITASJON	10
3	DAGENS RETTSLIGE REGULERING AV KROPPSVISITASJON AV FENGSELSINNSATTE	12
3.1	Vilkår for kroppsvisitasjon.....	12
3.2	Krav til gjennomføringen av kroppsvisitasjon.....	13
3.3	Krav til kontrollmekanismer	13
4	RETTSLIGE SKRANKER FOR KROPPSVISITASJON AV MINDREÅRIGE FENGSELSINNSATTE	14
4.1	Menneskerettslige skranker for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte	14
4.1.1	Statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene	14
4.1.2	Lovskravet	15
4.1.3	Forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling	16

4.1.4	Retten til privatliv	18
4.1.5	EMD om kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte.....	21
4.1.6	Høyesterett om kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte	26
4.1.7	Kort om soft laws regulering av kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte.....	28
4.2	Særskilt om mindreårige innsattes rettigheter i kraft av å være barn.....	29
4.2.1	Hensynet til barnets beste	29
4.2.2	Barnets rett til å bli hørt.....	31
4.2.3	Barnets integritetsvern	32
4.2.4	Straffegjennomføringsloven mv.	32
4.2.5	EMD om anvendelse av EMK artikkel 3 og artikkel 8 overfor barn	33
4.2.6	Barns øvrige rettigheter etter barnekonvensjonen	34
4.2.7	SP.....	37
4.2.8	Kort om soft laws regulering av mindreårige fengselsinnsatte	37
4.3	Oppsummering.....	38
5	DE FORELØPIGE FØRINGENE SETT I LYS AV DE RETTSLIGE SKRANKENE FOR KROPPSVISITASJON.....	40
5.1	De foreløpige føringene sett i lys av det kvalitative lovskravet.....	40
5.1.1	Kort om det formelle lovskravet.....	40
5.1.2	Tilgjengelighetskravet	40
5.1.3	Kravet til klarhet og tilstrekkelig forutberegnelighet	41
5.2	Vilkårene for kroppsvisitasjon sett i lys av de rettslige skrankene	43
5.2.1	Reguleringer i tråd med de rettslige skrankene	43
5.2.2	Nødvendighetsvilkåret.....	44
5.2.3	Forholdsmessighetsvilkåret	45
5.2.4	Øvrige bemerkninger.....	46
5.3	Kravene til gjennomføringen av kroppsvisitasjon sett i lys av de rettslige skrankene ..	46
5.3.1	Reguleringer i tråd med de rettslige skrankene	46
5.3.2	Særskilt om gjennomføring av knebøy.....	47
5.4	Kravene til kontrollmekanismer sett i lys av de rettslige skrankene.....	49
5.5	Oppsummering.....	50
6	FORSLAG TIL REGELVERKSENDNINGER	51
6.1	Regulering av kroppsvisitasjon i formell lov	51

6.2	Krav om individrettet vurdering	51
6.3	Innføring av mistankekrav	52
6.3.1	Behovet for et mistankekrav	52
6.3.2	Hvilken grad av sannsynlighet bør kreves?	53
6.4	Innføring av skjerpet nødvendighetsvilkår	55
6.4.1	Behovet for et skjerpet nødvendighetsvilkår	55
6.4.2	Hvilken grad av nødvendighet bør kreves?	56
6.5	Retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen	56
6.6	Særskilt regulering av knebøy.....	57
6.7	Innføring av vedtaksplikt	58
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	61
	LITTERATURLISTE.....	62
	VEDLEGG.....	77
	Vedlegg 1: Foreløpige føringer om undersøkelse av innsatte – Kroppsvisitasjon, Kriminalomorgsdirektoratet.....	77
	Vedlegg 2: Statistikk – årlige nyinnsettelse av barn mellom 15-17 år i perioden 2015-2021, tabell 10535, Statistisk sentralbyrå	81

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er kroppsvisitasjon, også kalt nakenvisitasjon, av mindreårige innsatte i fengselsinstitusjoner. Oppgaven vil forsøke å klargjøre de rettslige skrankene for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte, særlig i lys av menneskerettighetene. I forlengelsen av dette vil jeg foreta en vurdering av dagens regelverk for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte i lys av de rettslige skrankene, samt komme med innspill til regelverksendringer for å bedre ivareta mindreårige innsattes rettigheter og rettssikkerhet. Med dette tar jeg også sikte på, om enn mer indirekte, å illustrere hvilken særskilt praksis som bør gjelde ved kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte sammenlignet med innsatte over 18 år.

1.2 Avgrensninger

Selv om det er en interessant problematikk, vil oppgaven av plasshensyn ikke behandle kompensasjonsspørsmålet ved ulovlig kroppsvisitasjon av domfelte innsatte. Da oppgaven retter seg mot kroppsvisitasjon under straffegjennomføring, avgrensner jeg også mot andre undersøkelser (enn kroppsvisitasjon) og mot gjennomføring av tiltaket overfor andre personer enn fengselsinnsatte.¹

1.3 Bakgrunn og aktualitet

Oppgavens tematikk er aktuell og viktig av flere grunner. Flere aktører i rettsvesenet har de siste årene, under henvisning til menneskerettighetene, rettet kritikk mot kriminalomsorgens praksis for kroppsvisitasjon av innsatte.² Norske domstoler har i flere saker tatt stilling til praksisen, men kun for innsatte over 18 år. Der er derfor fortsatt uklart hvilke rettslige skranke som gjelder for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte.

¹ Se likevel punkt 1.6.3 om anvendelse av barnevernsloven og psykisk helsevernloven.

² KDI (2022) side 93 og Sivilombudsmannen (2017) side 27 flg.

Da kroppsvisitasjon er et svært inngripende tiltak³ og mindreårige innsatte utgjør en særskilt sårbar gruppe, ofte med en traumatisk bakgrunn⁴, er bevisstgjøring og rettssikkerhet spesielt viktig for denne gruppen. Et ikke-ubetydelig antall mindreårige er årlig innsatt i fengselsinstitusjoner. Ifølge Statistisk sentralbyrå ser statistikken for årlige nyinnsettelse av barn mellom 15-17 år i perioden 2015-2021 slik ut:⁵

År 2021: 22 (varetekt), 4 (fengselsdom). Totalt 26 nyinnsettelse

År 2020: 31 (varetekt), 2 (fengselsdom). Totalt 33 nyinnsettelse

År 2019: 34 (varetekt), 1 (fengselsdom). Totalt 35 nyinnsettelse

År 2018: 23 (varetekt), 3 (fengselsdom). Totalt 26 nyinnsettelse

År 2017: 23 (varetekt), 3 (fengselsdom). Totalt 26 nyinnsettelse

År 2016: 26 (varetekt), 3 (fengselsdom). Totalt 29 nyinnsettelse

År 2015: 18 (varetekt), 1 (fengselsdom). Totalt 19 nyinnsettelse

Tallene indikerer et gjennomsnitt på 28 mindreårige som årlig risikerer å bli kroppsvisitert i fengsel. Oppgaven gis ytterligere aktualitet ved at man har holdepunkter for at tiltaket gjennomføres overfor mindreårige innsatte.

I 2016 registrerte fengslene 38 kroppsvisitasjoner av mindreårige innsatte.⁶ I tillegg er Jonatan-saken illustrerende.⁷ Jonatan Krister Andersen ble i 2017 domfelt for å ha drept Jakob Abdullahi Hassan (14) og Tone Illebekk (48) i Kristiansand i 2016. Høsten 2021 tok han sitt eget liv, 20 år gammel. I et etterlatt brev hevder han å ha blitt kroppsvisitert minst 66 ganger. 60 av disse skal ha skjedd i Bjørgvin ungdomsenhet før han fylte 18 år. Han beskriver kroppsvisitasjonene som «overgrep» som opplevdes «krenkende og særdeles ubehagelige».⁸ Skildringene utdyper opplevelsen og alvorligheten av praksisen. Behovet for klare rettslige rammer for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte er dermed presserende.⁹

³ Dejneq v. Poland avsnitt 75, CPT/Inf (2012) 21 side 19, avsnitt 32 og Mandelareglene regel 52 nr. 1.

⁴ CPT/Inf (2015) 1-part side 6, avsnitt 119, Innst. 186 S (2013-2014) side 29 og Barneombudet (2021) side 1.

⁵ Se vedlegg 2.

⁶ KRUS (2019) side 92.

⁷ Også LE-2022-106532 gir slike holdepunkter.

⁸ Muladal (2022).

⁹ Sivilombudsmannen (2017) side 27.

1.4 Begrepsavklaringer

Mindreårige innsatte henviser til personer i alderen 15-17 år som er innsatt i en fengselsinstitusjon.¹⁰ Både varetektfengslede og domfelte (idømt ubetinget fengselsstraff) omfattes av betegnelsen. Jeg gjør oppmerksom på at terskelen for frihetsberøvelse av mindreårige er høy.¹¹

Kriminalomsorgen er statlige organet tillagt ansvaret for straffegjennomføring.¹²

1.5 Kort om soningsforholdene for mindreårige innsatte

Mindreårige innsatte skal, som et klart utgangspunkt, innsettes i en ungdomsenhet.¹³ Det er to ungdomsenheter; Ungdomsenhet Vest i Bjørgvin fengsel og Ungdomsenhet Øst i Romerike fengsel. Hver enhet har fire plasser og mottar varetektsinnsatte og domfelte. Statistikken angitt ovenfor indikerer at flere mindreårige er innsatt i voksenfengsel. Dette innebærer en potensiell krenkelse av BK artikkel 37 bokstav c annet punktum, men behandles ikke nærmere da det faller utenfor oppgavens problemstilling.

Straffegjennomføringen i ungdomsenhetene skal i større grad gjenspeile livet utenfor fengselsinstitusjonen. Det legges opp til kontakt med samfunnet utenfor fengselet, med hyppige utganger og frigang.¹⁴ Det er også en videre adgang for mindreårige til å motta besøk.¹⁵ Behovet for kontakt med omverdenen er fremhevet av barnekomiteen¹⁶, men kan også tenkes å aktualisere et større behov for kontroll og sikkerhet, herunder kroppsvisitasjon¹⁷. For å sikre at barnet ikke vegrer seg og dermed unngår kontakt med samfunnet og personer utenfor fengselet¹⁸, må kroppsvisitasjonsregelverket være bygget på en rimelig balanse mellom de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende.

¹⁰ Vergemålsloven § 2 (3), jf. straffeloven § 20 (1).

¹¹ For varetektfengsling, se straffeprosessloven § 184 (2) annet punktum. For ubetinget fengselsstraff, se straffeloven § 33 og BK artikkel 37 bokstav b annet punktum.

¹² Straffeprosessloven § 455 (2) første punktum.

¹³ Strgjfl. § 10 a (1) og straffegjennomføringsforskriften § 3-4 (4). Se også Havanareglene regel 30.

¹⁴ KDI (2018) side 6, punkt (§10a) 8.2.1.

¹⁵ Sml. straffegjennomføringsforskriften §§ 3-28 og 3-28a.

¹⁶ General Comment no. 10 side 23, avsnitt 89 fjerde strekpunkt.

¹⁷ Muladal (2022).

¹⁸ Se Van der Ven v. the Netherlands avsnitt 62 og TOSL-2021-107095 punkt 3.4.6.

1.6 Rettskilder og metode

1.6.1 Kort om det tidligere regelverket for kroppsvisitasjon, herunder bakgrunnen for dagens midlertidige føringer

Straffegjennomføringsloven (heretter strgfjl.) § 28 var den tidligere hjemmelen for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte. Bestemmelsen fastslår at «[k]riminalomsorgen kan undersøke innsatte (...) for å forebygge uorden eller straffbar handling. Undersøkelsen kan skje ved (...) kroppsvisitasjon». Ordlyden gir anvisning på en svært vid adgang til kroppsvisitasjon; det er ikke oppstilt skranker ut over at formålet må være å forebygge uorden eller en straffbar handling. Også forarbeidene, straffegjennomføringsforskriften § 3-25 og retningslinjene til strgfjl. § 28¹⁹ gir anvisning på en vid adgang.

Etter forarbeidene gir bestemmelsen «adgang til *rutinemessige* undersøkelser (...) under gjennomføringen, før og etter utganger» (min kursivering).²⁰ Det er ikke krav om konkret og individuell mistanke knyttet til den enkelte innsatt. Straffegjennomføringsforskriften § 3-25 (5) første punktum åpner for kroppsvisitasjon også ved ankomst, samt «*til enhver tid* under straffegjennomføringen» (min kursivering). Etter forskriften er også det klare utgangspunktet at kroppsvisitasjon skal gjennomføres ved ankomst og før og etter utganger. Unntak krever at «sikkerhetsmessige grunner *åpenbart* ikke taler mot det» (min kursivering).²¹

En slik vid adgang til kroppsvisitasjon ble av Gulating lagmannsrett²² fastslått å kunne medføre krenkelse av EMK artikkel 3 på grunnlag av nedverdiggende behandling. Etter lagmannsrettens syn illustrerte den aktuelle saken hvordan den svært vide ordlyden i strgfjl. § 28 i praksis medførte uklarhet med hensyn til når kroppsvisitasjoner skulle eller burde gjennomføres, samt med hensyn til plikt og mulighet til å gjøre individuelle risikobetraktninger.²³ Også Høyesterett²⁴ og Oslo tingrett²⁵ har i senere saker fastslått at kroppsvisitasjonspraksisen som det tidligere regelverket la opp til, kunne medføre krenkelse av EMK artikkel 3 på dette grunnlag.

¹⁹ KDI (2008).

²⁰ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 160.

²¹ Se også KDI (2008) side 2, punkt 28.3.

²² LG-2019-161767.

²³ Se under «Straffutmåling B».

²⁴ Avgjørelsene behandles nærmere nedenfor.

²⁵ TOSL-2021-107095. Dommen er anket til Borgarting lagmannsrett og ikke rettskraftig avgjort.

Lagmannsrettsdommen gjorde for alvor Kriminalomsorgsdirektoratet (heretter KDI) oppmerksom på nødvendigheten av å gi «noen umiddelbare føringer for å redusere bruken av kroppsvisitasjon i kriminalomsorgen, herunder for å sikre at (...) praksisen er i overensstemmelse med (...) EMK».²⁶ Det rettslige grunnlaget for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte er i dag derfor gitt i foreløpige føringer (heretter føringene) fra KDI.²⁷ Dette utgjør et av særtrekkenene ved rettskildebildet og behandles nærmere nedenfor.

1.6.2 Særtrekk ved rettskildebildet

Det er særlig to særtrekk ved rettskildebildet av betydning for metoden og strukturen i oppgaven. Det første særtrekket er, som nevnt, at hjemmelsgrunnlaget for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte er gitt i foreløpige føringer. Føringene setter på flere punkter til side det tidligere regelverket gjennomgått ovenfor. Dette innebærer at lov, forarbeider og forskrift, som i utgangspunktet er tungtveiende rettskilder, er av mindre relevans og havner i bakgrunnen for å belyse oppgavens problemstilling. De foreløpige føringene, som isolert sett er av mindre rettskildemessig vekt, og som mangler demokratisk legitimitet, vil derimot være av større betydning.

Der føringene ikke gir veiledning til en konkret problemstilling, er man riktignok henvist til å bygge på det tidligere regelverket i den grad det ikke uttrykkelig er satt til side. Dette innebærer at lov, forarbeider og forskrift på visse punkt likevel vil kunne gjøre seg gjeldende. Jeg vil derfor enkelte steder vise til tidligere regelverk.

Det andre særtrekket ved rettskildebildet er at det er få/ingen rettskilder som særskilt regulerer kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte. Dette innebærer at jeg gjennomgående i oppgaven vil måtte bygge på rettskilder som ikke direkte belyser problemstillingen. Jeg er henvist til å ta utgangspunkt i rettskilder som har en fellesregulering av kroppsvisitasjon av innsatte over og under 18 år, for deretter å se hen til øvrig regelverk for å forsøke å utpensle den rettslige reguleringen for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte. I denne forbindelse vil rettskilder

²⁶ KDI (2020) side 1.

²⁷ KDI (2020).

som belyser barns rettigheter (i fengsel) være av stor betydning. Også disse betraktningene gir for øvrig oppgaven aktualitet.

1.6.3 Særskilt om anvendelse av barnevernsloven og psykisk helsevernloven

Det er som nevnt få/ingen rettskilder som regulerer kroppsvisitasjon særskilt for mindreårige innsatte. I norsk rett er kroppsvisitasjon (av barn) imidlertid regulert i barnevernsloven²⁸ (heretter bvl.) og psykisk helsevernloven (heretter phvl.).

Reguleringen av kroppsvisitasjon bør av hensyn til likhetsprinsippet i Grl. § 98 etterstrebe indre sammenheng og konsistens så langt det ikke gjør seg gjeldende særlige hensyn innenfor et bestemt område som begrunner en avvikende regulering. Spørsmålet er om dette er tilfellet ved kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte.

Mindreårige innsatte kan knyttes til alvorlig kriminalitet, typisk vold, ran og narkotikalovbrudd.²⁹ Dette kan tilsi at kriminalomsorgen, sammenlignet med barnevernsinstitusjoner og institusjoner for psykisk helsevern, har et større sikkerhetsmessig behov for å kroppsvisitere innsatte. Det er likevel ikke gitt at fengselsinnsatte er mer tilbøyelige til å innføre farlige og ulovlige gjenstander i institusjonen. Også i barnevern- og psykisk helseverninstitusjoner kan plasseringsgrunnlaget være lovovertrødelse.³⁰ Behovet for kontroll og sikkerhet er altså ikke særskilt for fengselsinstitusjoner.

I likhet med barn i barnevernsinstitusjoner og pasienter innenfor psykisk helsevern, utgjør også fengselsinnsatte en særskilt sårbar gruppe³¹. Samlet illustrerer dette at det ikke nødvendigvis gjør seg gjeldende særlige hensyn ved fengselsinnsatte som begrunner en annen regulering av kroppsvisitasjon enn det som er gitt i barnevernsloven og psykisk helsevernloven. Jeg vil derfor på enkelte punkter se hen til reguleringen av kroppsvisitasjon i disse lovene.

²⁸ Trådte i kraft 1.1.2023.

²⁹ Barneombudet (2021) side 2.

³⁰ Barnevernsloven § 6-2 og straffeloven § 62.

³¹ I 2014 viste 42% tegn til angstlidelser, mens 73% viste tegn til minst én personlighetsforstyrrelse, jf. Cramer (2014) side 20 og 22.

1.6.4 Kort om de internasjonale rettskildene

Særtrekkene ved rettskildebildet gjør at særlig internasjonale rettskilder er av relevans for oppgaven, både internasjonalt bindende og ikke-rettslig bindende³² rettskilder. Den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK), Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) og FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter BK) gjelder som norsk rett og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i øvrig lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) er tillagt tolkningskompetansen for EMK. Rettspraksis fra EMD vil derfor være en tungtveiende rettskilde ved tolkningen av konvensjonen.³³ SP og BK har hver sin komité som skal overvåke konvensjonspartenes etterlevelse av den enkelte konvensjon. SPs overvåkningsorgan er FNs menneskerettskomité. BK overvåkes av FNs barnekomité (heretter barnekomiteen). Særlig barnekomiteens generelle kommentarer er av relevans for oppgaven. De gir uttrykk for innholdet i konvensjonsbestemmelsene og konkretiserer og utdyper statenes forpliktelser.³⁴ Praksis fra barnekomiteen er ikke rettslig bindende, men skal tillegges «betydelig vekt» ved tolkningen av BK.³⁵

FNs torturkonvensjon og Europarådets torturkonvensjon behandles ikke i oppgaven. Konvensjonene belyser ikke problemstillingen utover det som kan utledes av EMK artikkel 3.³⁶ I likhet med Høyesterett³⁷ og EMD³⁸, ser jeg likevel hen til praksis fra Europarådets torturovervåkingskomité (heretter CPT), som gir anbefalinger til medlemsstatene etter besøk i blant annet fengsler.

Internasjonale ikke-rettslig bindende regler omfatter Mandelareglene, de europeiske fengselsreglene, Havanareglene og Beijingreglene. Rettskildene anses for å være «hardened soft law»; de er uttrykk for konsensus på verdensbasis om minimumsregler for behandling av

³² Heretter «soft-law».

³³ Rt-2000-996 (Bøhler) side 1007.

³⁴ Strand (2019) side 440.

³⁵ HR-2018-2096 avsnitt 16 med videre henvisninger. Se også Strand (2019) side 431.

³⁶ Strand (2017) side 126.

³⁷ Rt-2015-844 avsnitt 34-36

³⁸ *Munjaz v. the United Kingdom* avsnitt 39, *Van der Ven v. the Netherlands* avsnitt 32 og *Piechowicz v. Poland* avsnitt 168.

fengselsinnsatte.³⁹ I *Mursic v. Croatia* så EMD hen til de europeiske fengselsreglene⁴⁰ og Mandelareglene⁴¹, hvilket indikerer at soft-law kan være en relevant rettskilde.

1.6.5 Tolkning av trinnhøyere rettsnormer

«Trinnhøyere rettsnormer» sikter til menneskerettighetene i Grunnloven kapittel E og bindende internasjonale konvensjoner. Grunnlovsbestemmelsene skal «tolkes i lys av de folkerettslige forbildene», likevel slik at prejudikateffekten av praksis fra internasjonale håndhevingsorganer er mindre enn prejudikateffekten fra Høyesteretts avgjørelser.⁴² Høyesteretts tolkning av menneskerettsvernet må altså legges til grunn som bindende i den grad Høyesterett går lenger enn øvrige håndhevingsorganer. Presumpsjonsprinsippet, som har særlig betydning på menneskerettsfeltet⁴³, innebærer for øvrig at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes slik at de presumeres å være i samsvar med de internasjonale menneskerettighetene⁴⁴.

Internasjonale konvensjoners primære rettskilde er konvensjonsteksten.⁴⁵ Denne tolkes i tråd med prinsippene for konvensjonstolkning kodifisert i Wien-konvensjonen (VCLT). Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men VCLT artikkel 31-33 gjelder som folkerettslig sedvanerett⁴⁶ og er bindende for norske rettsanvendere.

1.7 Fremstillingen videre

I punkt 2 gis en oversikt over formålet og de tunge kryssende hensynene som gjør seg gjeldende på straffegjennomføringsfeltet. Oppgavens øvrige punkt vil trekke linjer tilbake til punkt 2. I punkt 3 presenteres de foreløpige føringene fra KDI. Punkt 4-6 er oppgavens hoveddel. Formålet i punkt 4 er å fastlegge, særlig i lys av menneskerettighetene, hvilke rettslige skranker som gjelder for kroppsvisitasjon av mindreårige fengselsinnsatte. Punkt 4.1 tar sikte på å fastlegge de rettslige skrankene mer generelt, uavhengig av den innsattes alder. Punkt 4.2

³⁹ HR-2019-2048-A avsnitt 69 vedrørende Mandelareglene. Se også Havanareglene regel 3.

⁴⁰ Avsnitt 55. Se også *Piechowicz v. Poland* avsnitt 165.

⁴¹ Avsnitt 59.

⁴² Rt-2015-93 (*Maria*) avsnitt 57.

⁴³ Rt-2000-1811 (*Finanger I*) side 1928.

⁴⁴ Strand (2019) side 425.

⁴⁵ HR-2017-569-A avsnitt 44.

⁴⁶ Rt-2010-858 avsnitt 38 og *Golder v. the United Kingdom* avsnitt 29-30.

søker å fastlegge hvilke rettslige skranker som gjelder særskilt for mindreårige innsatte i lys av rettskilder som regulerer barns rettigheter. I punkt 5 vil jeg innta et mer vurderingsrettet perspektiv. Hensikten er å belyse hvorvidt kroppsvisitasjonsregelverket, både utformingen av regelverket som sådan og den kroppsvisitasjonspraksis regelverket legger opp til, er i tråd med de rettslige skrankene fastlagt i punkt 4. På grunnlag av gjennomgangen i punkt 4 og 5, vil jeg i punkt 6 presentere forslag til regelverksendringer som kan sikre både at regelverket er i tråd med menneskerettslige skranker, og viktigst, at mindreårige innsattes rettssikkerhet i tilstrekkelig grad er ivaretatt.⁴⁷ Avsluttende bemerkninger gis i punkt 7.

⁴⁷ Her vil jeg se hen til øvrige reguleringer i straffegjennomføringsloven, barnevernsloven og psykisk helsevernloven, samt rette et kort blick mot engelsk kroppsvisitasjonsregelverk.

2 Formål og kryssende hensyn på straffegjennomføringsrettens område, herunder ved kroppsvisitasjon

Et av de overordnede formålene med straffegjennomføring er å motvirke nye straffbare handlinger.⁴⁸ Kriminalomsorgen skal herunder «legge forholdene til rette for at domfelte skal kunne gjøre en egen innsats for å motvirke nye straffbare handlinger».⁴⁹ Straffegjennomføringen må innrettes med dette som siktemål.

Et sentralt hensyn i kriminalomsorgens daglige arbeid er *hensynet til kontroll og sikkerhet*; straffegjennomføringen skal være «sikkerhetsmessig forsvarlig».⁵⁰ Både de ansattes og innsattes sikkerhet skal ivaretas.⁵¹ Kroppsvisitasjon fremstår dermed som et viktig og legitimt kontrolltiltak for å sikre at særlig rusmidler og våpen, som innebærer økt risiko for vold og utnyttelse, ikke innføres i fengselsinstitusjonen.

Vedrørende rusmidler er dette en sentral problematikk.⁵² I 2016 ble det avdekket at 35% av innsatte har brukt narkotika eller andre medikamenter for å ruse seg under fengselsoppholdet og at 87% av disse hadde brukt narkotika og/eller medikamenter daglig i halvåret forut for soning.⁵³ Dette illustrerer og underbygger behovet for kroppsvisitasjon både i relasjon til opprettholdelse av kontroll og sikkerhet i institusjonen, men også i relasjon til formålet med straffegjennomføringen. Narkotikamisbruk vanskeliggjør rehabilitering av innsatte⁵⁴ og er derfor viktig å forhindre, også av hensyn til den innsatte selv.

Kriminalomsorgen skal også ivareta *hensynet til den innsatte* i straffegjennomføringen. Formålet om at straffegjennomføringen skal virke rehabiliterende for den innsatte, innebærer at den innsattes fysiske og psykiske integritet, privatliv og øvrige sentrale behov og rettigheter må ivaretas under straffegjennomføringen, herunder ved kroppsvisitasjon. Herunder må det tas i

⁴⁸ Strgjfl. § 2 (1), straffegjennomføringsforskriften § 1-2 (1) og Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 149.

⁴⁹ Strgjfl. § 3 (1) tredje punktum og straffegjennomføringsforskriften § 1-2 (1).

⁵⁰ Strgjfl. § 3 (1) første punktum. Se også Mandelareglene regel 50.

⁵¹ Mandelareglene regel 1.

⁵² St.meld nr. 13 (1985-1986) side 61.

⁵³ SERAF (2016) side 26-27.

⁵⁴ St.meld nr. 13 (1985-1986) side 61.

betraktning at frihetsberøvelse i seg selv er et alvorlig inngrep overfor den innsatte og at øvrige inngrep/tiltak under straffegjennomføringen trolig oppleves sterkt for vedkommende. I tillegg må det hensyntas at store deler av innsattepopulasjonen har psykiske vansker, herunder traumeerfaringer⁵⁵ og dermed vil være særskilt sårbare for integritetsinngrep.

Ved gjennomføring og regulering av inngripende tiltak som kroppsvisitasjon må det altså foretas en avveining/balansering av flere tunge, kryssende hensyn. Det er gode grunner for å fire litt på kontroll- og sikkerhetsbehovet for å ivareta den innsattes verdighet, samtidig som det er gode grunner for at innsatte må tåle inngrep av en viss karakter for å ivareta den generelle sikkerheten i fengselsinstitusjonen. Gode, balanserte vurderinger, som i tilstrekkelig grad ivaretar alle de hensyn som gjør seg gjeldende, fordrer et klart rettslig rammeverk som gjør beslutningstaker i stand til å vurdere disse motstridende hensynene opp mot hverandre.

⁵⁵ Jf. punkt 1.6.3 om Cramer (2014).

3 Dagens rettslige regulering av kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte

De foreløpige føringene⁵⁶ regulerer kroppsvisitasjon uavhengig av den innsattes alder og gjelder følgelig også for mindreårige innsatte.

3.1 Vilkår for kroppsvisitasjon

Punkt 2 fastslår at «[k]roppsvisitasjon av innsatte, dvs. undersøkelse med avkledning og besiktigelse av naken kropp, [ikke skal] finne sted *rutinemessig*». De foreløpige føringene innfører et vilkår om at kroppsvisitasjon må være «nødvendig». Vurderingen må «i alle tilfeller bero på en konkret og/eller individuell vurdering». Ordlyden gir anvisning på at det må foreligge konkrete holdepunkter i den enkelte situasjon eller ved den enkelte innsatt som tilsier at kroppsvisitasjon er et nødvendig tiltak.

Punkt 1 utfyller nødvendighetsvilkåret og presiserer at kroppsvisitasjon er et sekundært tiltak. Hovedregelen er at innsatte, i enheter hvor dette er mulig, skal undersøkes ved bruk av kroppsskanner (sikkerhetsskanner) ved ankomst, før/etter utganger og før/etter besøk. Også i enheter uten kroppsskanner skal «alternative undersøkelsesformer alltid vurderes» før bruk av kroppsvisitasjon. Som alternative undersøkelsesformer nevnes «manuell, ytre visitasjon av innsattes klær og gjenstander, undersøkelse ved bruk av teknisk utstyr (metalldetektor) og undersøkelse ved bruk av hund».⁵⁷ Dersom mindre inngripende tiltak kan avdekke om den innsatte skjuler farlige eller ulovlige gjenstander eller stoffer på kroppen, må disse tas i bruk og kroppsvisitasjon vil ikke anses som et nødvendig tiltak.

Punkt 2a har også en side til nødvendighetsvilkåret. KDI kommenterer her særskilt de tilfeller hvor det «foreligger konkrete og alvorlige, sikkerhetsmessige omstendigheter som ikke nødvendigvis kan knyttes til en eller flere identifisert(e) person(er)», eksempelvis ved at fengselet har «mottatt troverdige opplysninger om at det er innført våpen eller annen farlig gjenstand i fengselet, uten at det er kjent hvem eller hvilke innsatte som er involvert». Slike vagere holdepunkter kan inntas i nødvendighetsvurderingen så lenge det gjøres «etterprøvbare faglige

⁵⁶ Se vedlegg 1.

⁵⁷ Se også strgfjl. § 28.

vurderinger», og «slike omstendigheter er begrunnet i «konkrete og vektige sikkerhetshensyn»». Omstendigheter av generell karakter, som ikke kan knyttes til en konkret risikosituasjon, kan riktignok ikke tillegges vekt i nødvendighetsvurderingen.

Et ytterligere vilkår for kroppsvisitasjon etter punkt 2 er at det må være «forholdsmessig»; det må «alltid (...) foretas en avveining av nødvendigheten av tiltaket og tiltakets inngripende karakter». Det må foretas en konkret vurdering som sikrer at det er rimelig forhold mellom formålet og det tiltak som iverksettes for å oppnå formålet.

3.2 Krav til gjennomføringen av kroppsvisitasjon

Etter punkt 3 skal kroppsvisitasjon «alltid gjennomføres trinnvis» slik at den innsatte «aldri [er] helt naken». Dette innebærer at vedkommende skal «få tilbake klær på overkroppen før plagg nedentil fjernes». I tillegg fastslår punkt 4 at undersøkelsen er «begrenset til (trinnvis) avkledding og besiktigelse av naken kropp og hår»⁵⁸ og at det «ikke [skal] benyttes speil i forbindelse med undersøkelsen». Videre følger det av punkt 5 at kroppsvisitasjon «skal (...) gjennomføres av ansatte med samme kjønn som den innsatte, med mindre den bemanningsmessige situasjonen medfører at dette ikke er mulig».

3.3 Krav til kontrollmekanismer

«Av hensyn til notoritet» gjelder det etter punkt 6 også et krav om begrunnelse og journalføring av kroppsvisitasjon, herunder registrering av relevante funn.⁵⁹ Dette muliggjør regionalt nivå kontroll med lokalt nivå kroppsvisitasjonspraksis.⁶⁰ Det er riktignok ikke krav om beslutning ved enkeltvedtak. Forvaltningslovens saksbehandlingsregler og klageadgang kommer altså ikke til anvendelse i kroppsvisitasjonstilfellene.

⁵⁸ Sml. strgjfl. § 29 (3) om kroppslig undersøkelse.

⁵⁹ Jeg avgrensner av plasshensyn mot en behandling av hvilke regler og prosedyrer som gjelder ved funn.

⁶⁰ Se strgjfl. § 5 om den organisatoriske inndelingen av Kriminalomsorgen.

4 Rettslige skranker for kroppsvisitasjon av mindreårige fengselsinnsatte

4.1 Menneskerettslige skranker for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte

4.1.1 Statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene

Grunnloven § 92 fastslår at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater».⁶¹ Formuleringen er inspirert av EMK artikkel 1⁶²; konvensjonspartene skal «secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms» oppstilt i konvensjonen. Særlig grunnlovsbestemmelsens ordlyd får frem statens doble gjennomføringsforpliktelse, men dette gjelder også etter EMK artikkel 1.⁶³ Staten må avstå fra å gjennomføre tiltak/inngrep den ikke har rettslig grunnlag for (den negative plikten), samtidig som den aktivt må sikre at beskyttede interesser ivaretas (den positive plikten).⁶⁴ Kriminalomsorgen er pliktsubjekt etter både Grl. § 92 og EMK artikkel 1.⁶⁵

I tilknytning til oppgaven er begge de nevnte plikter aktuelle. Lovgiver plikter å sikre at lovgivningen gir borgerne et effektivt vern av menneskerettighetene, mens kriminalomsorgen plikter å innrette straffegjennomføringen slik at den er i tråd med menneskerettslige rammer. For de tilfeller lovgivningen ikke er innenfor Grunnlovens eller EMKs krav, plikter (domstolen og) forvaltningen å presisere, supplere og eventuelt korrigere lovgivningen til gunst for rettighetshaveren.⁶⁶ KDIs foreløpige føringer kan ses på denne bakgrunn.

⁶¹ Dette innebærer et «pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett», jf. HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 70.

⁶² Aall (2018) side 51.

⁶³ Sandvig (2021) artikkel 1 note 4.

⁶⁴ Aall (2021) side 24.

⁶⁵ Se Dokument 16 (2011-2012) side 47 vedrørende Grl. § 92.

⁶⁶ Aall (2021) side 24.

4.1.2 Lovskravet

Grunnloven § 113 kodifiserer legalitetsprinsippet på forvaltningsrettens område. Bestemmelsen fastslår at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Det er ikke tvilsomt at kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte krever lovhjemmel etter ordlyden i GrL. § 113.

Kravet til «grunnlag i lov» innebærer at lovhjemmelen må være gitt av Stortinget⁶⁷ (det formelle lovskravet) og at den må være «tilgjengelig og så presis som forholdene tillater»⁶⁸ (det kvalitative lovskravet). Lovskravet skal fremme «forutberegnelighet og legge til rette for at den enkelte skal kunne treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling».⁶⁹ For øvrig har lovskravet en side til ivaretagelse av Stortingets lovgiverfunksjon; forvaltningen skal ikke kunne gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det lovgiver gir grunnlag for.⁷⁰

I Rt-1995-530 (Fjordlaks) side 537 uttalte Høyesterett at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes». Jo mer inngripende tiltak, desto strengere krav stilles det altså til lovhjemmelen.⁷¹

Lovskravet er også sentralt etter EMK, både artikkel 3 og artikkel 8 nr. 2, samt BK artikkel 16⁷². Selv om EMK artikkel 3 oppstiller et absolutt forbud, ser EMD i krenkelsesvurderingen også her hen til hvorvidt regelverket gir adekvat beskyttelse mot behandling nevnt i bestemmelsen.⁷³ EMD-praksis knyttet til EMK artikkel 8 nr. 2 utpensler det nærmere innholdet i lovskravet og vil være veiledende for de øvrige bestemmelsene.⁷⁴

⁶⁷ Dokument 16 (2011-2012) side 246-247.

⁶⁸ Rt-2014-1105 avsnitt 30.

⁶⁹ Rt-2014-1105 avsnitt 26.

⁷⁰ Rt-2014-1105 avsnitt 26.

⁷¹ Høgberg (2019) side 359.

⁷² Lovskravet i BK artikkel 16 antas å være sammenfallende med EMK artikkel 8 nr. 2 og behandles derfor ikke særskilt.

⁷³ Jf. Volodina v. Russia avsnitt 76. EMD konkluderte med krenkelse av EMK artikkel 3 idet regelverket ikke ga adekvat beskyttelse mot behandling i strid med bestemmelsen. Saken gjaldt statens positive plikt til å hindre mishandling mellom private. De samme krav til lovhjemmelens kvalitet må antas å gjelde for å sikre borgerne mot myndighetenes handlinger.

⁷⁴ Se punkt 4.1.4.1.

4.1.3 Forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling

Det følger av Grunnloven § 93 (2) at «[i]ngen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Bestemmelsen er utformet etter inspirasjon fra EMK artikkel 3 og skal tolkes i lys av EMDs praksis i tilknytning til denne.⁷⁵ Fremstillingen videre konsentrerer seg derfor om EMK artikkel 3.

4.1.3.1 EMK artikkel 3 – bestemmelsens anvendelsesområde, herunder terskel ved anvendelse i fengselssaker

EMK artikkel 3 fastslår at «[n]o one shall be subjected to torture or to inhumane or degrading treatment or punishment».⁷⁶ Bestemmelsen uttrykker fundamentale rettsstatlige verdier og respekt for menneskeverdet⁷⁷, som er en del av «the very essence of the Convention»⁷⁸. Bestemmelsens ordlyd gir anvisning på et absolutt forbud. Det er ikke adgang til å gjøre unntak, heller ikke i krisetilfeller.⁷⁹ Dette innebærer at fengselsinnsatte, uavhengig av alvorligheten av lovbruddet, har krav på beskyttelse mot behandling som nevnt i EMK artikkel 3.⁸⁰

Terskelen for de ulike alternativene behandling/straff er utpenslet i EMD-praksis. Tortur og nedverdiggende behandling er typisk ikke praktiske alternativer ved kroppsvisitasjon og behandles derfor ikke nærmere.⁸¹ «[D]egrading treatment» utgjør forbudets nedre grense⁸² og er det mest praktiske alternativet i kroppsvisitasjonstilfellene.⁸³ Veiledende for vurderingen er om behandlingen «was such as to arouse in the victims feeling of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them».⁸⁴

⁷⁵ HR-2021-1155-A avsnitt 40.

⁷⁶ Se også Mandelareglene regel 1.

⁷⁷ HR-2021-1155-A avsnitt 41 med videre henvisninger. Se også Van der Ven v. the Netherlands avsnitt 46.

⁷⁸ N.H. and others v. France avsnitt 156.

⁷⁹ EMK artikkel 15 nr. 2. Se også Khlaifia and others v. Italy avsnitt 158 og Piechowicz v. Poland avsnitt 158.

⁸⁰ Piechowicz v. Poland avsnitt 158.

⁸¹ Se Selmouni v. France avsnitt 96 om «torture» og Frérot v. France avsnitt 35 om «inhumane» behandling.

⁸² Strand (2017) side 130.

⁸³ Jf. punkt 1.6.1 og 4.1.5.1.

⁸⁴ Frérot v. France avsnitt 35.

Frihetsberøvelse kan i seg selv innebære «an element of suffering or humiliation».⁸⁵ I EMD-praksis er det derfor lagt til grunn at behandlingen «must attain a minimum level of severity» for å omfattes av bestemmelsen.⁸⁶ Ved anvendelse av EMK artikkel 3 overfor fengselsinnsatte har EMD understreket at «the suffering or humiliation involved in any event [must] go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment».⁸⁷ Behandling som medfører «actual bodily injury or intense physical or mental suffering» vil vanligvis tilfredsstillere kravet til alvorlighetsgrad.⁸⁸ Likevel vil også behandling som «humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for or diminishing his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance» kunne være i strid med EMK artikkel 3.⁸⁹ Det er tilstrekkelig at individet selv opplever behandlingen nedverdiggende.⁹⁰

4.1.3.2 Momenter i helhetsvurderingen

For å avgjøre om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 3, må det foretas en helhetsvurdering.⁹¹ Selv om forbudet i artikkel 3 er absolutt, er vurderingen etter bestemmelsen, relativ.⁹² Relevante momenter er varigheten av behandlingen, dens fysiske og psykiske virkning, samt individets kjønn, alder og helsetilstand for øvrig.⁹³ Andre momenter av betydning er formålet med behandlingen, konteksten behandlingen utføres i og hvorvidt individet er i en sårbar situasjon.⁹⁴ Personer som er berøvet friheten, vil normalt være i en sårbar situasjon.⁹⁵

I straffegjennomføringstilfellene har EMD fremhevet særskilte vurderingsmomenter. I tillegg til varigheten av det aktuelle tiltaket, vil også den kumulative effekten av øvrige forhold/tiltak være relevant.⁹⁶ Det regimet den enkelte er underlagt vil dermed være av betydning, herunder

⁸⁵ Piechowicz v. Poland avsnitt 161.

⁸⁶ Frérot v. France avsnitt 35.

⁸⁷ Frérot v. France avsnitt 35.

⁸⁸ Bouyid v. Belgium avsnitt 87.

⁸⁹ Bouyid v. Belgium avsnitt 87.

⁹⁰ Bouyid v. Belgium avsnitt 87 og Iwanczuk v. Poland avsnitt 51.

⁹¹ Roth v. Germany avsnitt 64.

⁹² Roth v. Germany avsnitt 64.

⁹³ Roth v. Germany avsnitt 64.

⁹⁴ Khlaifia and others v. Italy avsnitt 160 (a), (b) og (c).

⁹⁵ Khlaifia and others v. Italy avsnitt 160 (c).

⁹⁶ Stanev v. Bulgaria avsnitt 205.

blant annet hvor strengt dette er, hvilket formål som begrunner regimet/tiltaket og dets innvirkning på den innsatte.⁹⁷

EMD har gitt visse føringer for vektleggingen av enkelte momenter. Det vil veie tungt i retning av krenkelse dersom intensjonen med behandlingen er å ydmyke eller krenke den innsatte.⁹⁸ I tilfeller hvor det ikke kan påvises en slik intensjon, vil det likevel kunne konstateres krenkelse dersom tiltaket i sin form, intensitet eller varighet går lenger enn nødvendig eller på annen måte er uforholdsmessig belastende.⁹⁹ Forholdsmessighetsbetraktninger er altså også av betydning i vurderinger etter EMK artikkel 3.¹⁰⁰

4.1.4 Retten til privatliv

Grunnloven § 102 regulerer retten til vern mot inngrep i privatlivet. Av bestemmelsens første ledd følger blant annet at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv». Ordlyden gir anvisning på en absolutt rettighet. Bestemmelsen skal imidlertid tolkes i lys av de tilsvarende folkerettslige bestemmelsene¹⁰¹, herunder EMK artikkel 8 og SP artikkel 17¹⁰², som åpner for inngrep på visse vilkår.

Artikkel 8 nr. 1 fastslår det klare utgangspunktet; «[e]veryone has the right to respect for his private (...) life».¹⁰³ En forutsetning for anvendelse av bestemmelsen er at det foreligger et inngrep i privatlivet av en viss karakter.¹⁰⁴ «Private life» indikerer et vidt anvendelsesområde som omfatter fysisk og psykisk integritet, samt ulike sider av den enkeltes identitet og personlige autonomi.¹⁰⁵

⁹⁷ Stanev v. Bulgaria avsnitt 205.

⁹⁸ Roth v. Germany avsnitt 64.

⁹⁹ HR-2021-1155-A avsnitt 42 med henvisning til Bouyid v. Belgium avsnitt 86-88. Se nærmere i punkt 4.1.5.1.

¹⁰⁰ Storvik (2022) side 80.

¹⁰¹ Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 57.

¹⁰² SP artikkel 17 har en annen ordlyd og utforming, men er sammenfallende med EMK artikkel 8, jf. Strand (2017) side 150.

¹⁰³ EMK artikkel 8 kan være anvendelig der behandlingen ikke når opp til terskelen i EMK artikkel 3, jf. Dejneke v. Poland avsnitt 70.

¹⁰⁴ Gra Stiftung gegen Rassismus and Antisemitismus v. Switzerland avsnitt 54.

¹⁰⁵ Munjaz v. the United Kingdom avsnitt 78 og Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 58.

EMD har fastslått at fengselsinnsatte skal «continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention».¹⁰⁶ En begrensning i innsattes rettigheter etter artikkel 8 nr. 1, er et selvstendig inngrep som må begrunnes i tråd med vilkårene i artikkel 8 nr. 2.¹⁰⁷ I *Munjaz v. the United Kingdom* uttaler EMD at inngrep overfor fengselsinnsatte krever særskilt begrunnelse, samt at det skal føres streng kontroll med tiltaket.¹⁰⁸ EMD har uttrykkelig fremholdt at kroppsvisitasjon innebærer et inngrep i den innsattes privatliv; det er et «highly invasive and potentially debasing» tiltak.¹⁰⁹ Kroppsvisitasjon må i det enkelte tilfellet derfor oppfylle vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2.

Artikkel 8 nr. 2 oppstiller tre kumulative vilkår for inngrep i privatlivet. Inngrep må være «in accordance with the law» (lovskravet), forfølge et av de opplistede formål i bestemmelsen¹¹⁰ og være «necessary in a democratic society» (forholdsmessighetskravet).¹¹¹

Kroppsvisitasjon vil typisk ha et legitimt formål. Det kan begrunnes i «prevention of disorder or crime», «protection of health ...» og/eller «protection of the rights and freedoms of others» i artikkel 8 nr. 2. Jeg behandler derfor ikke vilkåret nærmere.

4.1.4.1 Lovskravet

Vilkåret «in accordance with the law» gir uttrykk for at tiltak må ha et rettslig grunnlag. EMD har gitt fire overordnede retningslinjer for vurderingen av om lovhjemmelen er tilstrekkelig.¹¹² For det første må inngrepet ha et rettslig grunnlag i nasjonal rett. Også ulovfestet rett kan være tilstrekkelig, forutsatt at den oppfyller visse krav til kvalitet.¹¹³ EMD oppstiller altså lempeligere krav enn nasjonal rett.

Videre må den nasjonale hjemmelen være tilgjengelig («adequately accessible»)¹¹⁴ Borgerne må ha adgang til reglene for å kunne sette seg inn i dem.

¹⁰⁶ *Munjaz v. the United Kingdom* avsnitt 79.

¹⁰⁷ *Golder v. the United Kingdom* avsnitt 44.

¹⁰⁸ Avsnitt 79.

¹⁰⁹ *Wainwright v. the United Kingdom* avsnitt 43-44 og *Dejneq v. Poland* avsnitt 75.

¹¹⁰ Opplistingen er uttømmende, jf. Strand (2017) side 224.

¹¹¹ Mandelareglene regel 50 oppstiller vilkårene særskilt for kroppsvisitasjon.

¹¹² *Kruslin v. France* avsnitt 27.

¹¹³ Aall (2018) side 124.

¹¹⁴ *Munjaz v. the United Kingdom* avsnitt 88.

Lovhjemmelen må også gi tilstrekkelig forutberegnelighet for borgerne¹¹⁵; den må være formulert med «sufficient precision to enable the individual (...) to regulate his conduct».¹¹⁶ Vedkommende må være i stand til å «foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».¹¹⁷ EMD erkjenner at «absolute precision» ikke alltid er mulig grunnet «the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances».¹¹⁸ Lovhjemler som åpner for skjønnsutøvelse er derfor ikke i seg selv uforenlige med klarhetskravet. Forutsetningen er at «the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity» slik at borgerne beskyttes mot vilkårlig myndighetsutøvelse.¹¹⁹

Det siste kravet er at lovhjemmelen må gi anvisning på tilfredsstillende prosessuelle rettssikkerhetsgarantier.¹²⁰ Det må foreligge «a measure of protection in domestic law against arbitrary interferences» foretatt av myndighetene. Betydningen av dette er belyst i EMD-praksis.¹²¹

4.1.4.2 *Forholdsmessighetskravet*

Det tredje vilkåret er at inngrepet må være «necessary in a democratic society». Ordlyden gir ikke holdepunkter for det nærmere innholdet i vilkåret og må fastlegges ut fra EMDs praksis. At inngrepet må være «necessary» innebærer for det første at det må ivareta et «pressing social need».¹²² Vilkåret må forstås etter sin ordlyd; at inngrepet er nyttig, rimelig eller ønskelig er ikke tilstrekkelig.¹²³ Videre vil et inngrep ikke være «necessary» dersom det ikke er egnet til å oppnå formålet¹²⁴; formålet må ikke kunne nås med mindre inngripende tiltak.

¹¹⁵ Ofte omtalt «klarhetskravet».

¹¹⁶ *Munjaz v. the United Kingdom* avsnitt 88.

¹¹⁷ *Olsson v. Sweden* avsnitt 61 (a).

¹¹⁸ *Olsson v. Sweden* avsnitt 61 (a).

¹¹⁹ *Olsson v. Sweden* avsnitt 61 (c). Se også Beijingreglene regel 6.1 og 6.2 om anvendelse av skjønn ved myndighetsutøvelse overfor mindreårige innsatte.

¹²⁰ *Olsson v. Sweden* avsnitt 61 (b).

¹²¹ Se punkt 4.1.5.1.

¹²² *Dejneq v. Poland* avsnitt 70.

¹²³ *Dudgeon v. the United Kingdom* avsnitt 51.

¹²⁴ Strand (2017) side 225.

Fordi staten har best forutsetninger for å vurdere behovet for inngrep i det enkelte tilfellet, nyter staten en skjønnsmargin («a margin of appreciation») i vurderingen av om det foreligger «a pressing social need». Hvilken vekt EMD tillegger statens syn, avhenger av inngrepets intensitet. Statens skjønnsmargin er snever ved inngrep i liv, integritet og personlig frihet.¹²⁵ EMD underlegger altså en streng prøving i kroppsvisitasjonssakene.

Inngrepet må også være forholdsmessig; det må være et rimelig forhold mellom inngrepet og det formål som søkes nådd. Vurderingen er relativ; jo mer inngripende tiltak, desto viktigere må det samfunnsmessige formålet være.¹²⁶ Det avgjørende er om myndighetene har foretatt en «fair balance (...) between the competing interests of the individual and of the community as a whole».¹²⁷ Dette innebærer at kriminalomsorgen må avveie behovet for kroppsvisitasjon opp mot det konkrete inngrep tiltaket innebærer for den mindreårige innsatte.¹²⁸

4.1.5 EMD om kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte

EMD erkjenner at kroppsvisitasjon kan være nødvendig for å opprettholde kontroll og sikkerhet, herunder forhindre uorden og straffbare handlinger i fengselsinstitusjonen.¹²⁹ Det kan også være nødvendig for de innsattes egen sikkerhet.¹³⁰ Kroppsvisitasjon må riktignok gjennomføres «in an appropriate manner with due respect for human dignity and for a legitimate purpose».¹³¹

Inneværende punkt behandler et utvalg EMD-avgjørelser som er egnet til å illustrere hva slags kroppsvisitasjonspraksis som typisk medfører krenkelse av EMK artikkel 3 eller 8.

4.1.5.1 Kroppsvisitasjonspraksis i strid med EMK artikkel 3

I *Iwanczuk v. Poland* konkluderte EMD med krenkelse av EMK artikkel 3 på grunnlag av én enkeltstående kroppsvisitasjon. For å bruke stemmeretten ved parlamentsvalget måtte den

¹²⁵ Aall (2018) side 156. Se også *Dudgeon v. the United Kingdom* avsnitt 52.

¹²⁶ Strand (2017) side 225.

¹²⁷ *Keegan v. Ireland* avsnitt 49.

¹²⁸ I den videre fremstillingen omtales dette «forholdsmessighet i snever forstand».

¹²⁹ *Roth v. Germany* avsnitt 65.

¹³⁰ *Frérot v. France* avsnitt 38.

¹³¹ *Roth v. Germany* avsnitt 65.

innsatte la seg kroppsvisitere. Under gjennomføringen hånet og ydmyket fire fengselsbetjenter den innsatte verbalt. Sett i lys av den innsattes personlighet, hans generelt rolige atferd, at han ikke var tiltalt for voldsutøvelse og at han ikke hadde noen tidligere kriminell historikk¹³², la EMD til grunn at det primære formålet med kroppsvisitasjonen hadde vært å ydmyke den innsatte¹³³. Avgjørelsen illustrerer at kroppsvisitasjon foretatt med formål om å ydmyke/nedverdige den innsatte vil medføre krenkelse av EMK artikkel 3, også der det dreier seg om et enkeltstående tilfelle.¹³⁴ I tillegg illustrerer avgjørelsen betydningen av å se hen til personlige forhold ved den innsatte ved avgjørelsen av behovet for kroppsvisitasjon.

EMD fremhever i *Iwanczuk v. Poland* også uskyldspresumpsjonen for varetektsinnsatte.¹³⁵ Varetektsfengslede har et ekstra vern sammenlignet med domfelte; fengselsbetjentene må hensynta at de ikke er kjent skyldig ved rettslig avgjørelse.¹³⁶ Det skal foretas en streng kontroll av behandlingen av denne gruppen.¹³⁷

I *Van der Ven v. the Netherlands* var den innsatte utsatt for et stort antall kroppsvisitasjoner over tre og et halvt år. Vedkommende ble kroppsvisitert før og etter besøk, ved besøk til tannlege og frisør, samt ved den ukentlige celleinspeksjonen. Kroppsvisitasjonene ble gjennomført på rutinemessig grunnlag, det vil si uten at det ble foretatt en vurdering av det konkrete sikkerhetsbehovet og den enkeltes atferd («concrete security need or the applicant's behavior»).¹³⁸ Kroppsvisitasjonspraksisen innebar eksponering og besiktigelse av anus, og med dette «embarrassing positions» for den innsatte.¹³⁹

EMD vektla for øvrig at vedkommende var underlagt «very stringent security measures» som medførte begrenset kontakt med omverdenen¹⁴⁰ og videre, at det aldri ble gjort funn på vedkommende¹⁴¹. I tillegg visste personalet at den innsatte hadde «serious difficulties» med kroppsvisitasjonsregimet; han sluttet eksempelvis å gå til frisøren for å unngå

¹³² Avsnitt 56.

¹³³ Avsnitt 59.

¹³⁴ Se også *Valasinas v. Lithuania*.

¹³⁵ Se også Mandelareglene regel 111 nr. 2.

¹³⁶ Avsnitt 53. Se også *Rooman v. Belgium* avsnitt 143.

¹³⁷ Avsnitt 53.

¹³⁸ Avsnitt 58.

¹³⁹ Avsnitt 58.

¹⁴⁰ Avsnitt 54.

¹⁴¹ Avsnitt 61.

kroppsvistasjon.¹⁴² Staten hadde ikke «convincing security needs» for en slik omfattende kroppsvistasjonspraksis. Det forelå derfor nedverdiggende behandling i strid med EMK artikkel 3.

Avgjørelsen illustrerer først og fremst at rutinemessige kroppsvistasjoner over en lengre periode krever en tilfredsstillende begrunnelse («convincing security needs»). I tillegg er avgjørelsen veiledende for hvordan øvrige sikkerhetstiltak spiller inn i nødvendighetsvurderingen. Ved omfattende sikkerhetstiltak som begrenser den innsattes kontakt med omverdenen, vil det presumptivt være et mindre behov for kroppsvistasjon.

Frérot v. France inneholder flere interessante uttalelser av betydning for oppgaven og behandles derfor mer inngående. Kroppsvistasjoner ble gjennomført etter hvert besøk ved at den innsatte «systematically» måtte «bend over and cough».¹⁴³ Det var en presumpsjon i det aktuelle fengselet for at innsatte som hadde hatt besøk, skjulte gjenstander eller stoffer i endertarmsåpningen.¹⁴⁴ Kroppsvistasjonene ble foretatt på rutinemessig grunnlag, uten at det ble foretatt noen individuell vurdering av nødvendigheten av tiltaket ut fra en eventuell endring i den innsattes atferd.¹⁴⁵ En slik langvarig, systematisk og rutinemessig praksis for kroppsvistasjon kunne ikke sies å være foretatt «duly based on convincing security needs» eller for å forhindre uorden eller straffbare handlinger.¹⁴⁶ EMD vektla også at den innsatte risikerte represalier ved nektelse.¹⁴⁷ Videre var det et moment at rammene for kroppsvistasjon var fastsatt av fengselsmyndighetene selv, og at reglene ga den enkelte fengselslederen et stort rom for skjønn. Dette var egnet til å gi de innsatte en forsterket følelse av vilkårlighet, som i sin tur ga en følelse av mindreverdighet og angst.¹⁴⁸ Momentene sett i sammenheng medførte krenkelse av EMK artikkel 3.

¹⁴² Avsnitt 61-62.

¹⁴³ Avsnitt 47.

¹⁴⁴ Avsnitt 47.

¹⁴⁵ Avsnitt 47.

¹⁴⁶ Avsnitt 47.

¹⁴⁷ Avsnitt 47.

¹⁴⁸ Avsnitt 47.

Også denne avgjørelsen illustrerer at systematiske og langvarige kroppsvisitasjoner uten en overbevisende begrunnelse medfører krenkelse av EMK artikkel 3. I tillegg synes utformingen av lovverket å være av betydning i helhetsvurderingen.¹⁴⁹

EMD gir i *Frérot v. France* også mer generelle uttalelser for innretningen av kroppsvisitasjonsregimet. Jo større inngrep som gjøres i den innsattes privatliv ved gjennomføringen av kroppsvisitasjoner, desto større forsiktighet kreves. Som eksempler fremhever domstolen tilfeller hvor den innsatte må kle av seg i påsyn av andre, og særlig der vedkommende må innta pinlige posisjoner («embarrassing positions»)¹⁵⁰ Der posisjonen i tillegg innebærer inspeksjon av anus, oppstiller EMD et beviskrav; det må foreligge «strong and specific suspicions».¹⁵¹ EMD gir ikke nærmere føringer for eksakt sannsynlighetsgrad. En naturlig språklig forståelse av ordlyden trekker i retning av sannsynlighetsovervekt, muligens kvalifisert sannsynlighetsovervekt; fengselsmyndighetene må ha konkrete holdepunkter av en viss kvalifisert karakter for at den innsatte skjuler noe ulovlig eller farlig i endetarmsåpningen.

Videre uttales det at kroppsvisitasjon som innebærer avkledning og inspeksjon av anus, ikke nødvendigvis vil innebære krenkelse av EMK artikkel 3. Dette er utgangspunktet, men kan stille seg annerledes der det er «*special circumstances relating to the situation of the person undergoing*» kroppsvisitasjon (min kursivering).¹⁵² Sett i lys av at EMD gjentatte ganger har fastslått at alder og øvrig sårbarhet er et moment i helhetsvurderingen etter EMK artikkel 3, vil det at det dreier seg som kroppsvisitasjon av en mindreårig innsatt, kunne være en slik omstendighet.

I *Roth v. Germany* ble kroppsvisitasjon praktisert ut fra et tilfeldighetsprinsipp («random searches»). I en bestemt periode måtte én av fem innsatte underlegge seg kroppsvisitasjon. Det var ikke mulig for fengselsbetjentene å gjøre unntak fra ordningen og dermed ikke adgang til å hensynta den enkelte innsattes atferd i vurderingen. Det dreide seg i saken om 11 kroppsvisitasjoner. Selve gjennomføringen av kroppsvisitasjonene var ikke problematisk. EMD konkluderte med krenkelse av EMK artikkel 3 fordi det ikke kunne påvises et formål som nødvendigjorde praksisen; det ble ikke påvist «concrete security concerns» knyttet til den innsatte.

¹⁴⁹ Se også *Piechowicz v. Poland* avsnitt 168.

¹⁵⁰ Avsnitt 38.

¹⁵¹ Avsnitt 47.

¹⁵² Avsnitt 38.

Avgjørelsen indikerer at regelverket for kroppsvisitasjon må åpne for å hensynta forhold ved den enkelte innsatt, herunder at det må være mulig å avstå fra gjennomføring av kroppsvisitasjon i det enkelte tilfellet. I tillegg trekker avgjørelsen i retning av at fengselsmyndighetene må ha visse objektive holdepunkter for at kroppsvisitasjon er nødvendig i det enkelte tilfellet; de må knytte nødvendigheten til noe mer konkret ved den innsatte.

Oppsummert konstaterer EMD typisk krenkelse av EMK artikkel 3 i to tilfeller; der kroppsvisitasjon er foretatt med formål om å ydmyke den innsatte¹⁵³ og der kroppsvisitasjon ikke i tilstrekkelig grad er begrunnet med ivaretagelse av sikkerheten i fengselet, herunder å forhindre uorden og straffbare handlinger¹⁵⁴.

4.1.5.2 Kroppsvisitasjonspraksis i strid med EMK artikkel 8

Milka v. Poland gjaldt tre kroppsvisitasjoner av den innsatte i forbindelse med utgang fra fengselet og overføring til et annet fengsel. Klageren bekreftet at han ikke motsatte seg selve gjennomføringen av kroppsvisitasjonene. Det forelå dermed ikke et «element of debasement or humiliation» som kunne gi grunnlag for krenkelse av EMK artikkel 3.¹⁵⁵ Vedrørende artikkel 8 slo retten fast at inngrepet hadde lovhjemmel og et legitimt formål. Spørsmålet var om kroppsvisitasjonene var forholdsmessige («necessary in a democratic society»). Staten begrunnet kroppsvisitasjonene med risikoen for at den innsatte kunne ta med seg farlige gjenstander. En slik risiko ble ikke bevist. Den innsatte var ikke klassifisert som en høyrisikofange og hadde ikke oppført seg på en måte som ga fengselet grunn til å tro at han ville smugle farlige gjenstander inn i fengselet. Også her trekker EMD inn konkrete forhold ved den enkelte innsatte i vurderingen av om tiltaket var tilstrekkelig begrunnet.¹⁵⁶ Vurderingen tilsa at kroppsvisitasjonene ikke var forholdsmessige, særlig sett i lys av kroppsvisitasjon som et svært inngripende og potensielt nedverdiggende tiltak. EMD konkluderte derfor med krenkelse av EMK artikkel 8.

¹⁵³ *Iwanczuk v. Poland* og *Valasinas v. Lithuania*.

¹⁵⁴ *Iwanczuk v. Poland*, *Van der Ven v. the Netherlands* og *Frérot v. France*.

¹⁵⁵ Avsnitt 40.

¹⁵⁶ Se også *Iwanczuk v. Poland* og *Roth v. Germany*.

EMD påpeker for øvrig i vurderingen av artikkel 8 at den polske ombudsmannen mente at hjemmelen for kroppsvisitasjon ikke ga de innsatte effektive rettsmidler for å bestride beslutningen om kroppsvisitasjon. I mangel av et effektivt rettsmiddel, vil det etter EMDs syn være «difficult to enforce at the domestic level the requirement of a sufficient justification for (...) strip searches».¹⁵⁷

Heller ikke i *Dejnek v. Poland* forelå det krenkelse av EMK artikkel 3; det ble ikke påvist klanderverdige forhold ved gjennomføringen av de to kroppsvisitasjonene. EMD konkluderte derimot med krenkelse av EMK artikkel 8 fordi gjennomføringen ikke var forholdsmessig. Staten begrunnet kroppsvisitasjonene med at den innsatte, som var en høyrisikofange, hadde ulovlige penger fra en ukjent kilde, at det var funnet narkotiske stoffer i klærne, at han tidligere hadde forsøkt å smugle ut en beskjed til et familiemedlem og at han var aktiv i fengselets «subkultur».¹⁵⁸ EMD anså momentene for å være av betydning i den samlede vurderingen, men understreket at de, på grunn av det konkrete saksforholdet, ikke kunne begrunne kroppsvisitasjonene.¹⁵⁹ Den polske ombudsmannens syn på effektive rettsmidler nevnt ovenfor, ble for øvrig også nevnt i denne saken.¹⁶⁰

4.1.6 Høyesterett om kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte

Høyesterett har i tre saker tatt stilling til den tidligere kroppsvisitasjonspraksisen i lys av Grl. § 93 (2) og EMK artikkel 3. Avgjørelsene er inntatt i HR-2020-2136-A, HR-2020-2137-A og HR-2021-1155-A. Avgjørelsene har flere fellestrekk vedrørende kroppsvisitasjonspraksisen.¹⁶¹ Inneværende punkt behandler derfor avgjørelsene mer samlet, i stedet for en gjennomgang av de ulike saksforhold, som gjort ovenfor ved presentasjonen av EMD-praksis.

Alle sakene gjaldt et stort antall kroppsvisitasjoner over en viss tid. HR-2020-2136-A gjaldt 617 kroppsvisitasjoner i løpet av fire år. I HR-2020-2137-A var det uenighet om antallet kroppsvisitasjoner. Etter rettens syn forelå det krenkelse uavhengig av om antallet var 421 eller 506 kroppsvisitasjoner. Den siste avgjørelsen, HR-2021-1155-A, gjaldt kroppsvisitasjon

¹⁵⁷ Avsnitt 48, jf. avsnitt 30.

¹⁵⁸ Avsnitt 73.

¹⁵⁹ Avsnitt 73.

¹⁶⁰ Avsnitt 75.

¹⁶¹ HR-2020-2137-A avsnitt 84 og HR-2021-1155-A avsnitt 57.

av tre tiltalte (A, B og G) i varetekt i en omfattende narkotikasak.¹⁶² A ble kroppsvisitert minst 129 ganger, B 140 ganger og G 73 ganger.

Av stor betydning i krenkelsesvurderingen var det at kroppsvisitasjonene var gjennomført på rutinemessig grunnlag, uten noen forutgående konkret og/eller individuell risiko-, nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering.¹⁶³ Dette innebærer riktignok ikke at det

«alltid kreves en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle og for hver enkelt innsatt. Det avgjørende må være at både utformingen av regler og rutiner og praktiseringen av disse bygger på en vurdering av hvilken fare som foreligger, holdt opp mot hensynet til den innsattes verdighet».¹⁶⁴

Høyesterett legger opp til en vurderingspraksis som befinner seg et sted mellom kroppsvisitasjoner på rutinemessig grunnlag og et krav om individuell vurdering i ethvert tilfelle. Sett i lys av *Roth v. Germany* hvor regelverket ikke åpnet for å hensynte forhold ved den enkelte innsatte, er det grunn til å tro at regelverket i alle fall må åpne for en slik adgang for å være i overensstemmelse med EMK. Det må altså være adgang til å hensynte sårbare grupper, som eksempelvis mindreårige innsatte. På den måten kan kriminalomsorgen, i tråd med Høyesteretts uttalelse, hensynte den innsattes verdighet i tilfeller det er behov for det.

Det var også av betydning at kroppsvisitasjonene ble gjennomført uten trinnvis avkledning av de innsatte; de hadde måttet kle av seg på over- og underkropp samtidig.¹⁶⁵ I tillegg måtte de innsatte måtte sette seg i dyp knebøy¹⁶⁶, hvilket medførte potensiell eksponering av anus¹⁶⁷. I HR-2021-1155-A avsnitt 57 påpekte Høyesterett at kroppsvisitasjonspraksisen syntes å være noe mindre inngripende sammenlignet med de saksforhold EMD hadde tatt stilling til. Dette var imidlertid ikke avgjørende, da kroppsvisitasjonspraksisen til prøving for Høyesterett også kunne oppleves nedverdiggende for den innsatte.

¹⁶² Høyesterett gir, med henvisning til *Mursic v. Croatia* avsnitt 128, i avsnitt 13 også føringer for bevisbyrden i denne typen saker. Av plasshensyn avgrensers jeg mot en nærmere behandling av bevisbyrde og beviskrav.

¹⁶³ HR-2020-2136-A avsnitt 93, HR-2020-2137-A avsnitt 84 og HR-2021-1155-A avsnitt 59.

¹⁶⁴ HR-2021-1155-A avsnitt 55.

¹⁶⁵ HR-2020-2136-A avsnitt 93, HR-2020-2137-A avsnitt 84 og HR-2021-1155-A avsnitt 23 og 27.

¹⁶⁶ HR-2020-2136-A avsnitt 93, HR-2020-2137-A avsnitt 84 og HR-2021-1155-A avsnitt 21, 23 og 26-27.

¹⁶⁷ HR-2020-2136-A avsnitt 93.

I HR-2020-2136-A la Høyesterett vekt på at det ikke ble foretatt vurderinger basert på erfaringer fra tidligere visitasjoner eller oppholdet for øvrig¹⁶⁸ og at det ikke ble foretatt vurderinger av særlig sårbarhet ved den innsatte¹⁶⁹. Det ble også vektlagt at flere kroppsvisitasjoner ikke ble journalført hvilket vanskeliggjorde kontroll av praksisen¹⁷⁰ og at kroppsvisitasjoner ble håndtert ulikt på betjentnivå.¹⁷¹ I HR-2021-1155-A ble det for øvrig vektlagt at enkelte kroppsvisitasjoner var gjennomført med fengselsbetjenter av det motsatte kjønn til stede.¹⁷²

De ovenfornevnte momentene ble også vektlagt av Gulating lagmannsrett.¹⁷³ Vedrørende ulik praksis for kroppsvisitasjon på betjentnivå, påpekte lagmannsretten at dette er egnet til å gi en følelse av vilkårlighet og forskjellsbehandling.¹⁷⁴ Nasjonal rettspraksis vektlegger altså flere av de samme momentene som EMD og illustrerer at også kroppsvisitasjonspraksis av mindre inngripende karakter enn det som var gjenstand for vurdering i EMD, vil kunne være i strid med EMK artikkel 3.

4.1.7 Kort om soft laws regulering av kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte

Mandelareglene og de europeiske fengselsreglene angir minstestandarder for behandlingen av fengselsinnsatte uavhengig av alder. Mandelareglene regel 50-53 og de europeiske fengselsreglene regel 54 regulerer undersøkelser av innsatte, herunder kroppsvisitasjon. På flere punkter er reguleringene sammenfallende med EMK og EMD-praksis.¹⁷⁵ Av plasshensyn behandles derfor bare de reguleringer som ikke allerede (klart) følger av øvrige rettskilder.

Mandelareglene regel 52 nr. 1 fastslår at kroppsvisitasjon bare skal foretas «if *absolutely necessary*» (min kursivering).¹⁷⁶ Ordlyden legger opp til et strengt nødvendighetsvilkår, også for voksne innsatte, og må ses på bakgrunn av at det er et «intrusive» tiltak. Etter kommentarene

¹⁶⁸ Avsnitt 93.

¹⁶⁹ Avsnitt 93 og 110. Se punkt 4.2.1.1 om identifisering av mindreårige innsattes sårbarhet.

¹⁷⁰ Avsnitt 93.

¹⁷¹ Avsnitt 110.

¹⁷² Avsnitt 19.

¹⁷³ Jf. LG-2019-161767 under «Straffutmåling B».

¹⁷⁴ Se også *Frérot v. France*. Dette vil for øvrig kunne være i strid med likhetsprinsippet og forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling i GrL § 98.

¹⁷⁵ Se Mandelareglene regel 50, 51 og delvis 52 nr. 1.

¹⁷⁶ Sml. EMK artikkel 8 nr. 2.

til de europeiske fengselsreglene regel 54 vil kroppsvisitasjon være nødvendig dersom det er grunn til å anta («reason to believe») at den innsatte skjuler noe på kroppen.¹⁷⁷

Vedrørende gjennomføringen skal den skje «in private»¹⁷⁸ av en person som er trent for gjennomføring av tiltaket¹⁷⁹.

4.2 Særskilt om mindreårige innsattes rettigheter i kraft av å være barn

4.2.1 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste er et viktig overordnet hensyn ved myndighetsutøvelse som involverer barn. Det er regulert i Grl. § 104 (2) og BK artikkel 3 nr. 1, samt i straffegjennomføringsforskriften § 3-1b (1) første punktum.¹⁸⁰ Forskriftsbestemmelsen må ses i lys av de trinnhøyere rettsnormer og behandles derfor ikke særskilt.

Grunnloven § 104 (2) fastslår at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Kroppsvisitasjon er både en «handling» og en «avgjørelse» som «berører» den mindreårige innsatte. Kriminalomsorgen plikter altså å vektlegge hensynet til den mindreårige innsattes beste både ved beslutning om og gjennomføring av kroppsvisitasjon.

Viktigheten av å hensynta barnets beste overfor mindreårige lovovertredere er fremhevet av barnekomiteen i General Comment no. 10 side 5, avsnitt 10. Barn skiller seg fra voksne på flere områder og trenger derfor særskilt behandling. Hensynet til barnets beste tar høyde for barns sårbarhet og behov for særskilt vern og sikrer at barnets interesser ikke blir oversett.¹⁸¹

Grunnloven § 104 (2) er for øvrig sammenfallende med BK artikkel 3 nr. 1¹⁸² og må forstås i lys av praksis knyttet til bestemmelsen.

¹⁷⁷ Side 76.

¹⁷⁸ Mandelareglene regel 52.

¹⁷⁹ Mandelareglene regel 52 og de europeiske fengselsreglene regel 54.3.

¹⁸⁰ Se også KDI (2018) side 3, punkt (§10a) 5.

¹⁸¹ General Comment no. 14 side 10, avsnitt 37.

¹⁸² Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 64.

4.2.1.1 Hva ligger i prinsippet «barnets beste»?

Ingen av rettskildene gir etter sin ordlyd nærmere føringer for innholdet i «barnets beste». General Comment No. 14 (2013) fra FNs barnekomité gir en konsoliderende gjennomgang.¹⁸³ Barnets beste har tre tiltenkte funksjoner; det er en substansiell rettighet, et tolkningsprinsipp og en prosedyreregel.¹⁸⁴

I et konkret tilfelle må det nærmere innholdet fastlegges ut fra en individuell og konkret vurdering.¹⁸⁵ Dette avgjøres ut fra momenter som barnets personlighet, familiesituasjon og relasjoner, behov for omsorg, sårbarhet og sikkerhet.¹⁸⁶ For konkrete holdepunkter knyttet til den enkelte innsatte vil det være relevant å se hen til personundersøkelsen.¹⁸⁷ Personundersøkelsen kan gi relevante opplysninger og informasjon om «den mindreåriges kontakt med barneverntjenesten, omfanget av og holdninger til det å begå lovbrudd, relasjoner til foreldre, atferd, mv.».¹⁸⁸ Dette kan belyse både risikoen for at den mindreårige forsøker å smugle inn ulovlige eller farlige gjenstander eller stoffer i fengselet, men også eventuelle sårbarheter som må hensyntas ved gjennomføringen av kroppsvisitasjon. Det vil eksempelvis være relevant å kartlegge hvorvidt den innsatte tidligere har vært utsatt for overgrep eller andre handlinger som gjør vedkommende særlig sårbar.¹⁸⁹ Slike vurderinger vil være i tråd med EMDs praksis, særlig *Iwanczuk v. Poland*, *Roth v. Germany* og *Milka v. Poland* som underbygger at konkrete forhold ved den innsatte er av betydning for gjennomføringen av kroppsvisitasjoner.

4.2.1.2 Hvilken vekt skal hensynet til barnets beste tillegges?

Grunnloven § 104 (2) fastslår at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». BK artikkel 3 nr. 1 fastslår at barnets beste skal være «a primary consideration». En naturlig

¹⁸³ Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 64.

¹⁸⁴ Se General Comment no. 14 side 4, avsnitt 6 (a)-(c) for utdyping.

¹⁸⁵ General Comment no. 14 side 9, avsnitt 32.

¹⁸⁶ Storvik (2022) side 68 med videre henvisninger.

¹⁸⁷ Personundersøkelsen er relevant på flere stadier i straffesaksgangen, se straffeprosessloven § 161 a (1) annet punktum, straffegjennomføringsloven § 10 (5) første punktum, straffegjennomføringsforskriften § 3-1a (2) annet punktum og KDI (2018) side 1-2, punkt (§10 a) 2.

¹⁸⁸ KDI (2018) side 1-2, punkt (§10 a) 2.

¹⁸⁹ HR-2020-2136-A avsnitt 93 og 110 og KRUS (2019) side 99.

språklig forståelse av ordlyden er at det aktivt må sees hen til barnets beste i den konkrete vurderingen; det skal være et sentralt og tungtveiende hensyn.

I Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 65-66 gir Høyesterett generell veiledning om hvilken vekt hensynet til barnets beste skal tillegges. «[H]ensynet til barnet [er ikke] det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende». «[V]ed avveiningen mot andre interesser *skal* hensynet til barnets beste [likevel] ha *stor vekt* – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen». Barnets beste skal altså inngå som et tungtveiende element i vurderingen. En slik forståelse er ytterligere bekräftet i EMD-praksis; barnets beste interesser er “of *paramount importance* (...). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded *significant weight*» (mine kursiveringer).¹⁹⁰ Hensynet til barnets beste gir altså barnet et særskilt vern sammenlignet med voksne.

4.2.2 Barnets rett til å bli hørt

Etter Grl. § 104 (1) første punktum har barn «rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Barnets rett til å bli hørt følger også av straffegjennomføringsforskriften § 3-1b (1) annet punktum; «[b]arnet skal kunne gi uttrykk for egne synspunkter, enten direkte eller gjennom representant». ¹⁹¹ Grl. § 104 (1) første punktum svarer til BK artikkel 12 nr. 1 og antas å være sammenfallende etter sitt innhold. Ordlyden i bestemmelsene gir anvisning på en vidtgående rett for barnet til å bli hørt.¹⁹² Etter BK artikkel 12 nr. 2 gjelder denne retten særlig for barn innenfor rettssystemet; de skal «in particular» få muligheten til å bli hørt, også under straffegjennomføringen¹⁹³. Kriminalomsorgen må altså innhente den mindreårige innsattes mening forut for kroppsvitasjon og avveie denne mot kontroll- og sikkerhetshensyn.¹⁹⁴

BK artikkel 12 nr. 1 er best egnet til å få frem at barnets mening skal være av en viss vekt; den skal tillegges «*due weight*». Begge bestemmelsene fremhever riktignok at meningen

¹⁹⁰ *Jeunesse v. the Netherlands* avsnitt 109.

¹⁹¹ Se også KDI (2018) side 3, punkt (§10a) 4.

¹⁹² Se også General Comment no. 12 side 10, avsnitt 26.

¹⁹³ General Comment no. 10 side 14, avsnitt 44 og General Comment no. 12 side 16, avsnitt 58.

¹⁹⁴ Storvik (2022) side 68.

tillegges vekt ut fra de konkrete forhold ved det enkelte barn, herunder alderen¹⁹⁵ og utviklingen/modenheten for øvrig.

4.2.3 Barnets integritetsvern

Grunnloven § 104 (3) første punktum fastslår at «[b]arn har rett til vern om sin personlige integritet». Det er en rettighetsbestemmelse, med tilsvarende plikter for staten. Kroppsvisitasjon er et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, blant annet under henvisning til at tiltaket berører sentrale aspekter ved den personlige integritet. Et tilstrekkelig klart utformet lovverk er en sentral faktor for vern av barnets personlige integritet.

4.2.4 Straffegjennomføringsloven mv.

Straffegjennomføringsloven, straffegjennomføringsforskriften og retningslinjer gir visse særreguleringer for barn. Av strgfjl. § 10 a (1) første punktum følger det at ved innsettelse av mindreårige i fengsel «skal oppholdet tilrettelegges etter deres behov».¹⁹⁶ Bestemmelsen gir anvisning på et individrettet perspektiv; det enkelte barnets behov må kartlegges og være styrende for straffegjennomføringen. Retningslinjene underbygger dette; det må «undersøkes i den enkelte sak hva som er det konkrete barnets beste behov, samt hvordan disse behovene kan ivaretas på best mulig måte».¹⁹⁷ Dette henger sammen med hva som er den mindreårige innsattes beste, se om hensynet til barnets beste ovenfor.

Retningslinjene punkt (§10a) 8.9 regulerer særskilt kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte. Det uttales at strgfjl. § 28 «gir adgang til rutinemessige undersøkelser», herunder ved kroppsvisitasjon.¹⁹⁸ Retningslinjene er altså ikke oppdatert i tråd med de foreløpige føringene fra KDI og er følgelig ikke veiledende for oppgavens problemstilling. De kan med fordel oppdateres på dette punkt.

¹⁹⁵ Isolert tilsier dette at mindreårige innsattes alder skal tillegges stor vekt, jf. barneloven § 31 (2).

¹⁹⁶ Se også straffegjennomføringsforskriften § 3-1a (2).

¹⁹⁷ KDI (2018) side 2, punkt (§10a) 2.

¹⁹⁸ KDI (2018) side 10.

Av en viss betydning er likevel retningslinjenes uttalelse om at det må gjelde «særskilte rutiner for kroppsvisitasjon av mindreårige» innsatte.¹⁹⁹ At gjennomføringen av kroppsvisitasjoner av mindreårige innsatte skal være annerledes enn for voksne, var altså utgangspunktet også etter de tidligere retningslinjene.

4.2.5 EMD om anvendelse av EMK artikkel 3 og artikkel 8 overfor barn

Konvensjonspartene har etter EMK artikkel 3, jf. artikkel 1, et særlig ansvar for å verne barn og andre sårbare grupper i samfunnet mot behandling som beskrevet i EMK artikkel 3.²⁰⁰

EMD-praksis og flere internasjonale rettskilder fremhever at mindreårige innsatte er en særlig sårbar gruppe med behov for særskilt beskyttelse.²⁰¹

EMD uttaler at «[i]ll-treatment is liable to have greater impact – especially in psychological terms – on a minor (...) than on an adult».²⁰² Myndighetenes tiltak overfor mindreårige kan medføre krenkelse av EMK artikkel 3, alene fordi det er rettet mot et barn.²⁰³ Det er altså en lavere terskel for krenkelse av artikkel 3 ved tiltak overfor mindreårige. Dette indikerer også at det må gjelde strengere vilkår for og krav til gjennomføringen av kroppsvisitasjon overfor mindreårige innsatte.

Dette underbygges av at det er «*vital* for law-enforcement officers who are in contact with minors in the exercise of their duties to take *due account* of the vulnerability inherent in their young age» (mine kursiveringer).²⁰⁴ De må vise «greater vigilance and self-control» i møte med barn.²⁰⁵

Som nevnt er også vedkommendes alder et moment i helhetsvurderingen etter EMK artikkel 3. Det er også av betydning etter EMK artikkel 8.²⁰⁶ EMD har i flere saker konkludert med

¹⁹⁹ KDI (2018) side 11, punkt (§10a) 8.9.

²⁰⁰ Khan v. France avsnitt 73 og Wetjen and others v. Germany avsnitt 74.

²⁰¹ Bouyid v. Belgium avsnitt 52-53 og avsnitt 109 med videre henvisninger.

²⁰² Bouyid v. Belgium avsnitt 109.

²⁰³ Bouyid v. Belgium avsnitt 110.

²⁰⁴ Bouyid v. Belgium avsnitt 110.

²⁰⁵ Bouyid v. Belgium avsnitt 110.

²⁰⁶ Wetjen and others v. Germany avsnitt 74.

krenkelse av EMK artikkel 3, eksplisitt hensyntatt vedkommendes alder.²⁰⁷ Da sakene ikke gjelder kroppsvisitasjon og ikke inneholder generelle uttalelser ut over det som ovenfor er angitt, går jeg ikke nærmere inn på disse.

4.2.6 Barns øvrige rettigheter etter barnekonvensjonen

4.2.6.1 *Barnets rett til vern mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling*

BK artikkel 37 bokstav a regulerer forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling særskilt for barn. Bestemmelsen er etter sitt innhold i hovedsak sammenfallende med GrL § 93 (2) og EMK artikkel 3. Jeg viser derfor til gjennomgangen ovenfor. Én forskjell er likevel at den oppstiller «cruel» behandling eller straff som et tilleggsalternativ.²⁰⁸ Alternativet behandles ikke nærmere da det, grunnet den høye terskelen ordlyden gir anvisning på, ikke synes å være relevant for kroppsvisitasjonstilfellene.²⁰⁹

4.2.6.2 *Barnets rett til privatliv*

BK artikkel 16 nr. 1 fastslår at «[n]o child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy...». Bestemmelsen gir, i likhet med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17, anvisning på at ikke ethvert inngrep i retten til privatliv er rettsstridig. Etter BK artikkel 16 nr. 2 har barnet rett til «protection of the law» mot inngrep.

Kroppsvisitasjon vil også være et inngrep i retten til privatliv etter BK artikkel 16.²¹⁰ Inngrep som er «arbitrary» (vilkårlig) eller «unlawful» (ulovlig) utgjør en krenkelse av bestemmelsen. Det nærmere innholdet i vilkårene er belyst i General Comment no. 25 om barnets rettigheter i relasjon til det digitale miljøet. Selv om uttalelsene knytter seg til et annet tema, er de i hovedsak av generell karakter. De er dermed av betydning for fastleggingen av vilkårenes innhold også i denne sammenheng. Komiteen uttaler at inngrep blant annet²¹¹ må ha hjemmel i lov, oppfylle et legitimt formål, være forholdsmessig, ta i betraktning hensynet til barnets

²⁰⁷ Guvek v. Turkey, se avsnitt 91 og 98, Blokhin v. Russia, se avsnitt 148 og T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova, se avsnitt 41.

²⁰⁸ Se også SP artikkel 7.

²⁰⁹ Jf. punkt 4.1.3.1 om nedverdiggende behandling som det praktisk relevante alternativet.

²¹⁰ Jf. punkt 4.1.4.

²¹¹ Vilåret om «uphold the principle of data minimization» er ikke relevant ved kroppsvisitasjon.

beste og for øvrig ikke være i konflikt med de øvrige bestemmelsene i konvensjonen eller dens formål.²¹²

Vilkårene er altså hovedsakelig sammenfallende med vilkårene for inngrep oppstilt i EMK artikkel 8 nr. 2. Idet det dreier seg om inngrep overfor barn, må myndighetene i tillegg ivareta barnets øvrige rettigheter etter konvensjonen, herunder hensynet til barnets beste. Sett i lys av at barns «right to privacy takes on increasing significance during adolescence»²¹³, fremstår det særlig viktig at kriminalomsorgen foretar grundige vurderinger av om vilkårene for kroppsvisitasjon er oppfylt overfor denne gruppen innsatte.

4.2.6.3 *Statens særlige ansvar overfor barn som er fratatt familien*

BK artikkel 20 nr. 1 regulerer statens ansvar overfor barn som «temporarily or permanently» er «deprived of his or her family environment». I slike tilfeller har barnet rett til «*special protection and assistance*» (min kursivering). Ordlyden av «deprived» er vid; ulike omstendigheter kan være grunnlag for adskillelse fra familiemiljøet.²¹⁴ Mindreårige fengselsinnsatte omfattes av ordlyden og har krav på særskilt beskyttelse og oppfølging fra staten.

I relasjon til kroppsvisitasjon av mindreårige fengselsinnsatte dreier det seg om et svært inngripende tiltak overfor en allerede sårbar gruppe. Bestemmelsen underbygger at myndighetene må være bevisst på at de har et særlig ansvar overfor den mindreårige innsatte.²¹⁵

4.2.6.4 *Særskilt om mindreårige innsattes rettigheter*

BK artikkel 40 regulerer krav til statens behandling av barn som er «alleged as, accused of, or recognized» for å ha begått et straffbart forhold. Den gjelder følgelig for både mindreårige varetektsinnsatte og domfelte. Etter artikkel 40 nr. 1 har barn for det første rett til å bli behandlet

²¹² Side 12, avsnitt 69.

²¹³ General Comment no. 20 side 12, avsnitt 46. Se også Havanareglene regel 32 og Beijingreglene regel 8.1 med tilhørende kommentar.

²¹⁴ Legislative History Vol. II (2007) side 531, avsnitt 62.

²¹⁵ Jf. punkt 4.2.5.

«in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth». Dette må sikres ved ethvert tiltak²¹⁶, både innledningsvis og underveis i prosessen²¹⁷.

For det andre har mindreårige innsatte en rett til å bli behandlet på en måte som «reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others». Straffegjennomføringen må altså innrettes slik at de innsatte blir i stand til å respektere andres menneskerettigheter. Dette innebærer at aktørene i kriminalomsorgen i det daglige arbeidet må være bevisst på betydningen og konsekvensene av de handlinger som foretas overfor den mindreårige innsatte. Dette er særlig viktig ved svært inngripende tiltak som kroppsvisitasjon.

For det tredje må myndighetene hensynta «the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society». Vedrørende barnets alder, vil mindreårige fengselsinnsatte være i alderen 15-17 år, altså en alder hvor de enda er i fysisk og psykisk utvikling. Dette er viktige aspekter å hensynta ved gjennomføringen av kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte.

Formålet om reintegrering av barnet tilbake til samfunnet²¹⁸ er til dels avhengig av at den mindreårige innsattes følelse av verdighet og integritet ivaretas ved gjennomføring av inngripende tiltak som kroppsvisitasjon. Manglende ivaretagelse vil kunne ha en negativ effekt på barnets reintegreringsprosess og underbygger viktigheten av at kriminalomsorgen inntar et bredere perspektiv med hensyn til konsekvensene av inngripende tiltak overfor denne gruppen innsatte.

Også viktig etter BK artikkel 40, er nr. 2 bokstav b (i) som uttrykker uskyldspresumpsjonen; barn skal anses «innocent until proven guilty according to law». EMDs fremheving av varetektsinnsattes særskilte vern²¹⁹, gjelder ikke desto mindre for mindreårige.

²¹⁶ General Comment no. 10 side 24, avsnitt 89 andre strekpunkt. Uttalelsen knytter seg til BK artikkel 37 bokstav c. På grunn av den nære sammenhengen mellom bestemmelsene, er uttalelsen også av interesse for BK artikkel 40 nr. 1.

²¹⁷ General Comment no. 10 side 6, avsnitt 13 første strekpunkt.

²¹⁸ Strgjfl. § 2 (1).

²¹⁹ Iwanczuk v. Poland avsnitt 53.

4.2.6.5 Statens plikt til å forhindre barns bruk av narkotika

Gjennomgangen ovenfor nyanseres noe av BK artikkel 33; staten har en plikt til å «take all appropriate measures (...) to protect children from the illicit use of narcotic drugs and psychotropic substances ...». Bestemmelsen fungerer som en påminnelse om at staten også handler i tråd med barnekonvensjonen ved å forhindre at barn tar i bruk ulovlige narkotiske midler; kroppsvisitasjon kan i visse tilfeller være nødvendig.²²⁰ For øvrig underbygger bestemmelsen den vanskelige avveiningen av motstridende hensyn som kriminalomsorgen må foreta i sitt daglige arbeid.²²¹

4.2.6.6 Barnekomiteen om barns klageadgang

Barnekomiteen fremhever i General Comment no. 24 om barns rettigheter i rettssystemet at barn bør ha mulighet til å «make requests or complaints» til rettslige myndigheter.²²² Barna skal vite om denne muligheten, samtidig som at klageadgangen skal være lett tilgjengelig.

4.2.7 SP

Ut over de bestemmelser i SP som er henvist til for øvrig, er SP artikkel 10 nr. 1 og nr. 3 av betydning. Artikkel 10 nr. 1 fastslår uttrykkelig at alle som er frihetsberøvet, skal behandles human og med respekt for menneskets iboende verdighet. Artikkel 10 nr. 3 er av særlig interesse. Bestemmelsen fastslår at unge lovovertridere skal «be accorded treatment appropriate to their age and legal status» og forutsetter en individrettet behandling av mindreårige innsatte.

4.2.8 Kort om soft laws regulering av mindreårige fengselsinnsatte

Havanareglene og Beijingreglene regulerer krav til fengselsforholdene særskilt for mindreårige. Etter Beijingreglene regel 2.3 må statene anstrenge seg for å etablere et regelverk som særskilt regulerer mindreårige lovbrøyttere og som gjør myndighetene, her kriminalomsorgen, i

²²⁰ Jf. punkt 4.1.5.

²²¹ Jf. punkt 2.

²²² Side 16, avsnitt 95 (i).

stand til å balansere de kryssende interesser; myndighetene må både kunne ivareta mindreårige lovbruyeres behov og rettigheter og samtidig møte samfunnets behov.²²³

Videre følger det av rettskildene at fengselsregimet for mindreårige innsatte må innrettes på en slik måte at vedkommendes rettigheter, sikkerhet, privatliv og menneskeverd, samt den fysiske og psykiske helse, ivaretas.²²⁴ Straffegjennomføringen må videre ivareta deres «particular needs, status and special requirements according to their age, personality, sex and type of offence, as well as mental and physical health».²²⁵ Dette danner overordnede rammer for behandlingen av mindreårige fengselsinnsatte og underbygger at fengselsmyndighetene må ha et individrettet perspektiv.²²⁶

I Beijingreglene regel 10.3 er det fastslått at myndighetene ved kontakt med den mindreårige lovbruyeren, må «respect the legal status of the juvenile, promote the well-being (...) and avoid harm». Vedrørende rettslig status, vil det være av betydning hvorvidt vedkommende er varetektsinnsatt eller domfelt.²²⁷ Vedrørende å unngå «harm», omfatter uttrykket både fysisk og psykisk skade og må innenfor fengselsregimer forstås slik at straffegjennomføringen må innebære «the least harm possible» for den mindreårige.²²⁸ Kroppsvisitasjon er som nevnt et svært inngripende tiltak egnet til å gi den innsatte en følelse av nedverdiggelse og mindreverdighet. Uttalelsene fremstår dermed sentrale for problemstillingen.

4.3 Oppsummering

Det samlede rettskildebildet oppstiller flere rettslige skranker for kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte. Skrankene angitt i punkt 4.1 gjelder uavhengig av den innsattes alder. Rettskildene som særskilt regulerer barns rettigheter i punkt 4.2, oppstiller ytterligere rettslige skranker for

²²³ Jf. punkt 2.

²²⁴ Mandelareglene regel 50 og Havanareglene regel 1 og 12.

²²⁵ Havanareglene regel 28. Dette fastlegges gjennom en personundersøkelse, jf. Havanareglene regel 27 og 50-51.

²²⁶ Jf. punkt 4.2.1.1, 4.2.4 og 4.2.7.

²²⁷ Jf. punkt 4.1.5.1 om *Iwanczuk v. Poland*.

²²⁸ Kommentarene til bestemmelsen side 209. Dersom den innsatte motsetter seg gjennomføring av kroppsvisitasjon, kan det bli et spørsmål om bruk av fysisk makt for å gjennomføre tiltaket. Storvik (2022) mener det i noen tilfeller må være adgang til dette, se side 303. Uttalelsen retter seg ikke særskilt mot mindreårig innsatte. Av plasshensyn avgrensner jeg mot en nærmere redegjørelse av dette, men påpeker at Havanareglene regel 64 oppstiller en høy terskel for bruk av makt overfor mindreårige innsatte.

kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte. Særlig barnekonvensjonens bestemmelser, samt EMDs uttalelser om anvendelse av EMK artikkel 3 og 8 overfor barn, underbygger at det på alle stadier ved kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte gjelder særskilte krav og en tilsvarende høyere terskel. Dette gjelder både med hensyn til vilkårene for kroppsvisitasjon, selve gjennomføringen og krav til kontrollmekanismer.

5 De foreløpige føringene sett i lys av de rettslige skrankene for kroppsvisitasjon

Inneværende punkt tar sikte på å belyse i hvilken utstrekning utformingen av føringene og den kroppsvisitasjonspraksis føringene legger opp til, er i tråd med de rettslige skrankene kartlagt i punkt 4. Fremstillingen retter seg på grunn av oppgavens problemstilling hovedsakelig mot mindreårige innsatte, men vil på flere punkter også kunne være veiledende for innsatte over 18 år.

5.1 De foreløpige føringene sett i lys av det kvalitative lovskravet

Flere rettskilder oppstiller, enten eksplisitt²²⁹ eller mer implisitt²³⁰, et lovskrav for inngrep overfor borgerne. Jeg vil konsentrere meg om føringene sett i lys av det kvalitative lovskravet, men kommenterer forholdet til det formelle lovskravet i Grl. § 113 kort nedenfor.

5.1.1 Kort om det formelle lovskravet

Grunnloven § 113 krever at lovhjemmelen er gitt av Stortinget ved formell lov. Dagens hjemmelsgrunnlag for kroppsvisitasjon, gitt av KDI i brev form, tilfredsstillers altså ikke det formelle lovskravet i Grl. § 113. Dette innebærer midlertidig grunnlovsstrid, men ikke nødvendigvis krenkelse av menneskerettighetene.²³¹

5.1.2 Tilgjengelighetskravet

Kravet om at den nasjonale hjemmelen må være tilgjengelig («adequately accessible») for borgerne²³², kan problematiseres da dagens regelverk kun er tilgjengelig i brev form. Idet føringene bare er av midlertidig karakter i påvente av utbedring av regelverket²³³, behandles dette likevel ikke nærmere.

²²⁹ Grl. § 113, EMK artikkel 8 nr. 2 og BK artikkel 16 nr. 1.

²³⁰ EMK artikkel 3.

²³¹ Jf. punkt 4.1.4.1 om at EMD også åpner for ulovfestet rett som hjemmelsgrunnlag.

²³² Jf. punkt 4.1.4.1.

²³³ KDI (2020) under «Bakgrunn».

5.1.3 Kravet til klarhet og tilstrekkelig forutberegnelighet

Som fastslått i punkt 4.1.2 og 4.1.4.1, gjelder det et krav om at lovhjemmelen må være formulert med tilstrekkelig presisjon slik at individet kan regulere sin atferd og forutberegne sin rettsstilling. Det avgjørende er, også der lovhjemmelen åpner for skjønnsutøvelse, at regelverket i tilstrekkelig grad verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Da kroppsvisitasjon er et svært inngripende tiltak overfor en særskilt sårbar gruppe stilles det, i tråd med Rt-1995-530 (Fjordlaks)²³⁴, strenge krav til lovhjemmelens kvalitet.

Sammenlignet med strgf. § 28, synes føringene å gi en mer utførlig regulering som setter klarere rammer for myndighets- og skjønnsutøvelsen. Punkt 1 angir i hvilke (situasjonsbaser) tilfeller kroppsvisitasjon er aktuelt og fastslår at det skal vurderes alternative undersøkelsesformer, herunder hvilke som er aktuelle å vurdere. Punkt 3-5 gir forholdsvis klare føringer for hvordan kroppsvisitasjon skal gjennomføres. At føringene i punkt 2a omtaler de tilfeller hvor det foreligger konkrete og alvorlige, sikkerhetsmessige omstendigheter som ikke nødvendigvis kan knyttes til en eller flere identifiserte personer, er også fordelaktig, da regelverket tar høyde for en særskilt, men trolig praktisk situasjon.

Av føringenes punkt 2 fremgår det eksplisitt at kroppsvisitasjon ikke skal skje rutinemessig. Vilkåret om nødvendighet og forholdsmessighet, samt de gitte retningslinjer for vurderingene innebærer noe klarere rammer for skjønnsutøvelsen. En uttømmende regulering av i hvilke tilfeller kroppsvisitasjon er nødvendig og forholdsmessig vil vanskelig kunne gis.²³⁵ At det ikke er gitt nærmere føringer for forholdsmessighetsvurderingen ved kroppsvisitasjon representerer likevel en risiko for vilkårlighet i skjønnsutøvelsen med hensyn til hvilke momenter som trekkes inn i vurderingen. Beslutningstaker er gitt et relativt stort rom for skjønn som, i tråd med EMDs vektlegging av momentet i *Frérot v. France*²³⁶, indikerer at føringene ikke er utformet med tilstrekkelig klarhet og presisjon på dette punkt.

Dette underbygges ytterligere ved at det i de nye, midlertidige føringene for telefonkontroll er gitt en mer utfyllende beskrivelse av hvilke hensyn som må vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen:

²³⁴ Jf. punkt 4.1.6.

²³⁵ Jf. punkt 4.1.4.1.

²³⁶ Jf. punkt 4.1.5.1.

«I vurderingen av spesifiserte sikkerhetsmessige grunner, inngår blant annet de straffbare forholdene som ligger til grunn for domfellelsen, øvrige premisser i dommen, straffehistorikk, gjengtilknytning, opplysninger av relevans fra tidligere straffegjennomføringer og kriminalomsorgens kjennskap til innsatte. I vurderingen av belastningen for den innsatte, inngår blant annet (...) helsemessige forhold, (...) og innsattes alder».²³⁷

Reguleringen er sammenlignbar da både kroppsvisitasjon og telefonkontroll er kontrolltiltak og de opplistede momenter også er av relevans i kroppsvisitasjonstilfellene²³⁸. Dette illustrerer at det er mulig å angi klarere retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen ved denne typen tiltak. Et poeng, for øvrig, er at kroppsvisitasjon må anses mer inngripende enn telefonkontroll. At det er gitt klarere føringer for forholdsmessighetsvurderingen ved telefonkontroll fremstår uheldig i lys av Rt-1995-530 (Fjordlaks) ovenfor. Også dette trekker i retning av at føringene ikke er formulert med klarhet og tilstrekkelig presisjon her.

Videre regulerer ikke føringene hvilken grad av sikkerhet som må foreligge for at den innsatte skjuler noe ulovlig eller farlig på kroppen; det er ikke oppstilt et mistankekrav/sannsynlighetskrav som vilkår for kroppsvisitasjon. Det eneste som er fastslått, er at kroppsvisitasjon ikke kan foretas på rutinemessig grunnlag. Det kan nok argumenteres for at en vurdering av sannsynligheten for at den innsatte skjuler noe på kroppen, til en viss grad er innebygd i nødvendighetsvilkåret; dersom man ikke har noen mistanke om at dette er tilfellet, vil det vanskelig kunne sies å være nødvendig med kroppsvisitasjon. Kriminalomsorgen forholder seg imidlertid vanligvis til tre grader av sannsynlighet for gjennomføring av tiltak overfor innsatte: «grunn til å anta», «sannsynlig» og «overveiende sannsynlig».²³⁹ Når føringene ikke regulerer et mistankekrav for kroppsvisitasjon, innebærer dette et avvik fra øvrig utforming av regelverket, og dermed også en risiko for vilkårlighet i myndighetsutøvelsen. Man risikerer at det utvikler seg ulike terskler i ulike enheter og på betjentnivå. Vilkaarligheten vil da, i tråd med *Frérot v. France*, kunne gi den innsatte en forsterket følelse av mindreverdighet og vektlegges

²³⁷ Justis- og beredskapsdepartementet (1. februar 2023) side 2, punkt 4.

²³⁸ Jf. punkt 4.1.5 og 4.1.6.

²³⁹ Storvik (2022) side 81.

som moment i retning av krenkelse i helhetsvurderingen etter EMK artikkel 3.²⁴⁰ Samlet tilsier dette at føringene heller ikke på dette punkt er utformet så presist som forholdene tillater.

En ytterligere svakhet ved føringene, særlig for mindreårige innsatte, er at det er en fellesregulering for kroppsvisitasjon av innsatte over og under 18 år. Det er ovenfor kartlagt at det gjelder særskilte forhold som må hensyntas ved inngrep overfor barn.²⁴¹ Rettskildene trekker også samlet i retning av at det er en høyere terskel for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte²⁴² og at kriminalomsorgen må innrette gjennomføringen av kroppsvisitasjon i tråd med den enkelte mindreåriges særskilte behov²⁴³. At føringene ikke særskilt regulerer kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte, innebærer dermed en risiko for at beslutningstaker ikke er seg bevisst de rettslige skranker som gjelder ved kroppsvisitasjon av denne gruppen. Føringene synes altså ikke å gi et tilstrekkelig vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse, herunder mot nedverdiggende behandling. Sett fra den mindreårige innsattes perspektiv, synes dagens regelverk heller ikke å gi tilstrekkelig forutberegnelighet; føringene gir ikke et realistisk bilde av mindreårige innsattes særskilte vern. Føringene synes dermed ikke å være formulert med tilstrekkelig presisjon på dette punkt.

5.2 Vilkårene for kroppsvisitasjon sett i lys av de rettslige skrankene

5.2.1 Reguleringer i tråd med de rettslige skrankene

Punkt 1 i de foreløpige føringene om at mindre inngripende undersøkelsesformer «alltid» skal vurderes før kroppsvisitasjon, synes å være i tråd med de menneskerettslige skrankene.²⁴⁴ Det samme gjelder punkt 2 om at kroppsvisitasjon ikke skal foretas rutinemessig.²⁴⁵

Også punkt 2a om de tilfeller der det foreligger konkrete og alvorlige, sikkerhetsmessige omstendigheter som ikke nødvendigvis kan knyttes til en eller flere identifisert(e) person(er),

²⁴⁰ Jf. punkt 4.1.5.1. Dette ble også vektlagt som et moment i Høyesteretts og Gulatings lagmannsretts vurderinger, jf. punkt 4.1.6.

²⁴¹ Jf. punkt 4.2, særlig punkt 4.2.1, 4.2.5, 4.2.6.2 og 4.2.6.3.

²⁴² Jf. punkt 4.3 med videre henvisninger.

²⁴³ Jf. punkt 4.2.8 med videre henvisninger.

²⁴⁴ Mandelareglene regel 52 nr. 1. Se også punkt 4.1.4.2 om minste inngreps prinsippet som en del av vurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2.

²⁴⁵ I tråd med EMD-praksis må det i så fall foreligge «convincing security needs» for slik omfattende kroppsvisitasjonspraksis, jf. punkt 4.1.5.1.

legger opp til en praksis i tråd med EMD-praksis. Føringerne presiserer at kroppsvisitasjon av flere innsatte, for eksempel i en avdeling, må være begrunnet i konkrete og vektige sikkerhetshensyn, samt at det må gjøres etterprøvbare faglige vurderinger. I tillegg kan omstendigheter av generell karakter, ikke knyttet til en konkret risikosituasjon, ikke tillegges vekt i vurderingen. Det må altså foreligge omstendigheter tilsvarende «convincing security needs».²⁴⁶ I tillegg må det være mulighet for etterprøvbare skjønnsutøvelse på betjentnivå i tråd med *Frérot v. France*.²⁴⁷

5.2.2 Nødvendighetsvilkåret

At det må foretas en nødvendighetsvurdering etter punkt 2 i føringerne er isolert sett i tråd med EMK artikkel 8 nr. 2 og Mandelareglene regel 52 nr. 1.²⁴⁸ Det er likevel grunnlag for enkelte bemerkninger knyttet til vurderingen for mindreårige innsatte.

Etter føringerne skal nødvendighetsvurderingen «i alle tilfeller bero på en konkret og/eller individuell vurdering». Ordlyden trekker i retning av at kriminalomsorgen, i hvert enkelt tilfelle og for hver enkelt innsatt, må vurdere behovet for kroppsvisitasjon. Dette synes å være i tråd med CPTs anbefalinger til Norge om at kroppsvisitasjoner bør gjennomføres «only on the basis of an *individual risk assessment*» (min kursivering).²⁴⁹ Som nevnt har Høyesterett imidlertid fastslått at føringerne, i alle fall for innsatte over 18 år, ikke skal forstås etter sin ordlyd på dette punkt.²⁵⁰

For mindreårige innsatte kan det stilles spørsmålstegn ved om den vurdering Høyesterett legger opp til, er i tråd med det øvrige rettskildebildets særskilte vern av barn. Flere av rettskildene som særskilt regulerer barns rettigheter synes å forutsette et individrettet perspektiv ved håndteringen av barn²⁵¹, samt at det skal gjelde særskilte rutiner for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte²⁵². Dette, for å sikre at barns sårbarhet og særskilte behov for vern ivaretas. Et

²⁴⁶ Jf. punkt 4.1.5.1 om *Van der Ven v. the Netherlands* og *Frérot v. France*.

²⁴⁷ Se også LG-2019-161767 under «Straffutmåling B».

²⁴⁸ Mandelareglene regel 52 nr. 1 oppstiller riktignok, uavhengig av alder, et noe strengere nødvendighetsvilkår, jf. «absolutely necessary».

²⁴⁹ CPT/Inf (2019) 1 side 47, avsnitt 106.

²⁵⁰ Jf. punkt 4.1.6.

²⁵¹ Jf. punkt 4.2.8 med videre henvisninger.

²⁵² Jf. punkt 4.2.4.

manglende individrettet perspektiv ved vurderingen av nødvendigheten av kroppsvisitasjon overfor mindreårige innsatte, innebærer en risiko for at mer generelle betraktninger trekkes inn i nødvendighetsvurderingen. Dette vil kunne være i strid med *Roth v. Germany* om at nødvendigheten av tiltaket må knyttes til noe mer konkret ved den enkelte innsatte.²⁵³ Disse betraktninger indikerer at Høyesteretts vurderingspraksis ikke er egnet til å ivareta mindreårige innsattes særskilte vern etter øvrige rettskilder.

5.2.3 Forholdsmessighetsvilkåret

Etter føringenes punkt 2 må det også foretas en forholdsmessighetsvurdering, det vil si en avveining av nødvendigheten av tiltaket opp mot tiltakets inngripende karakter. Også dette er isolert sett i tråd med vilkårene for inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 2 og Mandelareglene regel 52 nr. 1. Som illustrert i punkt 5.1.3 er det likevel også enkelte svakheter ved føringene på dette punkt. Inneværende punkt behandler manglende retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen i et noe videre perspektiv enn i ovennevnte punkt.

Kroppsvisitasjon er mer inngripende overfor mindreårige.²⁵⁴ I tråd med den snevre forholdsmessighetsvurderingen i EMK artikkel 8 nr. 2 stilles det strengere krav til begrunnelsen for kroppsvisitasjon overfor denne gruppen.²⁵⁵ At det ikke er gitt nærmere føringer for hvilke (motstridende) hensyn som skal avveies, innebærer en risiko for at beslutningstaker ikke i tilstrekkelig grad foretar «[a] fair balance»²⁵⁶ mellom de kryssende hensyn; man risikerer at kontroll- og sikkerhetshensyn fortrenger den innsattes interesser og rettigheter i vurderingen. Dette innebærer i sin tur risiko for uforholdsmessige, og dermed menneskerettsstridige kroppsvisitasjoner etter EMK artikkel 8.

De samme betraktninger gjør seg gjeldende etter EMK artikkel 3, da forholdsmessighetsbetraktninger også er av betydning i vurderingen etter denne bestemmelsen.²⁵⁷ Alder og øvrig sårbarhet er fremhevet som momenter som skal hensyntas i helhetsvurderingen og kan utgjøre

²⁵³ Jf. punkt 4.1.5.1.

²⁵⁴ Jf. punkt 4.2.5 og 4.2.6.2.

²⁵⁵ Jf. punkt 4.1.4.2.

²⁵⁶ Jf. punkt 4.1.4.2.

²⁵⁷ Jf. punkt 4.1.3.2.

«special circumstances» slik at det er en lavere terskel for krenkelse.²⁵⁸ Dette er ikke oppstilt som vurderingsmomenter i dagens føringer, hvilket innebærer en risiko for at beslutningstaker ikke hensyntar sentrale vurderingsmomenter oppstilt av EMD i vurderingen. Dermed er det også en risiko for kroppsvisitasjonspraksis i strid med EMK artikkel 3.

5.2.4 Øvrige bemerkninger

Etter BK artikkel 16 må kriminalomsorgen, for at kroppsvisitasjon skal være et lovlig inngrep, ha hensyntatt barnets beste i vurderingen.²⁵⁹ Nasjonal rett synes å ivareta dette idet hensynet til barnets beste er et pliktig hensyn etter både trinnhøyere rettsnormer²⁶⁰ og straffegjennomføringsregelverket selv²⁶¹. Betydningen av at barnets beste ikke fremgår av straffegjennomføringsloven kommenteres kort i punkt 6.1.

5.3 Kravene til gjennomføringen av kroppsvisitasjon sett i lys av de rettslige skrankene

5.3.1 Reguleringsregler i tråd med de rettslige skrankene

Vedrørende kravene til selve gjennomføringen av kroppsvisitasjon, synes føringene også på flere punkter å være i tråd med de rettslige skrankene i punkt 4. Dette gjelder føringenes punkt 3 om at undersøkelsen «alltid» skal gjennomføres trinnvis, slik at den innsatte aldri er helt naken, men skal få tilbake klær på overkroppen før plagg nedentil fjernes.²⁶² Praksisen tar også høyde for EMDs uttalelser om at kroppsvisitasjonspraksis som innebærer avkledning, må brukes med forsiktighet.²⁶³

Punkt 4 om skillet mellom kroppsvisitasjon og kroppslig undersøkelse er i tråd med skillet mellom strgfjl. §§ 28 og 29 (3), samt kommentarene til de europeiske fengselsreglene regel

²⁵⁸ Jf. punkt 4.1.5.1 om *Frérot v. France*. Se også punkt 4.2.5.

²⁵⁹ Jf. punkt 4.2.6.2.

²⁶⁰ Grl. § 104 (2) og BK artikkel 3 nr. 1.

²⁶¹ Straffegjennomføringsforskriften § 3-1b (1) første punktum og KDI (2018) side 3, punkt (§10a) 5.

²⁶² HR-2021-1155-A avsnitt 62, CPT/Inf (2019) 1 side 47, avsnitt 106 og de europeiske fengselsreglene regel 54 med kommentarer på side 76.

²⁶³ Jf. punkt 4.1.5.1 om *Frérot v. France*.

54²⁶⁴. At det etter samme punkt ikke skal benyttes speil ved gjennomføringen, er ikke regulert i øvrige rettskilder. Det er likevel en regulering til fordel for den (mindreårige) innsatte og anses hensiktsmessig i lys av at kroppsvisitasjon skal gjennomføres så hensynsfullt som mulig²⁶⁵ og på en måte som virker minst mulig pinlig eller nedverdiggende for den innsatte²⁶⁶.

Reguleringen i punkt 5 om at undersøkelsen skal gjennomføres av ansatte med samme kjønn som den innsatte, er i tråd med EMD-praksis²⁶⁷, Mandelareglene regel 52 nr. 1 og de europeiske fengselsreglene regel 54.5. Føringerne åpner for unntak dersom den bemanningsmessige situasjonen medfører dette ikke er mulig. Kroppsvisitasjon vil i slike tilfeller innebære et enda større inngrep overfor den innsatte. Ved anvendelse av unntaket, må det i lys av EMK artikkel 8 nr. 2 og kravet til forholdsmessighet (i snever forstand), derfor stilles tilsvarende strengere krav til nødvendigheten/begrunnelsen for kroppsvisitasjon.²⁶⁸

Jeg forutsetter for øvrig at praktiseringen tilfredsstiller kravene om gjennomføring «in private» og av «trained staff» etter Mandelareglene regel 52 nr. 1. Dette behandles derfor ikke nærmere.

5.3.2 Særskilt om gjennomføring av knebøy

Nasjonal rettspraksis indikerer at kroppsvisitasjon ble gjennomført ved at den innsatte måtte sette seg på huk (dyp knebøy), samt i enkelte tilfeller hoste og/eller bli visuelt undersøkt.²⁶⁹ Føringerne omtaler ikke gjennomføring av kroppsvisitasjon med naken knebøy. Den manglende reguleringen innebærer en risiko for at enkelte fengselsinstitusjoner har fortsatt praksisen med naken knebøy også etter føringerne fra KDI.

Knebøy omfattes av uttrykket «embarrassing positions», og må brukes med forsiktighet²⁷⁰ uavhengig av den innsattes alder. Sett i lys av mindreårige innsattes alder, fysiske og psykiske

²⁶⁴ Side 76.

²⁶⁵ KDI (2008) side 2, punkt 28.2.

²⁶⁶ KDI (2008) side 3, punkt 28.3.

²⁶⁷ Valasinas v. Lithuania.

²⁶⁸ Jf. punkt 4.1.4.2.

²⁶⁹ TOSL-2021-107095 punkt 1.4.1 A-1.4.3 C, LG-2019-161767, HR-2020-2136-A avsnitt 93, HR-2020-2137-A avsnitt 84 og HR-2021-1155-A avsnitt 57.

²⁷⁰ Jf. punkt 4.1.5.1 om Frérot v. France.

sårbarhet og behov for særskilt vern²⁷¹, er det grunn til å vise enda større forsiktighet ved gjennomføringen av knebøy overfor mindreårige innsatte. Barn har behov for særskilt integritetsvern i ungdomsalderen²⁷², samtidig som tiltak overfor mindreårige kan innebære krenkelse av EMK artikkel 3 og 8 alene fordi det er gjennomført overfor barn.²⁷³

Knebøy innebærer et ekstra element av ydmykelse ved gjennomføringen av kroppsvisitasjon og vil kunne ha enda større negativ innvirkning på barn²⁷⁴. EMK artikkel 8 nr. 2, herunder kravet om at det må være en rimelig balanse mellom tiltakets formål/begrunnelse og tiltakets inngripende karakter²⁷⁵, tilsier at det må gjelde strenge vilkår for gjennomføring av knebøy for mindreårige innsatte.

At føringene ikke eksplisitt regulerer gjennomføring av knebøy, innebærer en risiko for at knebøypraksisen varierer fra institusjon til institusjon, herunder at beslutningstaker ikke er seg bevisst den høye terskelen som gjelder for gjennomføring av knebøy generelt, og for mindreårige innsatte spesielt. Dette fremstår uheldig sett i lys av at vilkårlig myndighetsutøvelse er kritisert av både EMD²⁷⁶, Høyesterett og Gulating lagmannsrett²⁷⁷. Den manglende reguleringen av knebøy representerer med dette en svakhet ved føringene.

Vedrørende knebøy med inspeksjon av anus kan dette kun foretas dersom det foreligger «strong and specific suspicions» for at den innsatte gjemmer en ulovlig eller farlig gjenstand i endetarmsåpningen.²⁷⁸ Det er ikke holdepunkter i nasjonal rettspraksis for at knebøy også innebærer direkte besiktigelse av anus. Høyesterett påpeker imidlertid i HR-2021-2136-A avsnitt 93 at knebøy som sådan innebærer en risiko for eksponering av anus. For slike tilfeller må EMDs strenge beviskrav være tilfredsstillt, hvilket underbygger svakhetene ved føringenes manglende regulering av knebøy.

²⁷¹ Dette er vurderingsmomenter i helhetsvurderingen etter EMK artikkel 3, jf. *Frérot v. France* avsnitt 35 og *Khlaifia and others v. Italy* avsnitt 160 (c).

²⁷² Jf. punkt 4.2.6.2.

²⁷³ Jf. punkt 4.2.5.

²⁷⁴ Jf. punkt 4.2.5. Se punkt 4.2.6.4 om konsekvensene av dette i relasjon til formålet med straffegjennomføring.

²⁷⁵ Jf. punkt 4.1.4.2.

²⁷⁶ Jf. punkt 4.1.5.1 om *Frérot v. France*.

²⁷⁷ Jf. punkt 4.1.6.

²⁷⁸ *Frérot v. France* avsnitt 47.

5.4 Kravene til kontrollmekanismer sett i lys av de rettslige skrankene

EMD-praksis oppstiller i tilknytning til lovskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 et krav om at lov- hjemmelen (i tillegg til kravene gjennomgått i punkt 5.1) må gi anvisning på tilstrekkelige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Etter punkt 6 i føringene skal beslutninger om kroppsvi- sitasjon, av hensyn til notoritet, begrunnes og journalføres i kriminalomsorgens kontrollsys- tem. Kravene innebærer at man sikrer notoritet for kroppsvisitasjonsgrunnlaget²⁷⁹ og kan der- med sies å være «a measure of protection»²⁸⁰ for den mindreårige innsatte.

Sivilombudet har imidlertid, i deres vurdering av kriminalomsorgens bruk av telefonkontroll overfor innsatte, fremhevet at beslutning ved enkeltvedtak, herunder klageadgang, er en sær- lig egnet rettssikkerhetsgaranti for innsatte.²⁸¹ Dette innebærer at forvaltningslovens saksbe- handlingsregler og klageadgang kommer til anvendelse, herunder at den mindreårige innsatte har mulighet til å klage på beslutningen og gjennomføringen av kroppsvisitasjonen. Viktighe- ten av klageadgang for fengselsinnsatte er også fremhevet av den polske ombudsmannen og vektlagt av EMD.²⁸² At det ikke gjelder krav om enkeltvedtak innebærer en risiko for at den innsattes rettssikkerhet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i tråd med det innebygde kravet til pro- sessuelle rettssikkerhetsgarantier i EMK artikkel 8 nr. 2.

For mindreårige innsatte har barnekomiteen også eksplisitt fremholdt at barn skal ha mulighet til å klage på avgjørelser som berører dem.²⁸³ Dette må ses i lys av barns sårbarhet, herunder deres behov for og krav på særskilt vern.²⁸⁴ Kravet om begrunnelse og journalføring innebæ- rer ingen klagemulighet og tilfredsstillende følger heller ikke barnekomiteens krav om klage- adgang.

²⁷⁹ Kravene er dermed også egnet til å sikre etterprøvningsbarhet på betjentnivå i tråd med *Frérot v. France*, jf. punkt 4.1.5.1.

²⁸⁰ Jf. punkt 4.1.4.1.

²⁸¹ Sivilombudet (2021). Det er nå innført krav om enkeltvedtak ved telefonkontroll, jf. Justis- og beredskapsde- partementet (1. februar 2023) side 2, punkt 8.

²⁸² Jf. punkt 4.1.5.2.

²⁸³ Jf. punkt 4.2.6.6.

²⁸⁴ Jf. eksempelvis punkt 4.2.5 og 4.2.6.3.

5.5 Oppsummering

Analysen indikerer at føringene på flere punkter er i tråd med de rettslige skrankene. Punkt 5.1 avdekket enkelte svakheter med hensyn til selve utformingen av lovverket i lys av det kvalitative lovskravet. Analysen i punkt 5.2-5.4 avdekket også øvrige svakheter med hensyn til føringenes regulering av vilkår for kroppsvisitasjon, krav til gjennomføringen og prosessuelle rettssikkerhetsgarantier for den mindreårige innsatte. Det er gjennomgående problematisk at det ikke er gitt nærmere retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen og at kroppsvisitasjon ikke er særskilt regulert for mindreårige innsatte. I tillegg er det en svakhet ved føringene at de ikke oppstiller et mistankekrav som vilkår for kroppsvisitasjon, at det ikke er oppstilt et rettslig rammeverk for gjennomføring av knebøy og at mindreårige innsatte ikke er gitt klagemuligheter.

6 Forslag til regelverksendringer

De foreløpige føringene er på flere punkter i tråd med de rettslige skrankene. Inneværende punkt inntar et rettspolitisk perspektiv og presenterer forslag til endringer i kroppsvisitasjonsregelverket ut fra de forbedringspunkter som er identifisert i punkt 5. Også her retter fremstillingen seg på grunn av oppgavens problemstilling hovedsakelig mot mindreårige innsatte. Den vil likevel kunne være veiledende for innsatte over 18 år på enkelte punkter.

6.1 Regulering av kroppsvisitasjon i formell lov

Kroppsvisitasjon bør av flere grunner reguleres i formell lov gitt av Stortinget. Dette vil tilfredsstille det formelle lovskravet i Grl. § 113²⁸⁵, herunder hensynet til demokratisk legitimitet, samt i større grad sikre et tilgjengelig regelverk²⁸⁶. I tillegg er lovarbeid en grundig prosess bedre egnet til å ivareta rettssikkerhetshensyn. Dette fremstår særlig viktig ved inngripende tiltak som kroppsvisitasjon.

At lovteksten er en mer tilgjengelig rettskilde, kan for øvrig begrunne at hensynet til barnets beste bør fremheves som en pliktig vurdering (også) på lovs nivå. Dette vil i større grad sikre ivaretagelse av hensynet, i tråd med nasjonale og internasjonale rettskilder.²⁸⁷

6.2 Krav om individrettet vurdering

For at nødvendighetsvurderingen skal foretas i tråd med øvrige rettskilder²⁸⁸, bør det gjennomføres en mer individrettet vurdering ved kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte. Føringerens punkt 2 bør altså forstås etter sin ordlyd for denne gruppen; kriminalomsorgen må knytte mistanken om ulovlige eller farlige forhold, mer konkret til forhold ved den enkelte innsatte. En slik individrettet vurdering av behovet for kroppsvisitasjon bør, under henvisning til antallet mindreårige innsatte²⁸⁹, for øvrig la seg gjennomføre i praksis. Dersom det er kapasitetshensyn som begrunner Høyesteretts uttalelse om at det ikke kreves en konkret vurdering

²⁸⁵ Jf. punkt 5.1.1.

²⁸⁶ Jf. punkt 5.1.2.

²⁸⁷ Jf. punkt 4.2.1 og 4.2.6.2.

²⁸⁸ Jf. punkt 5.2.2 med videre henvisninger.

²⁸⁹ Jf. punkt 1.3.

for hver enkelt innsatt i det enkelte tilfelle, synes begrunnelsen altså ikke å være treffende for mindreårige innsatte. Det finnes dermed holdepunkter som kan begrunne en avvikende vurderingspraksis for denne gruppen.

Jeg nevner at kriminalomsorgen likevel kan ha et visst behov for å gjennomføre tilfeldige kontroller av innsatte. Dette innebærer et avvik fra en individrettet vurdering av behovet for kroppsvisitasjon og vil kunne være i strid med *Roth v. Germany* som indikerer at kroppsvisitasjoner ikke kan være basert på et tilfeldighetsprinsipp. Tilfeldige kontroller kan likevel bidra til å unngå at innsatte med interesse for innførsel av narkotika, utnytter innsatte som ikke vil være mistenkt for slik innførsel, eksempelvis fordi de ikke er domfelt eller siktet for narkotikalovbrudd.²⁹⁰ Det er typisk de svakere stilte innsatte, som mindreårige innsatte i et voksenfengsel, som risikerer slik utnyttelse. Mindreårige har, som nevnt, behov for og krav på særskilt vern.²⁹¹ De er dermed en viss spenning mellom den rettslige skranken i EMD-praksis og det praktiske behovet for tilfeldige kroppsvisitasjoner. Dette egner seg for nærmere analyse, men behandles ikke ytterligere av plasshensyn.

6.3 Innføring av mistankekrav

6.3.1 Behovet for et mistankekrav

For å unngå vilkårlig myndighetsutøvelse bør det innføres et mistankekrav som vilkår for kroppsvisitasjon. Som antydnet i punkt 5.1.3 gjelder det for øvrige tiltak etter straffegjennomføringsloven, ulike mistankekrav. Eksempelvis er vilkåret for å nekte innsatte å telefonere at det er «grunn til å anta» at telefonsamtalen vil bli misbrukt på en av måtene nevnt i bestemmelsen.²⁹² Dersom kriminalomsorgen vil ta opp telefonsamtalen, må det være «sannsynlig» at den innsatte planlegger å unndra seg straffegjennomføringen.²⁹³ Det gjelder også et vilkår om sannsynlighet for å beslutte at den innsatte, på grunnlag av mistanke om ulovlige stoffer i kroppen, skal plasseres i enerom med spesialtoalett.²⁹⁴

²⁹⁰ Se betraktningene om dette i Storvik (2022) side 301.

²⁹¹ Jf. eksempelvis punkt 4.2.5 og 4.2.6.3.

²⁹² Strgjfl. § 32 (4) første punktum.

²⁹³ Strgjfl. § 32 (5).

²⁹⁴ Strgjfl. § 29 (2).

Kroppsvistasjon er fastslått å være et «highly invasive and potentially debasing» tiltak.²⁹⁵ Sett i lys av de øvrige tiltakenes karakter, bør det også for kroppsvistasjon gjelde et mistankekrav. Et vilkår om en bestemt grad av sannsynlighet for at vedkommende skjuler noe på kroppen vil, sammen med vilkåret om nødvendighet og forholdsmessighet, sette enda klarere rammer for kriminalomsorgens myndighetsutøvelse. I tillegg tilsier hensynet til indre sammenheng og konsistens i regelverket at det bør gjelde et mistankekrav for kroppsvistasjon.

Dette underbygges ytterligere ved at barnevernsloven og psykisk helsevernloven oppstiller et vilkår om «begrunnet mistanke» for kroppsvistasjon.²⁹⁶ Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier også her at det bør gjelde et mistankekrav for kroppsvistasjon av fengselsinnsatte.²⁹⁷

Et mistankekrav vil for øvrig også være egnet til å sikre at kriminalomsorgen foretar en mer individrettet vurdering overfor mindreårige innsatte; det sikrer at vurderingen ikke alene bygger på generelle, overordnede betraktninger, men at beslutningstaker knytter mistanken mer direkte til forhold ved den mindreårige innsatte. Dette vil være i tråd med EMDs praksis for å se hen til forhold ved den enkelte innsatte for å bedømme nødvendigheten av tiltaket²⁹⁸ og vil dermed også kunne redusere risikoen for praktisering av kroppsvistasjon i strid med EMK artikkel 3 og 8.

6.3.2 Hvilken grad av sannsynlighet bør kreves?

Vedrørende hvilken grad av sannsynlighet som bør gjelde i kroppsvistasjonstilfellene, bør tiltakets inngripende karakter, herunder den innsattes behov for vern, være av betydning. Kroppsvistasjon er et svært inngripende tiltak, særlig overfor mindreårige innsatte som har behov for og krav på særskilt vern. Mistankekravet bør gjenspeile dette.

²⁹⁵ Jf. punkt 4.1.4.

²⁹⁶ Bvl. § 10-8 (1) første punktum og phvl. § 4-6 (1) første punktum.

²⁹⁷ Jf. punkt 1.6.3.

²⁹⁸ Jf. punkt 4.1.5.1 og 4.1.5.2.

For kroppslig undersøkelse etter strgf. § 29 (3) gjelder et vilkår om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, jf. «overveiende sannsynlig».²⁹⁹ Kroppslig undersøkelse er mer inngripende enn kroppsvisitasjon. Et vilkår om kvalifisert sannsynlighetsovervekt er altså ikke treffende.

«Grunn til å anta» er den laveste sannsynlighetsgraden. Det må foreligge konkrete, objektive holdepunkter som gir grunn til mistanke; løse antakelser er ikke tilstrekkelig.³⁰⁰ «Sannsynlig» gir anvisning på et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt; konkrete og troverdige opplysninger eller omstendigheter må tilsi at det er mer sannsynlig at de faktiske omstendigheter foreligger, enn at de ikke gjør det.³⁰¹

I forarbeidene til barnevernsloven er det uttalt at «[b]eviskravet «begrunnet mistanke» innebærer at det må foreligge objektive holdepunkter som kan begrunne mistanken i det enkelte tilfellet».³⁰² Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til psykisk helsevernloven³⁰³ og trekker i retning av at det er tilstrekkelig at det er «grunn til å anta» at vedkommende skjuler noe ulovlig eller farlig på kroppen for å kunne gjennomføre kroppsvisitasjon.³⁰⁴ Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier altså at «grunn til å anta» bør gjelde som mistankekrav for kroppsvisitasjon av mindreårige fengselsinnsatte, særlig da formålet med kroppsvisitasjon er felles i alle tre institusjoner; å forhindre innførsel av ulovlige/farlige gjenstander/stoffer.

Det er likevel mulig at et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt er bedre egnet til å ivareta den mindreårige innsattes særskilte behov for vern. Kriminalomsorgen må da ha klarere holdepunkter for å iverksette kroppsvisitasjon. Et sannsynlighetskrav vil for øvrig heller ikke avskjære kriminalomsorgens adgang til å gjennomføre kroppsvisitasjoner. Innføring av et sannsynlighetskrav synes også å være i tråd med straffegjennomføringslovens ulike sannsynlighetsterskler, sett hen til hvilket mistankekrav som gjelder avhengig av de ulike tiltakenes inngripende karakter.

²⁹⁹ Storvik (2022) side 81.

³⁰⁰ Storvik (2022) side 81.

³⁰¹ Storvik (2022) side 81.

³⁰² Prop. 133 L (2020-2021) side 571.

³⁰³ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 162.

³⁰⁴ Også kommentaren til de europeiske fengselsreglene regel 54 oppstiller dette mistankekravet, riktignok uavhengig av den innsattes alder.

Hvilket sannsynlighetskrav som er mest hensiktsmessig, krever likevel mer dyptgående analyse. Av plasshensyn unnlater jeg derfor å angi et bestemt sannsynlighetskrav og nøyer meg med å påpeke at begge sannsynlighetsterskler har gode grunner for seg.

6.4 Innføring av skjerpet nødvendighetsvilkår

6.4.1 Behovet for et skjerpet nødvendighetsvilkår

Det bør også innføres et skjerpet nødvendighetsvilkår. Dette vil, sammen med mistankekravet presentert i punkt 6.3, innebære en høyere terskel for kroppsvisitasjon og tilsvarende et sterkere vern for den mindreårige innsatte. En slik særregulering vil for øvrig tydeliggjøre at kroppsvisitasjon er et svært inngripende tiltak som må brukes med forsiktighet overfor mindreårige. I tillegg vil et skjerpet nødvendighetsvilkår være i tråd med Mandelareglene regel 52 nr. 1 om at kroppsvisitasjon bare skal foretas «if absolutely necessary».

Etter barnevernsloven gjelder imidlertid et alminnelig nødvendighetsvilkår. Dette trekker isolert sett i retning av at føringene slik de er utformet nå, gir mindreårige innsatte et tilstrekkelig vern. Imidlertid må tiltak som griper inn i den personlige integritet, etter psykisk helsevernloven § 4-2 (1) første punktum, innskrenkes til det «strengt nødvendige». Også for øvrige (tvangs)tiltak etter straffegjennomføringsloven, gjelder det et skjerpet nødvendighetsvilkår ved gjennomføring overfor mindreårige innsatte. Utelukkelse av mindreårige fra fellesskapet kan bare besluttes dersom det er «strengt nødvendig»³⁰⁵, mens bruk av tvangsmidler må være «tvingende nødvendig»³⁰⁶.

Utelukkelse og bruk av tvangsmidler er svært inngripende, særlig fordi det ofte er mer langvarige tiltak. Til tross for at kroppsvisitasjon er et tiltak av kortere varighet³⁰⁷, er også dette fastslått å være svært inngripende. Det er altså ikke varigheten av tiltaket som alene avgjør tiltakets inngripende karakter og i forlengelsen av dette, hvor strenge vilkår som oppstilles. Dette underbygges av at vilkårene i § 38 (4) også gjelder ved bruk av håndjern, bodycuff og spyttbeskytter, som iverksettes for en kortere periode. Hensynet til sammenheng i

³⁰⁵ Strgjfl. § 37 (2).

³⁰⁶ Strgjfl. § 38 (4).

³⁰⁷ I HR-2021-1155-A avsnitt 20 ble det lagt til grunn at den innsatte stod helt naken i 10-15 sekunder.

straffegjennomføringsregelverket tilsier altså også at det bør gjelde et skjerpet nødvendighetsvilkår for kroppsvisitasjon av mindreårige innsatte.

6.4.2 Hvilken grad av nødvendighet bør kreves?

Ved innføring av et skjerpet nødvendighetsvilkår må også grad av nødvendighet bestemmes. «Strengt nødvendig» innebærer at manglende gjennomføring av tiltaket vil kunne få svært alvorlige følger og at denne faren må være av kvalifisert art.³⁰⁸ «Tvingende nødvendig» skal tolkes strengt³⁰⁹ og innebærer i relasjon til strgjfl. § 38 (4) at de mest inngripende tvangsmidlene bare skal benyttes som «en siste utvei» for å oppnå formålet³¹⁰.

Under henvisning til at kroppsvisitasjon er et svært inngripende tiltak som berører kjernen av integritetsvernet, kan det argumenteres for at vilkåret «tvingende nødvendig» er treffende. At det ikke gjelder et skjerpet nødvendighetsvilkår etter barnevernsloven trekker imidlertid i retning av at nødvendighetsvilkåret ikke bør være så strengt som «tvingende nødvendig» for mindreårige innsatte.

Det er for øvrig grunn til å tro at «strengt nødvendig» vil gi den mindreårige innsatte et tilstrekkelig vern, særlig sammen med mistankekravet. Kriminalomsorgen må etter dette ha konkrete holdepunkter for at den innsatte skjuler noe ulovlig eller farlig på kroppen og at manglende gjennomføring av kroppsvisitasjon vil kunne få svært alvorlige følger. Et slikt nødvendighetsvilkår vil også være i tråd med psykisk helsevernlovens regulering nevnt ovenfor, slik at det samlet sett synes å foreligge gode grunner for å innføre et vilkår om at kroppsvisitasjon må være «strengt nødvendig».

6.5 Retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen

På bakgrunn av analysen i punkt 5.1.3 og 5.2.3 bør det også gis retningslinjer for forholdsmessighetsvurderingen, særlig under henvisning til at dette (nylig) er gitt for telefonkontroll, som er et mindre inngripende tiltak enn kroppsvisitasjon. For å redusere risikoen for vilkårlighet fremstår det viktig å gi klare føringer for skjønnsutøvelsen, særlig på grunnlag av tiltakets

³⁰⁸ Prop. 135 L (2010-2011) side 181.

³⁰⁹ Prop. 135 L (2010-2011) side 183.

³¹⁰ KDI (2018) side 14, punkt (§10a) 8.11.1.

inngripende karakter. Retningslinjer vil videre kunne sikre en mer balansert forholdsmessighetsvurdering; beslutningstaker får en påminnelse om de ulike motstridende hensyn som gjør seg gjeldende og som skal avveies mot hverandre. Særlig viktig er det å sikre at den mindreårige innsattes alder, interesser og sårbarheter i tilstrekkelig grad hensyntas i vurderingen. På den måten reduseres risikoen for kroppsvisitasjon i strid med menneskerettighetene, eksempelvis EMK artikkel 3 og 8.³¹¹

6.6 Særskilt regulering av knebøy

På bakgrunn av gjennomgangen i punkt 5.3.2 bør kroppsvisitasjonsregelverket særskilt regulere gjennomføring av knebøy. Dette fremstår særlig viktig overfor mindreårige innsatte grunnet deres sårbarhet og den ekstra belastningen gjennomføring av knebøy innebærer.³¹² Klarere rammer vil for øvrig også redusere risikoen for vilkårlig myndighetsutøvelse, samt nedverdiggende behandling i strid med EMK artikkel 3.

For å sikre at knebøy brukes med forsiktighet ved kroppsvisitasjon, bør det innføres særskilte vilkår for slik gjennomføring. På grunn av tiltakets inngripende karakter bør det, i tråd med EMK artikkel 8 nr. 2 og den snevre forholdsmessighetsvurderingen, gjelde et strengt mistankekrav og nødvendighetsvilkår for gjennomføring av knebøy, særlig for mindreårige innsatte. Reguleringen bør også ta høyde for Høyesteretts betraktninger knyttet til risikoen for eksponering av anus ved knebøy³¹³, og i forlengelsen av dette, det strenge beviskravet («strong and specific suspicions») som gjelder i disse tilfellene etter EMD-praksis³¹⁴. Beviskravet er oppstilt uavhengig av alder. At det er en lavere terskel for krenkelse av EMK artikkel 3 for barn³¹⁵, indikerer at det bør gjelde et enda strengere beviskrav for gjennomføring av knebøy for mindreårige innsatte.

Dersom regelverket skal åpne for gjennomføring av naken knebøy overfor mindreårige innsatte, bør adgangen altså være snever. Kriminalomsorgen bør ha sikre, konkrete, objektive holdepunkter for at den mindreårige innsatte skjuler noe i endetarmsåpningen for å beslutte at

³¹¹ Jf. punkt 5.2.3.

³¹² Jf. punkt 5.3.2 med videre henvisninger.

³¹³ Jf. punkt 4.1.6.

³¹⁴ Jf. punkt 4.1.5.1 om Frérot v. France.

³¹⁵ Jf. punkt 4.2.5.

kroppsvistasjonen også skal innebære knebøy. Bare i slike tilfeller vil tiltaket kunne sies å ha en begrunnelse som rettfærdiggjør inngrepet etter EMK artikkel 8 nr. 2.

Det kan for øvrig stilles spørsmålsteget ved hvor formålstjenlig knebøypraksisen er som sådan; er det slik at gjennomføring av knebøy rent faktisk vil avdekke om den innsatte skjuler noe i endetarmsåpningen? Dette er en interessant tematikk, som likevel ikke behandles nærmere av plasshensyn.

6.7 Innføring av vedtaksplikt

For å gi mindreårige innsatte et bedre og mer effektivt vern, foreslås det avslutningsvis å innføre vedtaksplikt for kroppsvistasjon. Det vises til redegjørelsen om prosessuelle rettssikkerhetsgarantier/kontrollmekanismer i punkt 5.4. Da innføring av vedtaksplikt for kriminalomsorgen vil medføre økt ressursbruk på saksbehandling i det daglige arbeidet, kommenterer jeg grunnlaget for og hensiktsmessigheten av et krav om vedtaksplikt noe nærmere. Jeg omtaler også kort forslag til reguleringer som kan virke ressursbesparende.

Definisjonen av enkeltvedtak følger av forvaltningsloven § 2 (1) bokstav b, jf. bokstav a. Av plasshensyn avgrensers jeg mot en detaljgjennomgang av bestemmelsen. Den videre fremstillingen er mer overordnet og belyser øvrige forhold som begrunner at det bør gjelde vedtaksplikt også for kroppsvistasjon av fengselsinnsatte.

Innføring av vedtaksplikt, og dermed klageadgang for mindreårige innsatte³¹⁶, vil være i tråd med flere rettskilder gjennomgått i punkt 4. Jeg viser særlig til barnekomiteens uttalelser om at barn bør ha mulighet til å klage på avgjørelser som gjelder dem selv.³¹⁷ Tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier fremstår også viktig ved kroppsvistasjon under henvisning til tiltakets inngrepende karakter; EMD har klart fastslått at kroppsvistasjon er et inngrep etter EMK artikkel 8³¹⁸ og kan innebære krenkelse av EMK artikkel 3³¹⁹. I tillegg vektlegges rettssikkerhetsgarantier i vurderingen etter begge bestemmelsene.³²⁰

³¹⁶ Forvaltningsloven § 28.

³¹⁷ Jf. punkt 4.2.6.6.

³¹⁸ Jf. punkt 4.1.4.

³¹⁹ Jf. punkt 4.1.5.1.

³²⁰ Jf. punkt 4.1.5.2, 4.1.6 og 5.4 om *Frérot v. France*.

Etterprøvnbarhet er også i kriminalomsorgens egeninteresse. Strengere prosessuelle vilkår for kroppsvisitasjon, herunder strengere krav til begrunnelsen for tiltaket³²¹, sikrer i større grad notoritet for avgjørelsesgrunnlaget. Dette vil gjøre det lettere for staten å sikre seg mot anklager om ulovlig kroppsvisitasjon i strid med menneskerettighetene.³²²

Et ytterligere moment som tilsier at det bør gjelde vedtaksplikt for kroppsvisitasjon, er at det gjelder et slikt krav for andre, mindre inngripende beslutninger/tiltak etter straffegjennomføringsloven. Som eksempel nevnes avgjørelser av permisjonssøknader og rett til å ha PC på cella,³²³ samt beslutninger om telefonkontroll³²⁴. Også for bruk av tvangsmidler gjelder det i utgangspunktet vedtaksplikt.³²⁵ Dette gjelder riktignok ikke ved bruk av hånd- og transportjern, strips, bodycuff, kølle, skjold og gass, under henvisning til tiltakenes art og begrensede varighet.³²⁶ Bruk av disse tvangsmidlene vil ofte kunne ha mer karakter av å være en faktisk handling enn en beslutning, eksempelvis der de brukes i en akutt situasjon for å stanse eller roe ned en innsatt.³²⁷ Kroppsvisitasjon er også en faktisk handling, men behovet vil typisk ikke være av like akutt karakter; beslutningstaker vil ha mulighet til å foreta de nødvendige vurderinger. Når avgjørelseelementet er klart fremtredende, er det gode grunner for at det også bør innføres vedtaksplikt ved kroppsvisitasjon.

Et siste poeng er at både barnevernsloven³²⁸ og psykisk helsevernloven³²⁹ oppstiller vedtaksplikt for kroppsvisitasjon. Dette indikerer at lovgiver ellers har ansett kroppsvisitasjon for å omfattes av enkeltvedtaksdefinisjonen. Når det som nevnt i punkt 1.6.3, ikke er særskilte hensyn som begrunner en avvikende regulering av kroppsvisitasjon av fengselsinnsatte, bør samme rettssikkerhetsgarantier oppstilles for denne gruppen.

³²¹ Se forvaltningsloven § 25.

³²² Se fotnote 162 om bevisbyrden i fengselssaker.

³²³ Storvik (2022) side 91.

³²⁴ Jf. punkt 5.4.

³²⁵ Prop. 143 L (2019-2020) side 36.

³²⁶ KDI (2019) side 4.

³²⁷ Justis- og beredskapsdepartementet (2. februar 2023) side 101.

³²⁸ Bvl. § 10-14 (1) første punktum. Se Prop. 133 L (2020-2021) side 575 om de praktiske virkningene av forvaltningslovens anvendelse.

³²⁹ Phvl. §§ 4A-4 (4) og 4-6 (1) annet og tredje punktum.

Det kan innvendes at effektivitetshensyn vanskeliggjør gjennomføring av vedtaksplikt i praksis, særlig dersom det kreves beslutning, herunder begrunnelse, for hver enkelt kroppsvisitasjon. At det gjelder et krav om vedtaksplikt etter både barnevernsloven og psykisk helsevernloven, underbygger likevel at vedtaksplikt er praktisk gjennomførbart. Også på dette punkt er det av betydning at det i fengselsinstitusjoner dreier seg om et mindre antall mindreårige innsatte.³³⁰

Det finnes riktignok enkelte reguleringer som kan lette gjennomføringen av vedtaksplikt i praksis. Ved telefonkontroll kan det gis beslutning med varighet i opp til seks måneder/ett år, forutsatt at vilkårene i punkt 4 til enhver tid er oppfylt.³³¹ Slik beslutning fattes likevel først etter tre måneder; i den første perioden gjennomføres telefonkontroll uten enkeltvedtak.³³² Dette vil være én måte å unngå at det må fattes beslutning av kroppsvisitasjon i hvert enkelt tilfelle. Samtidig må kriminalomsorgen sikre at vilkårene til enhver tid er oppfylt underveis i den perioden beslutningen gjelder for. Ved svikt i slike rutiner, er det en risiko for at kroppsvisitasjon foretas på et rettsstridig og menneskerettsstridig grunnlag.

Utforming av regelverket ut fra ulike situasjoner som aktualiserer kroppsvisitasjon og en kategorisering av de innsatte i ulike grupper, vil også kunne forenkle beslutningsprosessen. Regelverket vil da, som engelsk kroppsvisitasjonsregelverk³³³, kunne presisere hvilke vilkår som gjelder for kroppsvisitasjon for de ulike gruppene innsatte, i de ulike situasjonene. På den måten tas det høyde for både sårbarheter ved den innsatte og risikoen for innførsel av ulovlige eller farlige gjenstander eller stoffer. Det er imidlertid en risiko for at et slikt regelverk ikke i tilstrekkelig grad er egnet til å ivareta de særskilte forhold som gjør seg gjeldende i den enkelte situasjon eller for den enkelte innsatt, særlig eventuelle sårbarheter. En slik beslutningsprosess står altså i en viss spenning til behovet for en individrettet vurdering som nevnt i punkt 6.2, og illustrerer hvordan hensynet til effektivitet og praktisk gjennomførbarhet vil måtte avveies mot hensynet til den innsattes rettssikkerhet.

Disse betraktninger indikerer at de alternative reguleringene for beslutning av kroppsvisitasjon fortjener nærmere vurdering. Dette vurderes imidlertid ikke nærmere av plasshensyn.

³³⁰ Jf. punkt 1.3.

³³¹ Justis- og beredskapsdepartementet (1. februar 2023) side 2, punkt 7.

³³² Justis- og beredskapsdepartementet (1. februar 2023) side 1, punkt 1.

³³³ Searching Policy Framework (2022) side 27, punkt 4.10.

7 Avsluttende bemerkninger

Det gjør seg gjeldende tunge, motstridende hensyn i kroppsvisitasjonstilfellene. Regelverket og selve praktiseringen av kroppsvisitasjon må bygge på en rimelig balanse mellom disse kryssende hensyn. Fremstillingen har forsøkt å gi et overblikk over de menneskerettslige skranker som gjelder ved kroppsvisitasjon, herunder det særskilte vern som gjelder for mindreårige innsatte. Oppgaven har videre avdekket at dagens rettslige regulering av kroppsvisitasjon (av mindreårige innsatte), på flere punkter innebærer en risiko for at mindreårige innsattes særskilte vern ikke i tilstrekkelig grad ivaretas. Dette fremstår uheldig sett i lys av statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. På denne bakgrunn er det gitt forslag til enkelte regelverksendringer som tar sikte på å bedre mindreårige innsattes rettssikkerhet i møte med statens maktapparat, herunder flere og strengere vilkår for kroppsvisitasjon, klarere rammer for gjennomføringen, samt flere prosessuelle rettsikkerhetsgarantier.

Litteraturliste

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Retttstat og menneskerettigheter*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Aall (2021) Aall, Jørgen. *Retttstat og menneskerettigheter* 2. 1. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2021.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Introduksjon til folkerett». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 357-359.
- Muladal (2022) Muladal, Ane og Bjørnar Tommelstad. «Jonatan-saken: Skal ha blitt nakenvisitert over 60 ganger som mindreårig». *VG*, 7. september 2022.
<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/4odnWa/jonatan-saken-skal-ha-blitt-nakenvisitert-over-60-ganger-som-mindreaarig> hentet 30. januar 2023.
- Sandvig (2021) Sandvig, Jenny. «Karnov lovkommentar til Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms». Artikkel 1. I *Lovdata Pro* (2021) hentet 1. april 2023.
- Storvik (2022) Storvik, Birgitte Langset. *Straffegjennomføring*. 4. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2022.
- Strand (2017) Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinovic Larsen. *Menneskerettigheter i et nøtteskall*. 1. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.

Strand (2019)

Strand, Vibeke Blaker. «FNs menneskerettskonvensjoner og FN-komiteenes håndheving av dem». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 420-451.

Nasjonale rettskilder

Lover og forskrifter

- | | |
|------|--|
| 1814 | Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814. |
| 1967 | Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). |
| 1981 | Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). |
| 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 (menneskerettsloven). |
| 1999 | Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven). |
| 2001 | Lov 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven). |

2002	Forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring.
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
2010	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).
2021	Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven).

Forarbeider

St.meld nr. 13 (1985-1986)	<i>Om narkotikaproblemene og narkotikapolitikken.</i>
Ot.prp. nr. 11 (1998-1999)	<i>Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).</i>
Ot.prp. nr. 5 (2000-2001)	<i>Om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).</i>
Prop. 135 L (2010-2011)	<i>Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff).</i>
Dokument 16 (2011-2012)	<i>Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.</i>
Innst. 186 S (2013-2014)	<i>Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om</i>

grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Prop. 143 L (2019-2020)

Endringer i straffegjennomføringsloven mv. (omorganisering av kriminalomsorgen, bruk av pust- og bevegelsessensor i fengselsceller mv.).

Prop. 133 L (2020-2021)

Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.

Rettspraksis

Rt-2000-996 (Bøhler)

Rt-2000-1811 (Finanger I)

Rt-2010-858

Rt-2014-1105

Rt-2015-93 (Maria)

Rt-2015-844

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2017-569-A

HR-2018-2096

HR-2019-2048-A

HR-2020-2137-A

HR-2020-2136-A

HR-2021-1155-A

LG-2019-161767

LE-2022-106532

TOSL-2021-107095

Styringsverktøy

Justis- og beredskapsdepartementet (1. februar 2023) Justis- og beredskapsdepartementet. *Telefonkontroll i fengsel og innsattes ringekostnader – midlertidige føringer*, brev signert Emilie Mehl, 1.2.2023. 21-2388 – ISV/LLE. <https://www.advokatforeningen.no/contentassets/d5668bda09a14006a3180c576ad346c1/telefonkontroll.pdf> hentet 30 mars 2023.

Justis- og beredskapsdepartementet (2. februar 2023) Justis- og beredskapsdepartementet. *Forslag til endringer i straffegjennomføringsloven og helse- og omsorgstjenesteloven (fellesskap, utelukkelse og tvangsmidler i fengsel)*. [Høringsnotat], 2. februar 2023. <https://www.regjeringen.no/contentassets/5b4b9a24115549068a03f2b737b244d1/forslag-til-endringer-i-straffegjennomforingsloven-og-helse-og-omsorgstjenesteloven-fellesskap-utelukkelse-og-tvangsmidler-i-fengsel.pdf> hentet 30. mars 2023.

- KDI (2008) Kriminalomsorgsdirektoratet. *Retningslinjer til § 28 Undersøkelse av innsatte, rom og eiendeler*, revidert 27. oktober 2008. <https://www.kriminalomsorgen.no/retningslinjer-til-straffegjennomfoeringsloven.5973335-411497.html> hentet 7. mars 2023.
- KDI (2018) Kriminalomsorgsdirektoratet. *Retningslinjer til § 10a Straffegjennomføring for mindreårige innsatte og domfelte*, revidert 1. januar 2018. <https://www.kriminalomsorgen.no/retningslinjer-til-straffegjennomfoeringsloven.5973335-411497.html> hentet 13. februar 2023.
- KDI (2019) Kriminalomsorgsdirektoratet. *Retningslinjer til § 38 Bruk av tvangsmidler i fengsel*, revidert 15. mars 2019. <https://www.kriminalomsorgen.no/retningslinjer-til-straffegjennomfoeringsloven.5973335-411497.html> hentet 24. februar 2023.
- KDI (2020) Kriminalomsorgsdirektoratet. *Foreløpige føringer om undersøkelse av innsatte – Kroppsvisitasjon*, 21. september 2020. 201807861-41. <https://www.kriminalomsorgen.no/kroppsvisitasjon-midlertidige-foeringer-og-debatt.6336530-516313.html> hentet 14. februar 2023.
- KDI (2022) Kriminalomsorgsdirektoratet. *Årsrapport for kriminalomsorgen 2021*, 28. februar 2022. <https://www.kriminalomsorgen.no/statistikk-og-publikasjoner.518716.no.html> hentet 5. april 2023.

Rapporter og statistikk

- Barneombudet (2021) Barneombudet. *Funn etter gjennomgang av saker der barn er fengslet i perioden 2016-2019*. 19/00139-33. Oslo: 4. juni 2021. <https://www.barneombudet.no/uploads/documents/Barneombudet-mener/Innspill-til-myndighetene/2021/Funn-etter-gjennomgang-av-saker-der-barn-er-fengslet-i-perioden-2016-2019.pdf> hentet 13. april 2023.
- Cramer (2014) Cramer, Victoria. *Forekomst av psykiske lidelser hos domfelte i norske fengsler*. 2014-1. Oslo: november 2014. https://sifer.no/wp-content/uploads/2019/08/Forekomst_av_psykiske_lidelser_hos_domfelte_i_norske_fengsler.pdf hentet 11. april 2023.
- KRUS (2019) Kriminalomsorgens høgskole og utdanningscenter KRUS. «Barn skal ikke i fengsel ... men noen barn må .. ». 2019. <https://krus.brage.unit.no/krus-xmlui/bitstream/handle/11250/2629421/Elisabeth2.pdf?sequence=6&isAllowed=y> hentet 24. februar 2023.
- SERAF (2016) Senter for rus- og avhengighetsforskning (SERAF). *Rusmiddelbruk og helsesituasjon blant innsatte i norske fengsel*. Rapport 2/2016. Oslo: 2016. <https://www.med.uio.no/klinmed/forskning/sentre/seraf/publikasjoner/rapporter/2016/nedlastinger/seraf-rapport-nr-2-2016-rusmiddelbruk-og-helsesituasjon-blant-innsatte.pdf> hentet 7. mars 2023.

- Sivilombudsmannen (2017) Sivilombudsmannen. *Besøksrapport Ullersmo fengsel, Ungdomsenhet øst 7.-8. februar 2017*. 2016/3680. Oslo: 2017. <https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2017/06/Ungdomsenhet-%C3%B8st-bes%C3%B8ksrapport-juni-2017.pdf> hentet 24. februar 2023.
- Statistisk sentralbyrå (SSB) Statistisk sentralbyrå, Statistikkbanken, Fengslinger, 10535: Nyinnsettelse, etter type fengsling, alder, kjønn. Absolutte tall. <https://www.ssb.no/stat-bank/list/fengsling/> hentet 30. januar 2023.

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner, forarbeider og øvrig regelverk

- Barnekonvensjonen (BK) *Convention on the Rights of the Child*. 20. november 1989.
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Roma, 4. november 1950.
- Europarådets torturkonvensjon *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Strasbourg 26. november 1987.
- FNs torturkonvensjon *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment – CAT*, New York, 10. desember 1984.
- Konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) *International Covenant on Civil and Political rights*, New York, 16. desember 1966.

Legislative History Vol. II (2007) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Vol. II*, United Nations New York and Geneva, 2007. <https://digitallibrary.un.org/record/602462> hentet 16. april 2023.

Searching Policy Framework (2022) Ministry of Justice and HM Prison and Probation Service. Searching Policy Framework (3. oktober 2022). https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1108864/searching-pf.pdf hentet 18. april 2023.

Wien-konvensjonen (VCLT) *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Wien 23 May 1969.

Rettspraksis

Blokhin v. Russia *Case of Blokhin v. Russia*, no. 47152/06, 23. mars 2016.

Bouyid v. Belgium *Case of Bouyid v. Belgium*, no. 23380/09, 28. september 2015.

Dejneek v. Poland *Case of Dejneek v. Poland*, no. 9635/13, 1. juni 2017.

Dudgeon v. the United Kingdom *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*, no. 7525/76, 22. oktober 1981.

Frérot v. France *Case of Frérot v. France*, no. 70204/01, 12. juni 2007.

Golder v. the United Kingdom	<i>Case of Golder v. the United Kingdom</i> , no. 4451/70, 21. februar 1975.
Gra Stiftung gegen Rassismus and Antisemitismus v. Switzerland	<i>Case of Gra Stiftung gegen Rassismus and Antisemitismus v. Switzerland</i> , no. 18597/13, 9. januar 2018.
Guvek v. Turkey	<i>Case of Guvek v. Turkey</i> , no. 70337/01, 20. januar 2009.
Iwanczuk v. Poland	<i>Case of Iwanczuk v. Poland</i> , no. 25196/94, 15. november 2001.
Jeunesse v. the Netherlands	<i>Case of Jeunesse v. the Netherlands</i> , no. 12738/10, 3. oktober 2014.
Keegan v. Ireland	<i>Case of Keegan v. Ireland</i> , no. 16969/90, 26. mai 1994.
Khan v. France	<i>Case of Khan v. France</i> , no. 12267/16, 28. februar 2019.
Khlaifia and others v. Italy	<i>Case of Khlaifia and others v. Italy</i> , no. 16483/12, 15. desember 2016.
Kruslin v. France	<i>Case of Kruslin v. France</i> , no. 11801/85, 24. april 1990.
Milka v. Poland	<i>Case of Milka v. Poland</i> , no. 14322/12, 15. september 2015.

Munjaz v. the United Kingdom	<i>Case of Munjaz v. the United Kingdom</i> , no. 2913/06, 17. juli 2012.
Mursic v. Croatia	<i>Case of Mursic v. Croatia</i> , no. 7334/13, 20. oktober 2016.
N.H. and others v. France	<i>Case of N.H. and others v. France</i> , no. 28820/13, 75547/13 og 13114/15, 2. juli 2020.
Olsson v. Sweden	<i>Case of Olsson v. Sweden</i> , no. 10465/83, 24. mars 1988.
Rooman v. Belgium	<i>Case of Rooman v. Belgium</i> , no. 18052/11, 31. januar 2019.
Roth v. Germany	<i>Case of Roth v. Germany</i> , no. 6780/18 and 3077/18, 22. oktober 2020.
Selmouni v. France	<i>Case of Selmouni v. France</i> , no. 25803/94, 29. juli 1999.
Stanev v. Bulgaria	<i>Case of Stanev v. Bulgaria</i> , no. 36760/06, 17. januar 2012.
Valasinas v. Lithuania	<i>Case of Valasinas v. Lithuania</i> , no. 44558/98, 24. juli 2001.
Van der Ven v. the Netherlands	<i>Case of Van der Ven v. the Netherlands</i> , no. 50901/99, 4. februar 2003.
Volodina v. Russia	<i>Case of Volodina v. Russia</i> , no. 41261/17, 9. juli 2019.

Wainwright v. the United Kingdom *Case of Wainwright v. the United Kingdom*, no. 12350/04, 26. september 2006.

Wetjen and others v. Germany *Case of Wetjen and others v. Germany*, no. 68125/14 og 72204/14, 22. mars 2018.

Praksis fra internasjonale overvåkningsorganer

CPT/Inf (2012) 21 The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). *Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Netherlands carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 21 October 2011*, Strasbourg: 9 August 2012.

<https://rm.coe.int/1680697829> hentet 31. januar 2023.

CPT/Inf (2015) 1-part The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). *Juveniles deprived of their liberty under criminal legislation, Extract from the 24th General Report of the CPT, published in 2015*, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg: 21 January 2015.

<https://rm.coe.int/16806ccb96> hentet 30. januar 2023.

CPT/Inf (2019) 1 *The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). 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. <https://rm.coe.int/1680909713> hentet 30. januar 2023.

General Comment no. 10

UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 10 (2007): Children's Rights in Juvenile Justice*, CRC /C/GC/10. (25 April 2007) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F10&Lang=en hentet 23. mars 2023.

General Comment no. 12

UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard*, CRC /C/GC/12. (20 July 2009) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F12&Lang=en hentet 27. mars 2023.

General Comment no. 14

UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC /C/GC/14. (29 May 2013) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F14&Lang=en hentet 14. februar 2023.

General Comment no. 20 UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence*, CRC /C/GC/20. (6 December 2016) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F20&Lang=en hentet 23. mars 2023.

General Comment no. 24 UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system*, CRC /C/GC/24. (18 September 2019) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F24&Lang=en hentet 23. mars 2023.

General Comment no. 25 UN Committee on the Rights of the Child (CRC). *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, CRC /C/GC/25. (2 March 2021) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/GC/25&Lang=en hentet 23. mars 2023.

Soft law

Beijingreglene United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) A/RES/40/33 <https://digitallibrary.un.org/record/120958> hentet 27. januar 2023.

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://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae> hentet 27. januar 2023.

Havanareglene

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty A/RES/45/113 <https://digitallibrary.un.org/record/105555> hentet 27. januar 2023.

Mandelareglene

United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules) A/C.3/70/L.3 <https://digitallibrary.un.org/record/805001> hentet 27. januar 2023.

VEDLEGG

Vedlegg 1: Foreløpige føringer om undersøkelse av innsatte – Kroppsvisitasjon, Kriminalomsorgsdirektoratet



Kriminalomsorgsdirektoratet

Kriminalomsorgens regioner
Kriminalomsorgens høyskole og utdanningscenter KRUS

Deres ref:

Vår ref:
201807861-41

Dato:
21.09.2020

FORELØPIGE FØRINGER OM UNDERSØKELSE AV INNSATTE - KROPPSVISITASJON

Bakgrunn

Rutinemessig undersøkelse av innsatte ved kroppsvisitasjon har på bakgrunn av tiltakets inngripende karakter vært gjenstand for jevnlig diskusjon og kritikk, både med hensyn til bruken, gjennomføringsmåten og omfanget av undersøkelser. Problemstillingen er nylig aktualisert ved dom i Gulating lagmannsrett av 10. juli 2020 (LG-2019-161767). Dommen er for ordens skyld vedlagt.

Kriminalomsorgsdirektoratet (KDI) viser også til vår tilbakemelding til Sivilombudsmannen i anledning oppfølging av ovennevnte dom, jf. tidligere oversendt brev av 4. september 2020. Som det fremgår, vil direktoratet påstarte arbeidet med å gjennomgå regelverket om undersøkelse av innsatte ved kroppsvisitasjon, herunder retningslinjene til straffegjennomføringsloven § 28. Regelverksarbeidet vil imidlertid ta noe tid, og det er derfor behov for å gi noen foreløpige føringer på området.

Vi understreker at de føringer som direktoratet kommer med i dette brevet, er av overordnet karakter og ikke gir svar på alle problemstillinger som eventuelt oppstår som følge av endringer i rutiner og praksis. Hensikten er å gi noen umiddelbare føringer for å redusere bruken av kroppsvisitasjon i kriminalomsorgen, herunder for å sikre at vår praksis er i overensstemmelse med Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Vi legger også opp til at kriminalomsorgen i stor grad skal bruke kroppsskannere (sikkerhetsskannere) i forbindelse med undersøkelser av innsatte, som i mange situasjoner vil kunne erstatte behovet for kroppsvisitasjon.

Gulating lagmannsretts dom av 10. juli 2020

Dommen viser med tydelighet at kroppsvisitasjoner kan medføre krenkelse av EMK.

Lagmannsretten kom til at innsatte ble utsatt for nedverdiggende behandling i strid med EMK artikkel 3. Avgjørende for at terskelen var overskredet, var etter lagmannsrettens syn særlig den *rutinemessige* gjennomføring av kroppsvisitasjoner på vei til besøk og ved utgang.

Postadresse:
Postboks 694
4302 Sandnes

Besøkadresse:
Solheimsgata 21, 2000
Lillestrøm

Telefon: 404 38 800
Telefaks: 404 38 801
Org.nr: 911 830 868

Saksbehandler:
Håvard S. Antonsen
E-post: Postmottak-
8005@kriminalomsorg.no

Ved den konkrete vurderingen ble det vektlagt at det var tale om et høyt antall kroppsvisitasjoner, som med få unntak har omfattet fullstendig og ikke trinnsvis avkledding samt ydmykende posisjon og eksponering av anus.

Videre ble det i vurderingen lagt vekt på det fullstendige og rutinemessige fraværet av enhver konkret og individuell risiko- og forholdsmessighetsvurdering, i tillegg til at gjennomføringen av kroppsvisitasjoner fremstår som vilkårlig uten faglig begrunnelse. I tilknytning til det siste viser lagmannsretten til at gjennomføringen av kroppsvisitasjoner håndteres ulikt på betjentnivå.

Rettslige utgangspunkter

Det følger av straffegjennomføringsloven § 28 at kriminalomsorgen kan undersøke innsatte, deres rom og eiendeler for å forebygge uorden eller straffbar handling. Undersøkelsen kan skje ved bruk av teknisk utstyr eller hund, visitasjon eller ved kroppsvisitasjon («stripping»). Vi viser også til forskrift om straffegjennomføring § 3-25 der det i femte ledd er presisert at undersøkelser kan foretas til enhver tid under straffegjennomføringen.

Med utgangspunkt i straffegjennomføringsloven, kan kriminalomsorgen *som utgangspunkt* gjennomføre kroppsvisitasjon både rutinemessig og som stikkprøver eller ved konkret mistanke, med mindre slik undersøkelse er mer omfattende enn nødvendig. Se ellers retningslinjene til straffegjennomføringsloven § 28.

Direktoratet viser videre til EMK artikkel 3, som lyder følgende:

“No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

Bestemmelsen gjelder som norsk rett og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

Vi viser for øvrig til FNs standard minimumsregler for behandlingen av innsatte (Mandelareglene) revidert 22. mai 2015¹, særlig regel 52 nr. 1:

“Intrusive searches, including strip and body cavity searches, should be undertaken only if absolutely necessary. Prison administrations shall be encouraged to develop and use appropriate alternatives to intrusive searches. Intrusive searches shall be conducted in private and by trained staff of the same sex as the prisoner.”

KDIs vurdering

KDI har over lengre tid vært kjent med kritikken i forbindelse med praktisering av rutinemessige kroppsvisitasjoner av innsatte, herunder kritikken fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhet i forbindelse med besøk til fengsler med høyt sikkerhetsnivå. Kriminalomsorgen har tidligere ment at rutinemessige kroppsvisitasjoner kan begrunnes i generelle risikobetraktninger, og dersom det skal være slik at kun individuelle forhold ved innsatte og/eller besøkende utgjør relevante momenter i vurderingen, vil dette kunne langt på vei undergrave det sikkerhetsaspektet som slike undersøkelser er ment å ivareta. KDI mener imidlertid nå at omfanget av praksisen per i dag ikke kan forsvares ut ifra slike betraktninger.

¹ Selv om reglene ikke er ment å være juridisk bindende, er de et uttrykk for konsensus om minimumsregler for behandlingen av innsatte på verdensbasis.

Vi er likevel av den oppfatning at konkrete, sikkerhetsmessige omstendigheter må kunne vektlegges i vurderingen av hvorvidt kroppsvisitasjon er nødvendig, selv om aktuelle opplysninger ikke nødvendigvis kan knyttes til en eller flere identifisert(e) person(er).

Foreløpige føringer

For å innrette kriminalomsorgens praksis i overensstemmelse med EMK, må samtlige regioner følge opp underliggende enheter slik at rutiner og praksis samsvarer med følgende:

1. I enheter der det er anledning til det, skal innsatte *som hovedregel* undersøkes ved bruk av kroppsskanner (sikkerhetsskanner) i følgende tilfeller:

- a. ved ankomst,
- b. før/etter utganger,
- c. før/etter besøk.

Det arbeides for å etablere kroppsskannere (sikkerhetsskannere) i flere enheter.

Også i enheter uten kroppsskanner (sikkerhetsskanner) skal alternative undersøkelsesformer alltid vurderes før kroppsvisitasjon. Dette kan for eksempel være manuell, ytre visitasjon av innsattes klær og gjenstander, undersøkelse ved bruk av teknisk utstyr (metalldetektor) og undersøkelse ved bruk av hund.

2. Kroppsvisitasjon av innsatte, dvs. undersøkelse med avkledding 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 inngrepende karakter.
 - a. Det vil kunne oppstå situasjoner der det foreligger konkrete og alvorlige, sikkerhetsmessige omstendigheter som ikke nødvendigvis kan knyttes til en eller flere identifisert(e) person(er). Et eksempel på dette kan være der et fengsel har mottatt troverdige opplysninger om at det er innført våpen eller annen farlig gjenstand i fengselet, uten at det er kjent hvem eller hvilke innsatte som er involvert. Så lenge det gjøres «etterprøvbare faglige vurderinger»ⁱⁱ og slike omstendigheter er begrunnet i «konkrete og vektige sikkerhetshensyn»ⁱⁱⁱ, må dette etter vår oppfatning kunne vektlegges i vurderingen av hvorvidt det er nødvendig å gjennomføre kroppsvisitasjoner overfor flere innsatte (for eksempel i en avdeling). I dommen fra Gulating lagmannsrett er det også påpekt at systemet med kroppsvisitasjoner ikke kan være for rigid. Direktoratet vil imidlertid presisere at omstendigheter av generell karakter, som ikke kan knyttes til en konkret risikosituasjon, ikke kan tillegges vekt i vurderingen.
3. I tilfeller der kroppsvisitasjon anses som nødvendig, skal undersøkelsen alltid gjennomføres trinnvis. Dette innebærer at innsatte aldri skal være helt naken, men at vedkommende skal få tilbake klær på overkroppen før plagg nedentil fjernes.

ⁱⁱ Se uttalelser i dommen fra Gulating lagmannsrett, jf. lagmannsrettens vurdering under «Straffutmåling B».

ⁱⁱⁱ *ibid.*

4. I tilfeller der kroppsvisitasjon anses som nødvendig, er undersøkelsen begrenset til (trinnvis) avkledding og besiktigelse av naken kropp og hår. Det skal ikke benyttes speil i forbindelse med undersøkelsen.
5. I tilfeller der kroppsvisitasjon anses som nødvendig, skal undersøkelsen gjennomføres av ansatte med samme kjønn som den innsatte, med mindre den bemanningsmessige situasjonen medfører at dette ikke er mulig.
6. Av hensyn til notoritet, skal beslutninger om kroppsvisitasjon begrunnes og journalføres i Kompis.

I Kompis benyttes koden «Beslutning – annen beslutning» til journalføringen. Dersom det i forbindelse med kroppsvisitasjonen gjøres relevante funn, skal dette i tillegg journalføres under enten «Journal – funn av gjenstander på person, plass eller eiendeler – funn ved kroppsvisitasjon» eller «Journal - rusmidler, funn/bruk – funn ved kroppsvisitasjon».

Ovennevnte føringer gjelder umiddelbart og frem til nødvendige endringer, og eventuelle utfyllende presiseringer, gjøres i retningslinjene til straffegjennomføringsloven § 28. Regelverksarbeidet vil bli undergitt høy prioritet.

KDI ber om at brevet viderefremmes til underliggende enheter og at regionalt nivå påser at ovennevnte føringer implementeres i lokale rutiner. Vi ber videre om at Kriminalomsorgens høgskole og utdanningssenter påser at brevet viderefremmes til aktuelle ansatte ved undervisningsstedet og at innholdet legges til grunn for undervisningen.

Med hilsen

Jan-Erik Sandlie
assisterende direktør

Tom A. Enger
avdelingsdirektør

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

Kopi: Sivilombudsmannen (Pb. 3 Sentrum, 0101 Oslo)
Advokatforeningen (Kristian Augusts gate 9, 0164 OSLO)

Vedlegg 2: Statistikk – årlige nyinnsettelse av barn mellom 15-17 år i perioden 2015-2021, tabell 10535, Statistisk sentralbyrå

	Nyinnsettelse						
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Varetekt							
15-17 år							
Begge kjønn	18	26	23	23	34	31	22
Menn	16	24	22	22	32	30	20
Kvinner	2	2	1	1	2	1	2
Fengselsdom, i alt							
15-17 år							
Begge kjønn	1	3	3	3	1	2	4
Menn	1	2	3	3	1	2	3
Kvinner	0	1	0	0	0	0	1