

Retten til familieliv for innsatte og deres pårørende etter EMK art. 8.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 668

Leveringsfrist: 25. November 2011

Til sammen 17 445* ord

25.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1.	Tema og problemstilling	1
1.2.	Avgrensninger	2
1.3.	Rettskilder og metode	3
1.3.1.	Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.	3
1.3.2.	De europeiske fengselsreglene.	4
<u>2</u>	<u>UTGANGSPUNKTET OM RETTEN TIL FAMILIELIV</u>	<u>5</u>
2.1.	Begrepet familie	5
2.2.	Hovedregelen i 1. ledd om borgernes rettigheter og statens plikter.	7
2.2.1.	Borgernes rett	7
2.2.2.	Statens positive og negative plikter.	8
<u>3</u>	<u>INNLEDNING. NÅR ER ET INNGREP BERETTIGET OG HVILKE INNGREP KAN STATEN GJØRE? UNNTAK FRA HOVEDREGELEN I 1. LEDD.</u>	<u>11</u>
3.1.	Betydningen av vanlige følger ved fengslingen for andre konvensjonsrettigheter	11
3.2.	Inherent limitations	13
<u>4</u>	<u>I SAMSVAR MED "LAW"</u>	<u>16</u>
<u>5</u>	<u>I SAMSVAR MED DE LEGITIME HENSYNENE</u>	<u>19</u>
5.1.	Interests of national security	20
5.2.	Public safety og prevention of disorder or crime	20
5.3.	Interests of economic well-being for the country	21
5.4.	Protection of health or morals	21
5.5.	Protection of the rights and freedoms of others	22

5.6. De europeiske fengselsreglene	23
<u>6 NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN/ PROPORSJONALITETSVURDERINGEN.</u>	24
6.1. Statens skjønnsmargin	25
6.2. A pressing social need	27
6.3. Proporsjonalitetsprinsippet	29
<u>7 ER RESTRIKSJONER PÅ FAMILIEBESØK NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN?</u>	32
<u>8 HAR STATEN POSITIVE FORPLIKTELSER NÅR DET GJELDER Å SIKRE GJENNOMFØRINGEN AV BESØKSRETTEEN?</u>	35
<u>9 KORT OM DE PÅRØRENDES ROLLE I SAKEN</u>	38
<u>10 KORT OM SPESIELLE HENSYN FOR VARETEKTSFANGER</u>	41
<u>11 LITTERATURLISTE</u>	43
11.1. Bøker/ Kompendier:	43
11.2. Artikler:	43
11.3. Lover:	44
11.4. Retningslinjer:	44
11.5. Lovkommentarer:	44
11.6. Traktater:	44
11.7. Dommer:	44
11.8. Møtereferater/resolusjoner:	46

1 Innledning

1.1. Tema og problemstilling

Det er spesielt fire hovedbegrunnelser som har vært anført for at samfunnet skal straffe lovbrutere, gjengjeldelse/gjenopprettelse, avskrekkelse (individual- og allmennprevantivt), renovasjon (beskytte samfunnet mot farlige kriminelle) og rehabilitering¹. Rehabilitering har fått økt oppmerksomhet og betydning de siste årene². Myndighetene innretter fengselsregimet slik at den straffedømte gjennom veiledning, avrusning, arbeidstrening osv. forberedes på et lovlydig liv etter endt soning.

I denne oppgaven vil jeg fokusere på en av de faktorene som trekkes frem i rehabiliteringen av innsatte, nemlig kontakten med familien. Innsatte som har stabile forhold rundt seg når de løslates har sannsynligvis større motivasjon for å unngå å bli gjengangere i fengselsstatistikken. De har også sterkere støtte og hjelp når vanskeligheter oppstår og enkelte ellers kunne blitt fristet til å velge kriminalitet på nytt. Et annet aspekt er statistikken som viser at barn av innsatte har økt risiko for selv å ende opp i fengsel³. God kontakt mellom innsatte og familien kan derfor være med på å forebygge fremtidig kriminalitet både blant allerede dømte personer og i etterfølgende generasjoner. Jeg overlater til kriminologene å si noe om sammenhenger og grader av måloppnåelse, eventuelt om det er behov for andre eller mer omfattende tiltak for at målsetningen skal lykkes⁴. Mitt bidrag er å gi en oversikt over innholdet i retten til familieliv for innsatte og deres pårørende slik den er i Europa i dag.

Retten til familieliv er en av de rettighetene som er nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) som Europarådet har utarbeidet. Denne retten tilligger enhver borger og konvensjonsstatenes myndigheter kan som hovedregel ikke vedta lover eller gjøre andre inngrep som begrenser borgernes rettigheter. Men konvensjonen gir selv anvisning på muligheter for noen unntak, dersom disse er i henhold til vilkårene.

Utgangspunktet er at den innsatte har samme rettigheter som andre borgere. Men naturlig nok vil familielivet bli påvirket når en person forlater hjemmet for å oppholde seg i en lukket institusjon. Enhver begrensning i retten til familieliv kan likevel ikke ansees som akseptabel. Spørsmålet blir i hvilken grad staten kan gjøre inngrep i denne retten som følge av fengslingen. Med hvilken begrunnelse kan staten gjøre innskrenkninger i den innsatte og vedkommende families rett til familieliv? Hvor omfattende innskrenkninger må disse borgerne finne seg i? Og kan staten bli pålagt positive forpliktelser for å kompensere for noen av de begrensningene som følger av fengslingen? Forholder det seg annerledes for innsatte som er varetektsfengslet,

¹ Slettan (2001), s. 10-13. Hauge (1996), s. 18-21.

² Dickson v. UK (2007), avsnitt 28.

³ Hamsund (2011) s.9-10.

⁴ Se for eksempel Giertsen (1995).

men enda ikke dømt? Og hvordan forholder det seg når vi snur fokus og ser på den innsattes familie? Også disse må tåle en begrensning i retten til sitt familieliv som følge av den fengsledes handlinger.

Denne oppgaven tar utgangspunkt i retten til familieliv etter EMK art. 8 og relevant praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen for tolkning og presisering av bestemmelsen på straffegjennomføringens område. Formålet er å gi en veiledning i hvordan man går frem for å finne ut om et tilfelle faller inn under retten til familieliv og om retten eventuelt er krenket. Her er det viktig å vite hvilke vurderingsmomenter det er relevant å legge vekt på.

Retten til familieliv kan ha betydning for mange sider ved fengselslivet, først og fremst når det gjelder rett til besøk og permisjoner, eventuelle restriksjoner på disse som glassvegg, forbud mot fysisk kontakt eller overvåking av samtaler, mulighet for ekteskapelig samvær osv. Denne veiledningen skal kunne brukes på alle slike problemstillinger.

Veiledningen er først og fremst aktuell for ulike interesseorganisasjoner og advokater som jobber med denne typen spørsmål. Noen innsatte eller familiemedlemmer kan også ha nytte av den. En slik veiledning bør også være av interesse for dem som utformer og håndhever rettsreglene på dette området. Dersom myndighetene på forhånd har en klar oppfatning av hva som er tillatt i henhold til konvensjonen kan man unngå unødvendige krenkelser senere.

Jeg har i det følgende omtalt flere aspekter av familielivet basert på avgjørelser fra EMD. Disse dommene er først og fremst valgt fordi de sier noe om hvordan domstolen går frem for å avgjøre hva som faller innenfor retten til familielivet. Fremstillingen gir derfor ikke noen fullstendig liste over alle problemstillinger som har, eller kan ha, vært reist. Kommunikasjon i form av telefon og korrespondanse behandles av EMD under retten til korrespondanse som også følger av EMK art. 8. Avgjørelser om dette er derfor bare unntaksvis tatt med i denne fremstillingen.

Siden retten til besøk har stor betydning for mange innsatte har jeg tatt med en egen del der jeg drøfter noen aktuelle problemstillinger knyttet til dette. Her ønsker jeg å trekke ut noen konklusjoner av hva EMD har sagt om retten til besøk spesielt, og drøfte noen problemstillinger som domstolen enda ikke har fått tatt stilling til.

Selv om denne oppgaven har et europeisk perspektiv har jeg flere steder tillat meg å illustrere drøftelsene mine med praktiske eksempler fra problemstillinger som har vært reist og diskutert i Norge. Jeg har gjort dette for å vise at det i den praktiske virkeligheten ikke alltid er like enkelt å veie mellom alle hensynene som oppstår. At Norge er valgt skyldes at jeg har mest kunnskap om forholdene i mitt eget hjemland.

1.2. Avgrensninger

Andre artikler i EMK kan få betydning for anvendelsen av art. 8. Dette gjelder først og fremst art. 1 som sier noe om hvem som er ansvarlig for å sikre rettighetene etter konvensjonen, art. 13 om retten til et effektivt rettsmiddel, art. 14 om forbudet mot diskriminering og art. 15 som sier at det kan gjøres unntak fra bestemmelsene i bl.a. art. 8 i tilfelle krisesituasjoner og

offentlig nødtilstand. Disse bestemmelsene er felles for de fleste artiklene i konvensjonen og problemstillinger knyttet til tolkning, vilkår og rettspraksis for disse er ikke behandlet i denne oppgaven. Det samme gjelder prosessuelle bestemmelser som EMK art. 35 om at alle nasjonale rettsmidler skal være uttømt og at saken må påklages innen 6 måneder etter siste dom er avsagt.

EMK art. 3 omhandler forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Den innsattes kontakt med familien har i flere saker vært brukt som argument i vurderingen av om soningsforholdene har krenket art. 3. Terskelen for krenkelse av art. 3 er strengere enn art. 8 ettersom art. 3 anses som en av de fundamentale rettighetene som ikke kan fravikes selv i krisesituasjoner. Finner EMD krenkelse av art. 3, vurderer de ikke saken på nytt under art. 8⁵. Praksis vedrørende art. 3 kan således gi noe veiledning om når retten til familieliv er krenket. Men siden kontakt med familien vanligvis bare er en av mange momenter i art. 3 vurderingen er det vanskelig å si noe sikkert om overføringsverdien fra enkeltsaker til tolkningen av art. 8. Slike saker er derfor utelatt i denne oppgaven, med mindre det fremgår tydelig av sammenhengen.

Retten til familieliv må sees i sammenheng med art. 12 om retten til å inngå ekteskap og starte en familie. Art. 8 synes å forutsette en allerede eksisterende familieenhet, eller i alle fall potensielle familieband for eksempel mellom et barn og dets biologiske foreldre⁶. Mens art. 12 omhandler ønsket om fremtidige relasjoner. Art. 12 vil ikke bli behandlet direkte i denne oppgaven.

EMK 7. tilleggsprotokoll art. 5 omhandler ektefellers likestilling i forhold til rettigheter og ansvar i ekteskapet og overfor barn. Bestemmelsen understreker at den er av privatrettslig karakter og er derfor ikke relevant for problemstillingen i denne oppgaven.

Denne avhandlingen konsentrerer seg om innsatte som er mistenkt eller dømt for straffbare forhold og den tiden de tilbringer innenfor fengselsmurene. Problemstillinger knyttet til utvisning fra riket som følge av straffbare forhold behandles derfor ikke. Jeg behandler heller ikke internering på annet grunnlag, for eksempel psykisk sykdom, smittefare eller i påvente av behandling av søknader om asyl eller oppholdstillatelse. Spesielt de legitime hensynene kan være svært forskjellig i de ulike tilfellene.

1.3. Rettskilder og metode

1.3.1. Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) avgjørelser er vår beste kilde til hvordan EMK skal tolkes og anvendes. Konvensjonsteksten er kortfattet og inneholder begreper som kan være vanskelige å definere. Domstolen har med sin dynamiske tolkningsstil bidratt til å realisere konvensjonens formål om å gi en effektiv beskyttelse av rettighetene, og

⁵ Eksempelvis Aleksanyan v. Russia (2008), avsnitt 220.

⁶ Jacobs (2010) s. 334 og E.B. v France (2008), avsnitt 41.

å gi konvensjonen et praktisk anvendelsesområde i møte med samfunnet. Domstolen har fremhevet at konvensjonen skal være et levende instrument og at den må tolkes i lys av samfunnsutviklingen⁷.

1.3.2. De europeiske fengselsreglene.

Den 11. januar 2006 vedtok Europarådets ministerkomité "Ministerkomiteens rekommandasjon Rec (2006) 2 til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene". Dette er den siste rekommandasjonen i rekken av flere om ulike forhold ved straffegjennomføring siden 1965. Den nye rekommandasjonen bygger på den generelle utviklingen i Europa på områder som strafferettspolitik, fengselsforvaltning og straffeutmåling siden forrige rekommandasjon fra 1987. Det er samtidig tatt hensyn til relevant praksis fra EMD. Reglene gir en god oversikt over det Europa i dag anser som god straffegjennomføring⁸.

Resolusjonen er ikke bindende⁹ for statene. Men det er eksempler i EMDs praksis¹⁰ på at ikke-bindende traktater, herunder de europeiske fengselsreglene, er brukt for å tolke og presisere konvensjonens innhold. I *Gülmez v. Turkey*¹¹ går domstolen så langt som å be tyrkiske myndigheter om å bringe det nasjonale lovverket i samsvar med prinsippene i spesifiserte bestemmelser i de europeiske fengselsreglene.

⁷ Møse (2002) s. 102.

⁸ Frostad s. 3.

⁹ Det er foreslått å utarbeide en bindende traktat under navnet European Prison Charter, dette arbeidet er foreløpig satt på vent, eventuelt med tanke på å overlate oppgaven til EU. Jf. Europarådet 19. februar 2004 og Europarådet 2. oktober 2006.

¹⁰ Jf. *Enea v. Italy* (2009), *Öcalan v. Turkey* (2005) og *Boguslaw Krawczak v. Poland* (2011).

¹¹ *Gülmez v. Turkey* (2008), avsnitt 63.

2 Utgangspunktet om retten til familieliv

EMK art. 8 1. ledd omhandler fire rettigheter som spesielt tar sikte på å gi individets private rettssfære ekstra beskyttelse. Selv om retten til privatliv, retten til familieliv, retten til hjem og retten til korrespondanse omhandler ulike aspekter av individets rettssfære er grensedragningen mellom dem ikke alltid like tydelig¹². I noen saker virker det som om EMD tillegger de enkelte rettighetene sterkere beskyttelse ved å lese dem i sammenheng, for eksempel retten til korrespondanse mellom familiemedlemmer eller retten til vedkommendes privatliv og familieliv¹³. I denne fremstillingen er det retten til familieliv som skal behandles, men det vil i det følgende noen steder være nødvendig å trekke inn rettspraksis vedrørende retten til korrespondanse mellom den innsatte og dennes familie.

2.1. Begrepet familie

Det aller første man må ta stilling til når man skal vurdere innsattes familieliv er hvilke personer som inngår i vedkommendes familie. Venner, bekjente og andre personer den innsatte måtte ønske å ha kontakt med nyter ikke samme beskyttelse under konvensjonen som den innsattes nærmeste pårørende.

Begrepet familieliv er relativt og vurderes ut fra de faktiske omstendighetene mer enn formell tilknytning¹⁴. Familieliv inkluderer i det minste familiebandene mellom nære slektninger¹⁵. Det er klart at ektefeller innbefattes. Det samme gjelder blodsbandet mellom foreldre og barn og mellom søsken. Familietilhørigheten til et barn foreligger allerede fra det tidspunkt og det faktum at barnet er født, selv om barnet er født utenfor den tradisjonelle familieenheten i et ekteskap¹⁶. Det er også verdt å merke seg at EMD i Dickson v. UK¹⁷, som gjaldt kunstig befruktning for en livstidsdømt, mente at forholdet gikk under retten til familieliv. Myndighetene hadde antydnet at art. 8 ikke kunne anvendes på en situasjon der den innsattes straff er så lang at vedkommende ikke kan forventes å ta del i et eventuelt unnfanget barns liv.

Forholdet mellom adoptivbarn og adoptivforeldre er også omfattet av begrepet familie. Domstolen har ikke tatt stilling til om fosterfamilier er inkludert, men med tanke på at det kan

¹² Møse (2002) s. 400.

¹³ Jacobs (2010) s. 335.

¹⁴ Estrikh v. Latvia (2007), avsnitt 165. Samboerperioden var forøvrig delt opp over tid fra 90-98 ettersom mannen ikke hadde hatt oppholdstillatelse i Latvia i lengre perioder.

¹⁵ Ucar v. Turkey (2006), avsnitt 134.

¹⁶ Estrikh v. Latvia (2007), avsnitt 165.

¹⁷ Dickson v. UK (2007), avsnitt 65-66.

være konkurrerende interesser mellom barnets biologiske familie og fosterfamilien er det antagelig riktig å sortere fosterfamiliens rett til beskyttelse inn under retten til privatliv¹⁸.

Samboerforhold stiller noe svakere enn ektefeller, men dersom den faktiske tilknytningen er sterk nok har EMDs praksis vist at man kan etablere et familieliv også på denne måten. I Petrov v. Bulgaria¹⁹ viser domstolen til tidligere praksis og presiserer at et par som har levd sammen i mange år er å regne som en familie og har samme beskyttelse etter art. 8 selv om de lever utenfor ekteskapet. I Estrikh v. Latvia²⁰ kom domstolen til at samboerskap i 5 år var tilstrekkelig til å regnes som familie.

Homofile par er antagelig fortsatt ikke omfattet av uttrykket familieliv, men er henvist til retten til privatliv²¹.

Praksis har også vist at forholdet mellom fjernere slektninger som besteforeldre, tanter, onkler og søskenbarn kan være sterke nok til at art. 8 kommer til anvendelse i spesielle tilfeller²². Viktige momenter i denne vurderingen er alderen på de aktuelle personene, hvilket økonomisk eller sosialt avhengighetsforhold det er mellom dem, om de har bodd sammen, eventuelt hvor lenge de har bodd fra hverandre, årsaken til adskillelsen og hvem som tok initiativ til separasjonen, forsøk på å opprettholde kontakten til tross for adskillelsen og familiens tradisjonelle betydning i det kulturelle eller religiøse miljøet personene tilhører²³.

Motsatt kan også de faktiske omstendighetene føre til at personer i relasjoner som normalt faller innenfor familiebegrepet blir ansett ikke lenger å utgjøre en familie. Dette kan for eksempel være tilfellet for voksne personer og deres foreldre²⁴. Her spiller de samme vurderingsmomentene som for fjernere slektninger inn.

I Sjakova m.fl. v. Former Yugoslav Republic of Macedonia²⁵ uttaler EMD at å opprettholde kontakt og kommunikasjon mellom foreldre og barn over myndighetsalder, er en privatsak som avhenger av de bånd, eventuelt mangel på slike, som eksisterer internt i familien. Saken gjaldt myndige barn som hadde valgt å flytte fra foreldrene og inn i et religiøst fellesskap.

¹⁸ van Dijk (2006) s. 693.

¹⁹ Petrov v. Bulgaria (2008), avsnitt 51.

²⁰ Estrikh v. Latvia (2007), avsnitt 169.

²¹ Aall (2007) s. 185. Jacobs (2010) s. 337. van Dijk (2006) s. 693. Og E.B. v France (2008) avsnitt 41-43.

²² Aall (2007) s. 185-187.

²³ van Dijk (2006) s. 694- 695.

²⁴ van Dijk (2006) s. 694 sier at foreldre som ønsker å bli gjenforent med et mindreårig barn har en sterkere sak enn om det dreier seg om voksne barn eller søsken. Dette synes også å være oppfatningen til Danelius (2000) s. 239. Opsahl (1996) s. 47-48 sier at man ikke kan vente å få gehør for annet enn kjernefamilien, dvs. foreldre og mindreårige barn. Eksempel tyder på at han først og fremst har innvandringssaker for øye. Han begrunner sine uttalelser bl.a. med at hensynet til utlendingsloven veier tyngre enn "storfamiliens" gjensidige forsørgelsesplikt.

²⁵ Sjakova and others v. Former Yugoslav Republic of Macedonia (2003) i 6. avsnitt under overskriften "The Law".

I *Moustaquim v. Belgium*²⁶ kom domstolen derimot til at saken falt inn under retten til familieliv. Domstolen la vekt på at klager aldri hadde brutt kontakten helt og at han hadde forsøkt å opprettholde kontakten med sine foreldre og 7 søsken gjennom korrespondanse de fem årene han var utvist. Han var myndig da han ble utvist fra landet.

Det må altså bli en konkret vurdering hvorvidt myndige personers relasjoner til sine foreldre og søsken faller inn under familiebegrepet. EMDs praksis har vist mange eksempler der slike relasjoner for innsatte er blitt akseptert²⁷.

2.2. Hovedregelen i 1. ledd om borgernes rettigheter og statens plikter.

Når man vet at en eller flere personer tilhører den innsattes familie, blir neste spørsmål hvilke rettigheter dette gir dem.

2.2.1. Borgernes rett

Hvordan folks familieliv kommer til uttrykk varierer. Helt grunnleggende er den kontakten man har med sine nærmeste. Det å legge grunnlaget for en familie gjennom å bo sammen, inngå ekteskap og få barn er sentralt. Å kunne kommunisere fritt med sine nærmeste er også av stor betydning. Videre er det grunnleggende for utviklingen av familiebandene å kunne ta del i familiens livsløp gjennom barneoppdragelse, markeringer av spesielle anledninger og opprettholdelse av kontakt også med dem man ikke bor sammen med. Sterke familieband fører til at mange opplever det som meningsfullt og nødvendig å være til stede når noen av ens nærmeste er syke eller dør.

Retten til familieliv handler i utgangspunktet om at familier selv velger hvordan, og i hvilken grad, de vil innrette seg i forhold til hverandre og utvikle og vedlikeholde sine relasjoner²⁸. Saksmangfoldet for EMD har vist at familielivet innbefatter mange problemstillinger av veldig ulik karakter, her behandles noen som har spesiell betydning for innsatte og deres familier.

I *Petrov-saken*²⁹ uttalte EMD at enhver fengsling uunngåelig medfører begrensninger i de innsattes familieliv. Likefullt er det en grunnleggende del av den innsattes rett til respekt for sitt familieliv at myndighetene legger forholdene til rette for, og om nødvendig assisterer, slik at kontakten med familien opprettholdes. Det er klart at den innsatte ikke kan kreve et normalt familieliv under fangenskapet. Men det er også klart i lys av EMK art. 8 2. ledd at myndighetene ikke kan gå lenger enn nødvendig i å begrense familielivet (se kap 3).

EMD sier i *Ucar v. Turkey*³⁰ at statens plikt til respekt for familielivet oppstår der det er en direkte og nær sammenheng mellom de mål som vedkommende søker og hans eller hennes familieliv. Respekt for familielivet innebærer en plikt for staten til å handle slik at de tillater

²⁶ *Moustaquim v. Belgium* (1991), avsnitt 35-36.

²⁷ *Boyle and Rice v. UK* (1988) (far), *Estrikh v. Latvia* (2007)(foreldre), *Vlasov v. Russia* (2008) (mor), *Enea v. Italy* (2009) (brors begravelse), *Lorsè and others v. the Netherlands* (2003) (bl.a. 4 myndige barn).

²⁸ *Danelius* (2000) s. 241.

²⁹ *Petrov v. Bulgaria* (2008), avsnitt 51. *Gjentas i Moiysev v. Russia* (2008), avsnitt 246.

³⁰ *Ucar v. Turkey* (2006), avsnitt 134.

familiebåndene å utvikles normalt. De europeiske fengselsreglene³¹ understreker dette ved å si at innsatte skal tillates å kommunisere så ofte som mulig, og at besøksordningen skal være slik at innsatte kan opprettholde og utvikle familierelasjoner på en mest mulig normal måte. EMD har i *Boguslaw Krawczak v. Poland*³² gjentatt prinsippet fra *Petrov* og henvist til den omtalte delen av de europeiske fengselsreglene, for å utdype hva som ligger i at "kontakten med familien opprettholdes".

*Bastone v. Italy*³³ understreker at muligheten for å få besøk av familien i fengselet er en grunnleggende for opprettholdelsen av familielivet.

*Enea v. Italy*³⁴ beskriver inngrep som forbud mot å motta mer enn et vist antall besøk per måned, vedvarende kontroll med korrespondanse og telefonsamtaler. Og i *Moiseyev v. Russia*³⁵ har dommerne i tillegg listet opp restriksjoner på besøkene, overføring til høysikkerhetsavdeling eller spesiell besøksordning.

2.2.2. Statens positive og negative plikter.

Formålet med art. 8 er først og fremst å beskytte individet mot vilkårlig³⁶ ("arbitrary") innblanding fra myndighetenes side³⁷. At staten avstår fra innblanding omtales som statens negative plikter³⁸.

EMD har i flere saker³⁹ uttalt at art. 8 i noen tilfeller også innebærer enkelte positive plikter for staten, selv på områder som berører relasjoner mellom individene.

Selv om fengslingen er den egentlige årsaken til at den innsattes rett til familieliv er begrenset, bruker EMD uttrykkene negative og positive plikter om de begrensninger som pålegges (og de bistandsbehov som oppstår) utover normale følger av fengslingen. I *Dickson*-saken utales det at det kan være en naturlig følge av fengslingen at man ikke kan unnfange barn. Flertallet mener likevel at denne følgen ikke er uunngåelig, ettersom myndighetene kan iverksette tiltak for å avhjelpe denne følgen⁴⁰.

De vanligste problemstillingene som oppstår i forhold til innsattes rett til familieliv er ulike begrensninger som fengselsmyndighetene legger på den innsattes kontakt med familien. Det kan være begrensninger på antall besøk, lengden på besøkene, restriksjoner på tillatt kroppskontakt mellom den innsatte og de besøkende, bruk av fysisk adskillelse i form av glassvegg eller overvåkning av besøket ved at fangevokterne filmer, er til stede og observerer

³¹ Rec(2006)2 punkt 24.1 og 24.4.

³² *Boguslaw Krawczak v. Poland* (2011), avsnitt 107.

³³ *Bastone v. Italy* (2005), 5 avsnitt i art. 8 vurderingen.

³⁴ *Enea v. Italy* (2009), avsnitt 106.

³⁵ *Moiseyev v. Russia* (2008), avsnitt 246.

³⁶ Arbitrary oversettes til norsk vanligvis med vilkårlig eller skjønnsmessig, dette dekker ikke fullt ut meningsinnholdet i ordet slik EMD har brukt ordet.

³⁷ Jf. ordlyden i EMK art. 8 2. ledd.

³⁸ *Møse* (2002) s. 401.

³⁹ Eksempelvis *Kleuver v. Norway* (1999)

⁴⁰ *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 74.

og/eller overhører det som gjøres og sies under besøket. Det samme gjelder også for annen kommunikasjon som telefon eller brev. Dersom disse inngrepene ikke tilfredsstill vilkårene omtalt nedenfor i kapittel 3-6, er det statens negative plikt å unngå slike begrensninger.

Positive plikter kan bl.a. omfatte det å gi den innsatte permisjon, eventuelt med følge fra fengselet, for å besøke en alvorlig syk slektning eller delta i nære familiemedlemmers begravelse. I tilfellet av kvinnelige innsatte som er gravide eller nylig har fått barn kan myndighetenes positive plikter bli svært omfattende⁴¹. I den nevnte Dickson-saken⁴² uttaler EMD at ekteparets ønske om å bli genetiske foreldre ligger innenfor retten til familieliv. Her hadde myndighetene en plikt til å gi den innsatte assistanse slik at han og hans kone kunne ha fått kunstig befruktning⁴³.

I *Öcalan v. Turkey*⁴⁴ var den innsatte anbrakt i et fengsel ute på en øy. Fra faktum fremgår det at familiebesøkene i begynnelsen ofte ble avlyst pga værforholdene, men problemet synes å være løst etter at fengselsbetjentene hadde fått tilgang til et bedre fartøy. Retten kom i denne sammenhengen til at den innsattes rettigheter ikke var krenket. Om myndighetene kunne blitt pålagt en positiv forpliktelse om forholdene ikke hadde bedret seg drøfter jeg under kap 8⁴⁵.

I konvensjonens første leveår var det vanlig bare å pålegge statene negative forpliktelser. I en admissibility avgjørelse fra 1974⁴⁶ sier EMD klart at art. 8 primært har et negativt innhold, og pålegger ikke staten positive forpliktelser i å gjenopprette forholdene for familieliv som allerede er svekket. I senere år har EMDs rettspraksis gått stadig lenger i å pålegge staten positive plikter for hvilke rettigheter de innsatte kan kreve. I *Messina v. Italy*⁴⁷ fra 2000 uttaler EMD at det er en grunnleggende del av den innsattes rett til respekt for sitt familieliv at fengselsmyndighetene bistår ham i å opprettholde kontakten med familien.

Forskjellen på statens positive og negative plikter er ikke alltid like tydelig som man kan få inntrykk av. Og i begge tilfeller er det avgjørende vurderingsmomentet det samme, nemlig å finne balansen mellom de ulike interessene som stilles opp mot hverandre (mer om dette i kap 6.3)⁴⁸. Av denne grunn synes EMD å ha kommet til at det i dag er liten grunn til å trekke noen klare skillelinjer mellom hva som er positive og hva som er negative forpliktelser⁴⁹.

På samme grunnlag kommer jeg for enkelthetskyld i det følgende til å bruke begrepene inngrep og tiltak for begge typer forpliktelser. Jeg skiller altså ikke mellom om inngrepet

⁴¹ Se *Kleuver v. Norway* (1999) for et innblikk i de tiltak norske myndigheter tok for å sikre helsemessige forhold og kontakt mellom den innsatte og sønnen som ble født i varetektstiden.

⁴² *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 66.

⁴³ Retten til familieliv gir ikke i seg selv et krav på assistert befruktning, men siden Storbritannia allerede hadde regler som åpnet for dette kom EMD til at det var en krenkelse ikke å assistere ekteparet slik at de kunne få den samme muligheten.

⁴⁴ *Öcalan v. Turkey* (2005), avsnitt 34 og 194-195.

⁴⁵ Norge har et fengsel som er plassert på ei øy. Bastøy fengsel har sitt eget rederi for drift av ferje til og fra øya. <http://www.bastoyfengsel.no/>

⁴⁶ *X v. Austria* (1974), 2. avsnitt under "the law".

⁴⁷ *Messina v. Italy* (2000), avsnitt 61. Gjentatt i *Lorsé and others v. the Netherlands* (2003), avsnitt 82.

⁴⁸ *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 70.

⁴⁹ *van Dijk* (2006) s. 740.

skyldes en aktiv handling (eks. vedtak om glassvegg for besøkende) som legger begrensninger på den innsattes familieliv. Eller om det er en unnlattelse fra myndighetene som fører til at den innsatte ikke har kunnet ivareta sine rettigheter (eks. unnlatt å legge forholdene til rette for at den innsatte kunne bli far ved hjelp av kunstig befruktning). Med tiltak mener jeg både å legge til rette for at innsatte får mulighet til å opprettholde sitt familieliv (eks. permisjon for å delta i en begravelse) og det å fatte lover, vedtak eller opprette ordninger som kan legge begrensninger på den innsatte (eks. opprette høysikkerhetsavdelinger med skjerpede soningsforholde for høyrisikofanger).

3 Innledning. Når er et inngrep berettiget og hvilke inngrep kan staten gjøre? Unntak fra hovedregelen i 1. ledd.

EMD starter sin vurdering av en sak med å se på om det innklagede forholdet hører hjemme i retten til familieliv. Dette er tilfellet dersom forholdet omfatter personer som har slik tilknytning som omtalt i punkt 2.1 og saken gjelder kontakt som omtalt i pkt 2.2. Deretter fortsetter domstolen med å vurdere om myndighetene har overholdt sine negative eller positive plikter.

Dersom myndighetene har blandet seg inn i familiens rett til uforstyrret kontakt eller ikke bidratt med nødvendig assistanse til å gi den innsatte mulighet til å ivareta vedkommendes rettigheter i følge EMK art. 8 1. ledd, vil domstolen konstatere at det har skjedd et inngrep i deres rett til familieliv. Inngrep oppstår først og fremst som følge av at myndighetene eller personer på deres vegne, som domstoler, politi eller fengselsmyndighetene, vedtar lover, fatter enkeltvedtak om begrensninger eller ilegger straffer og påbud⁵⁰. At domstolen kommer til at det foreligger et inngrep betyr nødvendigvis likevel ikke at det foreligger en krenkelse. Dommerne må da se på om inngrepet er i samsvar med vilkårene i 2. ledd.

Begrunnelsen for å tillate inngrep ligger i behovet for å balansere samfunnets interesser opp mot individets. EMD tar utgangspunkt i en tretrinns prosess når domstolen skal undersøke om inngrepene er i overensstemmelse med art. 8. Vilkårene for at eventuelle inngrep skal ansees berettiget fremgår av 2. ledd. Vilkårene er at inngrepet må være i samsvar med "law". Det må ivareta ett eller flere av nærmere opplistede hensyn. Og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn⁵¹. Vilkårene er kumulative. Vilkårene behandles i samme rekkefølge som i EMDs prosess i kap 4-6.

Det er kun begrunnelsene i 2. ledd som kan rettferdiggjøre inngrep, og begrensningene må ikke brukes til andre inngrep enn de som følger av formålet med bestemmelsen⁵². EMDs praksis viser at de tolker vilkårene for å gjøre unntak fra konvensjonsbestemmelsene strengt⁵³.

3.1. Betydningen av vanlige følger ved fengslingen for andre konvensjonsrettigheter

Enhver fengsling medfører konsekvenser for den innsattes rettigheter og vanlige liv. Følger som innebærer begrensninger på vedkommendes andre konvensjonsrettigheter, herunder

⁵⁰ Handyside v. UK (1976), avsnitt 49-2.

⁵¹ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 246.

⁵² Jacobs (2010) s. 309-311. EMK art. 17 og art. 18.

⁵³ Klass v. Germany (1978).

retten til familieliv, gjør ikke fengslingen ulovlig så lenge fengslingsvedtaket er i samsvar med reglene i art. 5 om retten til frihet. Dette følger av prinsippet om at konvensjonens bestemmelser skal leses i sammenheng⁵⁴.

Når det gjelder saker der den innsattes familieliv har vært begrenset som følge av fengsling, og fengslingen ikke har tilfredsstilt kravene i art. 5, står vi overfor spørsmålet om det foreligger krenkelse av bare art. 5 eller både art. 5 og 8. EMD begynner ofte saker om rettigheter for innsatte med å si at "any detention lawful for the purpose of Article 5 of the Convention, by its nature entail a limitation on private and family life"⁵⁵. Inngrep i andre rettigheter må begrunnes på selvstendig grunnlag. I utgangspunktet har art. 5 bare betydning for fengslingsspørsmålet.

I D.G. v. Ireland⁵⁶ kom EMD til at plasseringen av en mindreårig gutt i fengsel i mangel av annet omsorgstilbud var i strid med art. 5 1. ledd. På spørsmål om krenkelse av art. 8 kom dommerne til at resultatet vedrørende art. 5 ikke gav grunnlag for egen behandling av spørsmålet også under art. 8. Ingen andre grunner førte til krenkelse av art. 8. Tilsvarende henvisninger ble gitt i behandlingen av art. 3 og 14. Dette skulle tilsi at en ulovlig fengsling automatisk absorberer følgene fengslingen må ha hatt også på andre konvensjonsrettigheter. Problemstillingen skal dermed ikke være relevant for spørsmål om retten til familieliv eller art. 8. Dette synes å være konklusjonen også hos van Dijk⁵⁷. Aall mener derimot at konsekvensen av en ulovlig fengsling er en krenkelse av art. 8 som følge av at inngrepet ikke ivaretar et legitimt hensyn⁵⁸.

D.G. ble ikke tilkjent erstatning etter art. 5 5. ledd. Irland hadde ikke inkorporert EMK i den nasjonale lovgivningen, og ettersom fengslingen var i samsvar med Irlands nasjonale lovgivning fikk dette avgjørende betydning for erstatningsspørsmålet. Det fantes heller ikke annet rettslig grunnlag som kunne gi D.G. krav på erstatning for manglende overensstemmelse mellom vilkårene i intern rett og art. 5. Dommerne gav likevel D.G. oppreisning for ikke-økonomisk tap etter EMK art. 41 for art. 3, 8 og 14 som følge av brudd på art. 5 1. ledd⁵⁹. Følgene av den ulovlige fengslingen gav altså ikke grunnlag for å fastslå krenkelse av de andre artiklene, men følgene var nok til å gi erstatning for krenkelse av de samme rettighetene på selvstendig grunnlag.

Prinsippet om at krenkelse av art. 5 ikke gir grunnlag for å behandle art. 8 på nytt for vanlige følger av fengslingen ble gjentatt i Nowicka v. Poland⁶⁰. Saken gjaldt fengslingen av en kvinne i 83 dager for å gjennomgå en rettspsykiatrisk undersøkelse i forbindelse med en sivilsak. Domstolen kom likevel i denne saken til ytterligere krenkelse av art. 8, ettersom familiebesøk

⁵⁴ Danelius (2000) s. 241.

⁵⁵ Lorse and others v. the Netherlands avsnitt 82. Messina v. Italy avsnitt 61-. Van der ven avsnitt 68.

⁵⁶ I D.G. v. Ireland (2002), avsnitt 107.

⁵⁷ van Dijk (2006) s. 716.

⁵⁸ Aall (2007) s. 183.

⁵⁹ D.G. v. UK (2002), avsnitt 123-125.

⁶⁰ Nowicka v. Poland (2002), avsnitt 72.

hadde vært begrenset til 1 gang pr måned i hele perioden. Dette var ikke i samsvar med noen legitim grunnelse, og heller ikke proporsjonalt⁶¹.

3.2. Inherent limitations

På den annen side medfører ikke fengslingen i seg selv at inngrep i de andre rettighetene er tillatt. Det har i alle fall tidligere vært klart at EMD mener at alle inngrep må kunne begrunnes på selvstendig grunnlag⁶². Inngrep i retten til familieliv må derfor være i samsvar med EMK art. 8 2. ledd også der inngrepet er en konsekvens av fengslingen. EMD slo fast i *Hirst v. UK*⁶³ at ingen innsatte mister sine rettigheter etter konvensjonen med unntak av retten til frihet. *Hirst-saken* gjelder den innsattes rett til å stemme, men retten til familieliv og retten til å stifte familie er nevnt blant rettigheter den innsatte har i behold. Prinsippet er gjentatt av flertallet i kammeravgjørelsen og av storkammeret i *Dickson-saken*⁶⁴.

van Dijk mener at det i senere år er kommet signaler som tyder på at domstolen i alle fall et stykke på vei har akseptert det som omtales som "inherent limitations" (iboende begrensninger) på noen områder, først og fremst for innsatte og soldater⁶⁵. EMD sier i bl.a. *Lorsé and others v. the Netherlands*⁶⁶ at de anerkjenner at en viss grad av kontroll med den innsattes kontakt med sin familie er påkrevd uten at dette i seg selv er i strid med konvensjonen. Domstolen vil fortsatt vurdere inngrepene i henhold til art. 8 2. ledd, men intensiteten i dommernes vurderinger er mindre streng. I noen saker viser domspremissene knapt hvilke vurderinger dommerne har foretatt i henhold til 2. ledd⁶⁷.

Hva "inherent limitations" omfatter er ikke helt klart. "Inherent limitations" må avgjøres ut fra mer konkrete retningslinjer enn at fengslingen medfører konsekvenser for retten til familieliv. Bli noen satt i fengsel opphører naturlig nok det vanlige dagliglivet for den innsatte og hans nærmeste. Spørsmålet blir når man passerer grensen for det som ikke er "inherent limitations", og dermed trenger en fylligere vurdering av vilkårene i 2. ledd.

EMD har formulert det som et inngrep som går ut over "ordinary and reasonable requirements of imprisonment"⁶⁸ (almennlige og rimelige betingelser ved fengsling). I *X v. UK*⁶⁹ fremgår det at domstolen sammenligner den konkrete saken med det som normalt aksepteres for vanlige innsatte. Med vanlige innsatte menes formodentlig personer som ikke er underlagt strengere restriksjoner som følge av varetekt eller høyrisikovurderinger. Heller ikke innsatte med lettere

⁶¹ *Nowicka v. Poland* (2002), avsnitt 75, 77.

⁶² van Dijk (2006) s. 749.

⁶³ *Hirst v. UK* (2005), avsnitt 69-71.

⁶⁴ *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 68.

⁶⁵ van Dijk (2006) s. 749.

⁶⁶ *Lorsé and others v. the Netherlands* (2003), avsnitt 82.

⁶⁷ van Dijk (2006) s. 749.

⁶⁸ *Petrov v. Bulgaria* (2008), avsnitt 43. *Silver and others v. UK* (1983), avsnitt 98. *Boyle and Rice v. UK* (1988), avsnitt 74. *Campbell v. UK* (1992), avsnitt 45.

⁶⁹ *X v. UK* (1974), 8. avsnitt etter "the law".

soningsforhold på spesielle overgangsordninger bør inkluderes⁷⁰. Domstolen presiserer ikke hva som anses som normalt eller hvem referansegruppen er. Lorsé- saken tilsier at det er vanlige innsatte i samme land⁷¹.

Ser man hen til Lorse- saken⁷² innebærer dette i alle fall at en viss grad av kontroll med innsattes kontakt med familien er en alminnelig og rimelig betingelse som følge av fengslingen. I Bastone-saken⁷³ sies det at det er en uungåelig konsekvens ved fengsling at man er adskilt fra sin familie og plassert i en viss avstand fra dem. I Boyle and Rice v. UK⁷⁴ fant dommerne at det ikke var en krenkelse for innsatte generelt å være underlagt et regime som begrenset deres rett til besøk til 12 ganger pr år, med en time pr besøk. Sett i lys av Moiseyev-saken⁷⁵ synes det som utviklingen har gått i retning av at normalen nå tilsier en del flere besøk pr år.

van Dijk begrunner sitt syn med å henvise til Campbell v. UK⁷⁶. Petrov-saken⁷⁷ har videreført prinsippene i Campbell-saken. Begge omhandlet kontroll med innsattes korrespondanse med omverdenen som gikk ut over det alminnelige og rimelige. Et spesielt tungtveiende argument synes å ha vært at all korrespondanse ble både åpnet og lest. Jeg tolker Petrov-saken slik at ordinary and reasonable requirements tilsier at fengselsmyndighetene i alle fall bør ha en "reasonable cause" før de kontrollerer den innsattes korrespondanse med sin advokat. Med "reasonable cause" forutsetter domstolen at det må foreligge fakta eller informasjon som er egnet til å overbevise en objektiv observatør om at retten til kommunikasjon blir misbrukt.

Storkammeret viser i Dickson-saken⁷⁸ til at begrunnelsen for inngrep kan følge av de nødvendige og uungåelige konsekvensene av fengslingen, slik dommerne hadde kommet frem til i kammeravgjørelsen. Eller så kan begrunnelsen følge av en adekvat sammenheng mellom begrensningen og omstendighetene ved den innsatte. Myndighetene⁷⁹ hadde argumentert med at tap av mulighetene til å unnfange et barn var en uungåelig og nødvendig konsekvens av fengslingen. Staten fikk ikke medhold i dette av flertallet som sa at vel og merke kunne det være en konsekvens av fengslingen, men uungåelig var den ikke og underla dermed saken full behandling. Dette førte til at i alle fall en av dommerne fra kammersaken skiftet mening og stemte for krenkelse⁸⁰.

Jeg har ikke funnet mye rettspraksis som tilsier at "inherent limitations"-prinsippet har fått stor gjennomslagskraft i EMD. Campbell-saken er fra 1992. Den bygger på tilsvarende

⁷⁰ Boyle and Rice v. UK (1988), avsnitt 84-86 der de ikke fikk medhold i at det var diskriminerende å bli tilbakeført til normale fengselsregimer etter å ha vært underlagt en spesialavdeling med bedre besøks og brev betingelser.

⁷¹ Lorsé and others v. the Netherlands (2003), avsnitt 83.

⁷² Lorsé and others v. the Netherlands (2003), avsnitt 82.

⁷³ Bastone v. Italy (2005), 5. avsnitt i art. 8 vurderingen.

⁷⁴ Boyle and Rice v. UK (1988), avsnitt 74.

⁷⁵ Se min konklusjon i kap 7.

⁷⁶ Campbell v. UK (1992).

⁷⁷ Petrov v. Bulgaria (2008), avsnitt 43 og 44.

⁷⁸ Dickson v. UK (2007), avsnitt 68.

⁷⁹ Dickson v. UK (2007), avsnitt 74.

⁸⁰ Dickson v. UK (2007), Concurring opinion of Judge Sir Nicolas BRATZA.

formuleringer i *Silver v. UK* i 1983. Disse er riktignok videreført i *Petrov-saken* fra 2008. *Hirst-saken* som derimot fastslo at ingen innsatte mister sine rettigheter utenom retten til frihet ble avsagt av Storkammeret i 2005 og gjentatt av Storkammeret i *Dickson-saken* i 2007.

Dersom prinsippet om "inherent limitations" er ment å ha noen betydning for dommernes intensitet i oppgaven med å overvåke myndighetenes anvendelse av konvensjonsrettighetene, må prinsippets anvendelsesområde være svært begrenset. Jeg tolker *Dickson-saken* slik at "inherent limitations" bare kan brukes på saker der det ikke foreligger alternative tiltak for å bøte på konsekvensene. Dersom det foreligger alternative tiltak må forholdet vurderes i forhold til hvor vid statens skjønnsmargin er og om myndighetene har rom til å velge tiltak selv, se kap 6.1. Også i *Bastone-saken* ble det tatt forbehold om at følgene ikke kunne være så omfattende at besøk ble veldig vanskelig eller umulig å gjennomføre. Også denne saken ble underlagt full vurdering.

Tvert i mot synes utviklingen i nyere tid å ha gått i favør av at EMD underlegger familiesaker for innsatte en grundigere granskning. I *Boyle and Rice-saken*⁸¹, fra 1988, uttalte domstolen at riktignok kan spesielle omstendigheter ved den enkelte innsatte gi grunn til å vurdere art. 8 på nytt i forhold til besøk, men generelt er det berettiget å ha felles regler for alle innsatte. Dette forebygger "arbitrary" myndighetsutøvelse og diskriminering.

I *Dickson-saken*⁸² uttaler derimot domstolen at den innsatte beholder alle sine rettigheter etter konvensjonen, slik at eventuelle inngrep må begrunnes i hvert enkelt tilfelle. At britiske myndigheter hadde regler som tillot innsatte å søke om assistert befruktning ble underkjent av dommerne etter at de hadde vurdert reglene som for strenge til å gi de innsatte en reell mulighet for å lykkes.

⁸¹ *Boyle and Rice v. UK* (1988), avsnitt 75.

⁸² *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 68.

4 I samsvar med "law"

Første vilkår i EMK art. 8 2. ledd er at inngrepet må være i samsvar med "law".

Uttrykket "law" er i den norske oversettelsen av konvensjonen blitt til "lov". Dette er i følge EMDs praksis ikke helt dekkende. Rettslig grunnlag eller rettsregel er antagelig bedre uttrykk på norsk.

I *Sunday Times v. UK*⁸³ tolket domstolen uttrykket slik at det omfatter både skrevne og uskrevne rettsregler som for eksempel forskrifter, rundskriv, forvaltningspraksis osv. *Sunday Times*-saken omhandler Art. 10 2. ledd, men domstolen slo fast i *Silver*-saken⁸⁴ at uttrykket "i samsvar med loven" i art. 8 2. ledd skal tolkes i lys av de samme prinsippene som domstolen hadde kommet frem til i *Sunday Times*-saken.

Det rettslige grunnlaget for inngrepet må ha grunnlag i nasjonal rett. Statene har ulike rettsystemer og rettstradisjoner. Så lenge rettsregelen er blitt til på bakgrunn av statens normale rettstradisjon har det ikke betydning om den er basert på for eksempel formell lov, rettspraksis eller nasjonale retningslinjer for forvaltningen. Men rettsregelen må være fattet av kompetent myndighet etter nasjonale regler⁸⁵.

I tillegg til det formelle kravet om at det foreligger et rettslig grunnlag, stiller EMD også kvalitets krav⁸⁶ til rettsregelen. For det første må rettsregelen være tilgjengelig ("adequately accesible") for borgerne. For det andre må rettsregelen være tilstrekkelig presis ("sufficient precision") til at borgerne (for det tredje) kan forutberegne sin stilling ("foreseeability") og tilpasse sin handlemåte i forhold til de følger som det rettslige grunnlaget gir henvisning på. Kravet om tilstrekkelig presisjon er ikke til hinder for at rettsregelen er utformet slik at borgerne kan ha behov for juridisk bistand for å kunne forstå innholdet på mer kompliserte rettsområder. Sist må reglene ivareta borgernes rettsikkerhet i samsvar med formålet om å beskytte dem mot "arbitrary" inngrep fra myndighetenes side⁸⁷.

⁸³ *Sunday Times v. UK* (1979), avsnitt 47.

⁸⁴ *Silver v. UK* (1983), avsnitt 85.

⁸⁵ *Labita v. Italy* (2000), avsnitt 182-183. Vedtak basert på retningslinjer fra justisministeren ble ikke ansett å være "in accordance with law" siden italienske domstoler hadde slått fast at han ikke hadde myndighet til å regulere innsattes rett til korrespondanse.

⁸⁶ *Gülmez v. Turkey* (2008), avsnitt 49.

⁸⁷ *Sunday Times v. UK* (1979), avsnitt 49.

At det rettslige grunnlaget er tilgjengelig innebærer at det må være offentliggjort eller på annen måte vært bekjentgjort slik at borgerne kan gjøre seg kjent med innholdet⁸⁸. De fleste tilfeller der EMD finner krenkelse på grunnlag av tilgjengelighetskriteriet dreier det seg om rundskriv og retningslinjer for tolkning av reglene som er sendt ut fra myndighetene uten at det er gjort tilgjengelig for andre enn de ansatte⁸⁹. Dette var tilfellet i bl.a. Estrikh-saken⁹⁰ hvor domstolen påpekte i skjerpene retning at den interne karakteren på retningslinjene også kunne medføre vanskeligheter med å få prøvd lovligheten av et vedtak for domstolene.

Det er ikke mulig å utforme en rettsregel så presist at den gir absolutt klarhet for et hvert tilfelle som måtte oppstå⁹¹. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Det avgjørende vurderingsmomentet er om regelen gir nok veiledning til at borgerne kan forutse konsekvensene av å handle i tråd med, eller på tvers av rettsregelen, og tilpasse sine handlinger ut fra dette.

For at det rettslige grunnlaget skal overholde kvalitetskravet om å være forutberegnelig ("forseeability") er det viktig at staten gir veiledning for hvordan regelen skal anvendes og tolkes. Dette kan gjøres i egne retningslinjer og rundskriv dersom disse også er tilgjengelig for borgerne⁹². Blir fengselsmyndighetene gitt for vide fullmakter til å bestemme hvordan fengselsregimet skal utformes og til å pålegge restriksjoner, kan resultatet bli krenkelse av de innsattes rettigheter⁹³. Veiledningen må derfor presisere tilstrekkelig klart hvilke formål forvaltningen skal søke å oppnå gjennom fullmaktene de er gitt, og hvilke momenter som skal være med i vurderingen før vedtak fattes.

I *Vlasov v. Russia*⁹⁴ kom domstolen til at fengselsmyndighetenes avslag på familiebesøk innebar krenkelse av retten til familieliv. Fengselsmyndighetene var her gitt fritt spillerom i familiesaker uten at det var presisert under hvilke forhold familiebesøk kunne nektes, hvilke grunner som kunne anføres for en slik nektelse eller hvor lenge avgjørelsen kunne opprettholdes. Det var heller ikke angitt om den innsatte kunne klage på avgjørelsen eller hvem som i så fall var riktig klageinstans. Det rettslige grunnlaget gav derfor ikke med tilstrekkelig klarhet henvisning på omfanget av eller typen skjønnsutøvelse ("scope and manner") fengselsmyndighetene hadde fått fullmakt for. Det minimum av beskyttelse som borgere kan forvente i et demokratisk samfunn var derfor ikke ivarettatt.

For å unngå at fengselsmyndighetenes praksis går ut over de rammer som staten mente å gi dem er det nødvendig at det finnes kontrollmekanismer som sikrer de innsatte beskyttelse mot misbruk⁹⁵. Det kan eksempelvis være materielle begrensninger på at

⁸⁸ Fengslene har vanligvis lover, forskrifter og retningslinjer tilgjengelig i institusjonen og det er ikke uvanlig at de deler ut egne brosjyrer som forklarer de fleste reglene som er aktuelle til nye innsatte.

⁸⁹ Eksempelvis *Silver v. UK* (1983), avsnitt 93

⁹⁰ *Estrikh v. Latvia* (2007), avsnitt 171.

⁹¹ Møse (2011), note 84.

⁹² *Silver v. UK* (1983), avsnitt 88.

⁹³ Se bl.a. *Savenkovas v. Lithuania* (2008), avsnitt 96.

⁹⁴ *Vlasov v. Russia* (2008), avsnitt 125-126.

⁹⁵ van Dijk (2006) s. 745-747.

fengselsmyndighetene ikke kan fatte vedtak for lengre tid enn en viss periode eller at vedtaket ikke kan overstige et vist omfang⁹⁶. Eller det kan være prosessuelle bestemmelser om klageadgang og kontrollmyndigheter, for eksempel domstolskontroll, klagemulighet til overordnet nivå i forvaltningen eller til en egen ombudsmann. Dette må ikke forveksles med EMK art. 13 om retten til effektiv kontroll ved et uavhengig organ som vurderer om tilgangen på kontrollorganet og om prosessen her rent faktisk var effektiv⁹⁷. Art. 8 begrenser seg til å se på rettsregelens kvalitet. I den forbindelse har EMD fremhevet at for at rettsregelen skal være tilstrekkelig presis må det fremgå av det rettslige grunnlaget eller en annen tilgjengelig rettsregel hvem som har kontrollmyndigheten og under hvilke omstendigheter de kan behandle spørsmål som måtte være påklaget eller på annen måte er blitt gjort kjent for kontrollorganet⁹⁸. Først da kan den innsatte forutberegne sin posisjon og hvilke muligheter han har om han mener at myndighetene har overtrådt sine fullmakter.

Et viktig moment i spørsmålet om det foreligger en kontrollmekanisme er om organets avgjørelser er bindende eller veiledende for fengselsmyndighetene og om fengselsmyndighetene vanligvis pleier å rette seg etter organets avgjørelser⁹⁹.

I Moiseyev-saken¹⁰⁰ kom EMD til at det forelå krenkelse for retten til korrespondanse ettersom russiske myndigheter ikke hadde en ordning for effektiv kontroll av fengselsmyndighetenes avgjørelser. Dette hadde ført til ekstraordinære og uvanlige restriksjoner som forbud mot at den innsatte kunne ha mer enn to familiebilder på cella eller oppbevare brev lenger enn 24 timer.

Dersom det fullstendig mangler rettsregler som skal gi konkret og effektiv beskyttelse for retten til familieliv kan art. 8 være krenket. I Ucar-saken¹⁰¹, som gjaldt politiarrest, ble myndighetene dømt for at de ikke hadde sørget for et rettslig grunnlag som regulerte kontakten mellom personer i arrest og familien.

⁹⁶ Messina v. Italy (2000), avsnitt 81.

⁹⁷ Spesielt Silver v. UK (1983), avsnitt 113. Se også Vlasov v. Russia (2008), avsnitt 86 og 153.

⁹⁸ Vlasov v. Russia (2008), avsnitt 125-126. Ostrovar v. Moldova (2006), avsnitt 100.

⁹⁹ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 250.

¹⁰⁰ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 266.

¹⁰¹ Ucar v. Turkey (2006), avsnitt 137, 139-141.

5 I samsvar med de legitime hensynene

Når EMD har slått fast at inngrepet har bakgrunn i et rettslig grunnlag som tilfredsstillende EMDs formelle og kvalitative krav, er neste trinn å undersøke om inngrepet ivaretar en eller flere legitime begrunnelser. Begrunnelsen for å tillate myndighetenes inngrep er som sagt samfunnets behov.

De samfunnsbehovene som myndighetene kan påberope i forhold til retten til familieliv er hensynet til nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, forebygging av uorden eller kriminalitet, beskytte helse og moral, eller beskytte andres rettigheter og friheter¹⁰². Hensynet til landets økonomiske velferd finnes bare i art. 8, de andre hensynene har paralleller i art. 9-11. EMDs praksis vedrørende disse artiklene kan dermed kaste lys også over art. 8.

Listen over hensyn er ansett for å være uttømmende. Men det finnes eksempler i EMDs praksis på at dommerne har slått fast at inngrepet er i samsvar med et hensyn som ikke er direkte oppført i listen¹⁰³. I Dickson-saken¹⁰⁴ sier dommerne at de kan akseptere som legitimt at myndighetene legger vekt på prinsippet om barnets velferd. Det kan tenkes at de mente at dette hensynet sorterer inn under hensynet til andres rettigheter og friheter, men helt passende er det ikke siden barnet her enda ikke var unnfanget og dermed heller ikke kunne ha egne rettigheter¹⁰⁵.

Selv om listen over hensyn er avgrenset, er hensynene allsidige nok til vanligvis å omfatte de aller fleste argumenter som måtte være påberopt. EMD bruker sjelden mye plass på å analysere om begrunnelsene faller innenfor hensynenes rammer, og det må gjerne flere argumenter til enn at det mangler begrunnelse før domstolen finner en krenkelse¹⁰⁶. Myndighetenes argumenter blir i stedet vurdert nærmere under nødvendighetsvilkåret der begrunnelsen vurderes i sammenheng med andre faktorer i saken.

Borgere har flere ganger forsøkt å argumentere med at de legitime hensynene som oppgis av myndighetene i ettertid, ikke er de samme som ble brukt som argument da loven eller

¹⁰² EMK art. 8 2. ledd.

¹⁰³ Jacobs (2010) s.317. Se også kap. 5.5. Protection of the rights and freedoms of others.

¹⁰⁴ Dickson v. UK (2007), avsnitt 76-2.

¹⁰⁵ Se også Harris (2009) s. 349 om en uføds status som "andre".

¹⁰⁶ Jacobs (2010) s. 317 som igjen viser til P. Kempees som uttaler at EMD aldri har kommet til krenkelse bare på grunnlag av manglende legitim begrunnelse.

vedtaket ble vedtatt. Det skal mye til før slike argumenter blir tatt til følge så lenge loven eller vedtaket synes å passe inn under et av hensynene¹⁰⁷.

5.1. Interests of national security

Hensynet til rikets sikkerhet retter seg mot faren for at noen ønsker å erklære krig, kaste regjeringen ved ulovlige midler eller på annen måte undergrave demokratiet. Dette kan være bakgrunnen for noen av de innsatte som er mistenkt eksempelvis for terror eller spionasje. Hensynet er likevel vanligvis mer påberopt før vedkommende blir fengslet, for eksempel når myndighetene ønsker å iverksette overvåkning og avlytning eller for å få avgjort spørsmålet om varetektsfengsling.

5.2. Public safety and prevention of disorder or crime

De hensynene som oftest påberopes i forhold til innsatte er hensynene til å forbygge uro og kriminalitet ("prevent disorder or crime") og hensynet til folkets sikkerhet ("public safety"). Å forebygge uorden og kriminalitet påberopes ofte som grunn i seg selv, mens folkets sikkerhet vanligvis påberopes sammen med andre hensyn, som å forebygge uorden og kriminalitet eller rikets sikkerhet.

I Hirst-saken¹⁰⁸ uttalte EMD at argument for at et inngrep er berettiget kan være hensynet til sikkerheten, herunder forebygging av kriminalitet og uorden, som naturlig nok kan følge av fengslingsgrunnen. Tiltak som faller under disse hensynene kan for eksempel være overføring til høyrisikoavdeling med ekstra sikkerhetstiltak overfor besøkende der det foreligger mistanke om rømningsforsøk¹⁰⁹.

Jacobs trekker et skille mellom å forebygge ("prevention") kriminalitet og det å oppklare ("detection") kriminalitet. Å avsløre eller oppklare kriminalitet skal ikke kunne brukes som begrunnelse for inngrep i art. 8. Jacobs poengterer likevel at skillelinjen er hårfin og at EMD har akseptert innsamling av DNA-prøver og fingeravtrykk under forebygging av kriminalitet¹¹⁰.

For innsattes rett til familieliv er det mange saker som befinner seg i dette grenselandet og som jeg mener er over i kategorien "å oppklare kriminalitet". I Ferla v. Poland¹¹¹ sier dommerne at å nekte den innsattes kone besøk på grunnlag av at hun var vitne i saken, må anses som å være i samsvar med hensynet om å forebygge uorden og kriminalitet. I Messina-

¹⁰⁷ Eks. Hirst v. UK (2005), avsnitt 74-75. Domstolen fant det klargjort at da loven ble utarbeidet, og da vedtaket for den innsatte ble fattet, la myndighetene vekt på at tap av stemmerett skulle være en tilleggsstraff. Under behandlingen i Strasbourg hadde myndighetene argumentert med at tiltaket var nødvendig for å forebygge kriminalitet ved å sanksjonere dømte kriminelles handlinger og samtidig øke folkets ansvarsfølelse og respekt for de rettsstatlige prinsippene ("the rule of law"). De legitime hensynene ble likevel akseptert.

¹⁰⁸ Hirst v. UK (2005), avsnitt 69. Vurderingene vedrørende legitime hensyn gjøres på generelt grunnlag. Saken gjelder først og fremst art. 3 som ikke inneholder noen begrensninger på hvilke legitime hensyn som kan anføres. Denne saken berører ikke art. 8 direkte.

¹⁰⁹ Van der Ven v. the Netherlands (2003), avsnitt 70.

¹¹⁰ Jacobs (2010) s. 320.

¹¹¹ Ferla v. Poland (2008), avsnitt 43.

saken¹¹² aksepterer domstolen at Italienske myndigheter hadde funnet det nødvendig, under henvisning til etterforskningen, å fatte lover som åpnet for strenge begrensninger på retten til familieliv for mafiamedlemmer. Og i BoguslawKrawczak-saken¹¹³ er det risikoen for at den varetekstfengslede skal samkjøre forklaringer ("collude") med medtiltalte eller på annen måte hindre etterforskningen ("obstruct the proceedings") som føres inn under hensynet til å forebygge uorden og kriminalitet. I Kalashnikov v. Russia¹¹⁴ sies det endog at hensynet til å forebygge uorden og kriminalitet kan begrunne et bredere spekter av inngrep for varetektsinnsatte på grunn av risikoen for "collusion".

5.3. Interests of economic well-being for the country

Hensynet til landets økonomiske velferd har også stor praktisk betydning i fengselsaker, men det er få saker der det påberopes under de legitime hensynene. Vanligvis brukes økonomi i stedet som et argument i nødvendighetsvurderingen, både under proporsjonalitetsvurderingen og for om det foreligger "a pressing social need". Det henvises bl.a. til statens interesse i en økonomisk og effektiv administrasjon av fengselsregimet¹¹⁵.

I en admissibility-avgjørelse¹¹⁶ fra 1972 der en livstidsdømt hadde klaget på at han ikke fikk bruke sine oppsparte midler til bl.a. å hjelpe sin syke søster. Staten argumenterte med at innsatte ikke burde tillates å bruke opp sin formue, men at disse skulle spares slik at de kunne sørge for seg selv etter løslatelse. Heller ikke en som var dømt til livstid burde kunne bruke alle sine oppsparte midler. Kommisjonen i plenum gav myndighetene medhold i dette og avviste saken.

I X v. UK¹¹⁷ var økonomi ett av argumentene for å avvise en sak om en innsatts rett til å møte sin familie som var bosatt på Bahamas. Konvensjonen ga ikke rett til å motta økonomisk reisestøtte fra myndighetene for å besøke en innsatt. Det var heller ikke økonomiske midler til at den innsatte kunne føres til Bahamas for å møte sine slektninger. Bahamas hadde ingen institusjon egnet til å internere den innsatte slik at han kunne tilbakeføres dit.

5.4. Protection of health or morals

Her er det snakk om to hensyn, hensynet til helse og hensynet til moral. Det er ikke nødvendig at det aktuelle tiltaket iverksettes for å ivareta begge. Med helse menes både folkets helse generelt og helsen for et enkeltindivid. Med moral har det først og fremst vært saker vedrørende seksuelle forhold som har vært lagt frem for EMD.

I saker vedrørende retten til familieliv for innsatte har disse hensynene hatt liten betydning. Et unntak når det gjelder hensynet til helse er M.C. v. Finland¹¹⁸ som gjaldt en fars rett til å ha

¹¹² Messina v. Italy (2000), avsnitt 67.

¹¹³ Boguslaw Krawczak v. Poland (2011), avsnitt 114.

¹¹⁴ Kalashnikov v. Russia (1999), avsnitt 7-9.

¹¹⁵ Eksempelvis Boyle and Rice v. UK (1988), avsnitt 80,

¹¹⁶ X. v. the Federal republic of Germany (1972), pkt 2 og 5.

¹¹⁷ X v. UK (1974).

¹¹⁸ M.C. v. Finland (2001), 4. avsnitt under overskrift a.

barnet sitt hos seg i fengselet. Her kom EMD til at myndighetenes plassering av barnet i fosterfamilie og vedtak om å nekte far kontakt med barnet til hun selv var gammel nok til å velge var i samsvar med hensynene til helse og andres rettigheter.

Et eksempel hvor hensynet til moral er brukt som begrunnelse er Vlasov-saken¹¹⁹. Russiske myndigheter hadde vedtatt forskrifter for kontroll av innsattes korrespondanse med familien. Brev kunne blant annet nektes sendt om de inneholdt informasjon om en kriminalsak eller "abusive language" (ukvemsord). Dette ble godtatt av EMD.

I en admissibility-avgjørelse¹²⁰ vedrørende retten til å inngå ekteskap i fengsel var hensynet til moral antagelig en av grunnene som lå bak kommisjonens avgjørelse om at det ikke var en krenkelse at britiske myndigheter nektet den innsatte å inngå ekteskap. I følge de opplysninger som var kjent for myndighetene var vedkommende allerede gift i Pakistan. UK hadde regler mot polygami og kommisjonen avviste saken.

Sist kan man vurdere om moral også omfatter folkets meninger om fengselspolitikken. Kriminelle handlinger, og motsatt behandlingen av kriminelle, er egnet til å vekke sterke reaksjoner i befolkningen. Spesielt medieoppslag om at soningsforholdene angivelig er bedre enn forholdene for eksempel på sykehjem vekker stor moralsk indignasjon blant folk. Dette kalles folks rettsfølelse, og speiler hva de mener er riktig og rimelig moralske verdier knyttet til kriminalitet og straff. I Hirst-saken¹²¹ uttalte EMD at ingen deler av konvensjonen åpner for inngrep utelukkende begrunnet med hensynet til hva som kan støte folks rettsfølelse. Inngrep måtte begrunnes også i andre hensyn som for eksempel sikkerhet og forebygging av kriminalitet. Men i Dickson-saken¹²² fortsetter domstolen med å si at den kan akseptere at ivaretagelsen av folks tillit til rettssystemet har en rolle å spille i utviklingen av fengselspolitikken.

5.5. Protection of the rights and freedoms of others

Dette hensynet brukes i to ulike sammenhenger. Først der det kan være en interessekonflikt mellom flere ulike rettigheter og hensyn. Eksempelvis retten til familieliv for enkeltpersoner på den ene siden og samfunnets rett til liv/ rett til eiendom, herunder hensynene til sikkerhet og til å forebygge kriminalitet, på den andre siden.

For det andre brukes hensynet der det er interessekonflikt mellom flere borgere, for eksempel mellom foreldre og barn i saker om omsorgsovertakelse. Under dette hensynet har EMD gått langt i å innføre hensynet til barnets beste som en egen legitim begrunnelse¹²³.

¹¹⁹ Vlasov v. Russia (2008), avsnitt 137.

¹²⁰ X v. UK (1970).

¹²¹ Hirst v. UK (2005), avsnitt 70.

¹²² Dickson v. UK (2007), avsnitt 74-76.

¹²³ Jacobs (2010) s. 323.

I Dickson-saken¹²⁴ kom domstolen til at det er et legitimt formål at myndighetene legger vekt på barns velferd når de utformer de politiske retningslinjene. Myndighetene har positive forpliktelser i å sikre en effektiv beskyttelse av barn som de må ivareta.

I Neulinger and Shuruk v. Switzerland¹²⁵ sier dommerne at konvensjonen ikke kan tolkes i et vakum, men at den må tolkes i sammenheng med generelle prinsipper i internasjonal rett. Sett hen til art. 19, må domstolen gjøre dette etter beste evne innenfor rammen av konvensjonens karakter som en avtale underskrevet av konvensjonsstatene. I proporsjonalitetsvurderingen må målet være å finne balansen mellom foreldrenes, barnets og myndighetenes interesse. Hovedvekten skal likevel ligge på barnets beste. På bakgrunn av dette foretok domstolen en vurdering der Haag- konvensjonen om barne bortføring¹²⁶ spilte en viktig rolle. Hensynet til barnets beste ble til slutt likevel avgjørende for resultatet.

Også i M.C.-saken¹²⁷ gjorde dommerne det klart at hensynet til barnets interesse hadde betydning og kunne utkonkurrere foreldrenes interesser. Her var det hensynene til helse og til andres rettigheter som ble brukt for å begrunne myndighetenes inngrep.

5.6. De europeiske fengselsreglene

I de europeiske fengselsreglene er de legitime hensynene de fleste steder oppsummert med hensynet til orden, sikkerhet, trygghet og disiplin¹²⁸. De legitime hensynene i de europeiske fengselsreglene kan selvsagt ikke utvide myndighetenes handlingsrom utover det som følger av EMK, men det gjenstår å se om ordvalget i rekommendasjonen i fremtiden kan påvirke myndighetenes og EMDs praksis til å innskrenke hvilke legitime hensyn staten kan påberope overfor innsatte.

¹²⁴ Dickson v. UK (2007), avsnitt 76-2.

¹²⁵ Neulinger and Shuruk v. Switzerland (2010), avsnitt 131, 133-134.

¹²⁶ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24

¹²⁷ M.C. v. Finland (2001), 2. og 4. avsnitt under overskrift a.

¹²⁸ De europeiske fengselsreglene, eksempelvis art. 49 og 57.1.

6 Nødvendig i et demokratisk samfunn/ proporsjonalitetsvurderingen.

Når vi har fått klarlagt at inngrepet bygger på et rettslig grunnlag og er i henhold til et eller flere av de legitime begrunnelsene gjenstår siste trinn i EMDs tre-trinns prosess, prøvelsen av vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Dette vilkåret har to sider¹²⁹. For det første må myndighetene vise at de ikke bare har en legitim begrunnelse for å gripe inn i individets rettigheter, det er også nødvendig. For det andre må det vurderes om inngrepets karakter og omfang er proporsjonalt i forhold til de formål myndighetene søker å oppnå¹³⁰. Borgeren må bare akseptere inngrep som er nødvendig av hensyn til samfunnet, og kun i det omfang som må til for at samfunnets behov skal ivaretas.

EMD har sagt at for at det skal være nødvendig å gjøre inngrep i den enkeltes rettigheter må det foreligge "a pressing social need"¹³¹, på norsk noe upresist oversatt til et tvingende samfunnsmessig behov¹³².

Nødvendig er ikke synonymt med uunnværlig ("indispensable"), men det er heller ikke nok at inngrepet er akseptabelt ("admissible"), alminnelig/vanlig ("ordinary"), nyttig ("useful"), fornuftig/rimelig ("reasonable") eller ønskelig ("desirable")¹³³. Hvor stort handlingsrom myndighetene har mellom uunnværlig og ønskelig og hvilke tiltak de kan iverksette avgjøres av proporsjonalitetsprinsippet.

I vurderingen av om det foreligger et slikt behov, hvor stort behovet er, hvilke virkemidler som må iverksettes for å håndtere behovet og om disse virkemidlene er proporsjonale i forhold til de formål man søker å oppnå, har statene en viss skjønnsmargin. Jeg vil først omtale skjønnsmarginen og EMDS rolle i forhold til å føre overoppsyn med statenes vurderinger der myndighetene har en slik margin, før jeg fortsetter med "a pressing social need" og proporsjonalitetsprinsippet. Skjønnsmarginen har betydning for vurderingen i begge aspektene.

¹²⁹ Det er i juridisk teori diskutert hvorvidt necessary in a democratic society og proporsjonalitetsvurderingen er to adskilte vurderinger eller om førstnevnte bare er en underliggende vurdering i proporsjonalitetsvurderingen. Se Jacobs (2010) s. 326. Jeg velger å behandle dem separat for oversiktens skyld.

¹³⁰ Handyside v. UK (1976), avsnitt 49-2.

¹³¹ Olsson v. Sweden (1988), avsnitt 67.

¹³² Bl.a. i Karnov.

¹³³ Handyside v. UK (1976), avsnitt 48-2. Boguslaw Krawczak v. Poland (2011) avsnitt 110.

6.1. Statens skjønnsmargin

EMD mener at myndighetene er de nærmest til å kjenne og forstå forholdene og behovene i sitt eget samfunn¹³⁴. Nasjonale myndigheter er dermed best egnet til å iverksette de nødvendige tiltakene for å ivareta samfunnsbehovene. Skjønnsmarginen er likevel ikke ubegrenset.

EMD har forbeholdt seg retten til å utøve et europeisk overoppsyn med de nasjonale løsningene for å være sikker på at konvensjonsbestemmelsene overholdes. Dette skjer gjennom en vurdering av om myndighetenes begrunnelse for det aktuelle inngrepet er relevant og tilstrekkelig¹³⁵. Domstolen har presisert at deres kontroll ikke er begrenset til å se på om myndighetene har brukt sitt skjønn ("discretion") "reasonably" (fornuftig/rimelig), "carefully" (forsiktig/grundig) eller "in good faith" (i god tro).

Hvor vid skjønnsmargin myndighetene tilstår varierer med en vurdering av saken som helhet. Flere faktorer må trekkes inn i denne vurderingen.

Dersom inngrepet berører spesielt viktige sider ved vedkommendes eksistens eller identitet¹³⁶, eller inngrepet er svært omfattende, blir skjønnsmarginen snevret inn.

Skjønnsmarginen er fortsatt snever der det foreligger en bred enighet mellom konvensjonsstatene om at lignende tilfeller skal løses på en bestemt måte¹³⁷. Er det derimot stor uenighet mellom konvensjonsstatene om spørsmålet, eller det ikke foreligger noen klar oppfatning blant dem, utvides skjønnsmarginen. Dette kan være tilfelle i mange moralske spørsmål, for eksempel om rettigheter for ugifte, for homofile eller ved skilsmisse, abort osv¹³⁸. I spørsmålene om retten til ekteskapelig samvær for innsatte¹³⁹ eller for tilgangen på tilpassede soningsforhold for mødre med små barn¹⁴⁰, har domstolen uttalt at selv om det finnes flere stater som har slike tilbud er det foreløpig ikke vanlig hos flertallet av konvensjonsstatene. Myndighetene har således fått medhold i at det ikke er en krenkelse av retten til familieliv å ikke tilby dette.

Dersom de europeiske fengselsreglene inneholder bestemmelser av betydning for saken, har EMD i flere saker henvist til disse for å vise at det foreligger en allmenn oppfatning på området¹⁴¹.

Skjønnsmarginen utvides også når tiltaket er ment å ivareta enkelte av de legitime hensynene. Det gjelder først og fremst hensynet til rikets sikkerhet. Det samme gjelder der flere rettigheter kommer i interessekonflikt med hverandre, og det må iverksettes tiltak som

¹³⁴ Handyside v. UK (1976) avsnitt 48-2, og Dickson v. UK (2007), avsnitt 78.

¹³⁵ Handyside v. UK (1976), avsnitt 49. Illascu and others v. Moldova and Russia (2004), avsnitt 334.

¹³⁶ Dickson v. UK (2007), avsnitt 78.

¹³⁷ Som eksempel se Öclan v. Turkey (2005), avsnitt 164, om avskaffelse av dødsstraff i Europa.

¹³⁸ Harris (2009) s. 353-354. Dickson v. UK (2007), avsnitt 78.

¹³⁹ Dickson v. UK (2007), avsnitt 81. Kalashnikov v. Russia (2001), avsnitt 7-11.

¹⁴⁰ Kleuver v. Norway (2002), 3. avsnitt under pkt a i seksjon "The Law".

¹⁴¹ Enea v. Italy (2009), avsnitt 101. Gülmez v. Turkey (2008), avsnitt 36, 50, 63.

begrenser den ene for å ivareta den andre¹⁴². Eksempel på dette er ytringsfriheten som kan begrenses for å ivareta hensynet til en rettferdig rettergang, eller på familierettens område der barnets interesser ikke sammenfaller med foreldrenes¹⁴³.

I Enea-saken¹⁴⁴ fremhever EMD at det er essensielt for statene å ha en vid skjønnsmargin i valget av virkemidler for å sikre orden og trygghet i den spesielle konteksten for fengsler. Men dommerne presiserer likevel at "justice can not stop at the prison gate" (rettferdigheten kan ikke stoppe ved fengselsporten).

EMDs viktigste kriterium i vurderingen av om staten har holdt seg innenfor sin skjønnsmargin er om myndighetenes begrunnelse er relevant og tilstrekkelig i forhold til det samfunnsbehov og den/ de legitime begrunnelsene de oppgir nødvendigvis inngrepet¹⁴⁵. Statens skjønnsmargin skal heller ikke være så vid at myndighetene kan vedta tiltak som effektivt huler ut essensen i de enkelte rettighetene¹⁴⁶.

Skjønnsmarginen tilstås både den lovgivende myndighet og de organer som tolker og anvender lovverket, herunder domstolene. EMD er ikke en ankeinstans over nasjonale myndigheter (fjerde instansprinsippet). EMD vil derfor ikke vurdere om det er begått feil under den nasjonale behandlingen av saken. EMDs rolle er å kontrollere at de nasjonale avgjørelsene er i samsvar med konvensjonsrettighetene og ivaretar grunnleggende demokratiske verdier, definert som bl.a. "pluralism" (mangfold), "tolerance" (toleranse), "broadmindedness" (frisinn)¹⁴⁷, "equality" (likhet), "liberty" (frihet) og "encouraging to self-fulfilment" (oppfordring til (demokratiets) selvoppholdelse)¹⁴⁸.

At EMD ikke er en fjerdeinstans fremgår også når det gjelder vurderingen av bakgrunnen for de fakta som myndighetene har basert sin begrunnelse på¹⁴⁹. Mange saker angående straffegjennomføring gjelder tilfeller der den innsatte er underlagt strenge tiltak som følge av unndragelsesrisiko. I disse sakene¹⁵⁰ har EMD lagt til grunn at det foreligger en fluktrisiko uten å be om at myndighetene fremlegger dokumentasjon på dette. Domstolen uttaler i disse sakene at det er nasjonale myndigheters oppgave å fremskaffe fakta og at domstolen forutsetter at myndighetene har basert seg på disse når de fatter vedtak. Domstolens oppgave er å forsikre seg om at myndighetene ikke har fattet vedtak på skjønsmessig ("arbitrary") grunnlag på bakgrunn av det faktum som foreligger.

Også når det gjelder tolkningen av nasjonale lover avstår EMD fra å gjøre sine egne vurderinger. Dommerne legger til grunn det nasjonale domstoler må ha sagt om forståelsen av

¹⁴² Harris (2009), s. 354-355.

¹⁴³ M.C. v. Finland (2001), pkt a avsnitt 2.

¹⁴⁴ Enea v. Italy (2009), avsnitt 105.

¹⁴⁵ Handyside v. UK (1976), avsnitt 50-2.

¹⁴⁶ Gülmez v. Turkey (2008), avsnitt 35.

¹⁴⁷ Handyside v. UK (1976), avsnitt 48-3, 49-1, 49-2 og 50-1. Dickson (2007), avsnitt 75-2.

¹⁴⁸ Jacobs (2010) s. 327.

¹⁴⁹ Silver v. UK (1983) avsnitt 97. X v. United Kingdom (1970), 2. avsnitt under "the law".

¹⁵⁰ Lorse and others v. The Netherlands (2003), avsnitt 67, 85. Van der Ven v. The Netherlands (2003), avsnitt 71. Harris (2009) s. 357.

lovene. Som eksempel kan man bruke *Labita v. Italy*¹⁵¹ der EMD kom til at det rettslige grunnlaget ikke var i samsvar med "law", ettersom nasjonale domstoler hadde slått fast at Justisministeren ikke hadde myndighet til å fatte de aktuelle retningslinjene.

Noen ganger kommer EMD likevel fram til at myndighetenes argumentasjon ikke er holdbar. I *Labita-saken*¹⁵² hadde myndighetene pålagt en person, mistenkt for mafiakriminalitet, forebyggende tiltak i 3 år. Tiltakene innebar at han og hans familie måtte bosette seg i et bestemt geografisk område, nattlig husarrest og føringer på hvem han kunne omgås. Mesteparten av anklagene mot borgeren hadde falt bort under straffesaken på grunn av omstendigheter ved et av vitnene, og han var derfor uten kriminelt rulleblad. EMD mente vedtaket antagelig var fattet på bakgrunn av de opprinnelige mistankene mot tiltalte, mistanker han ble frifunnet for. Det eneste argumentet som gjensto for å vedta de forebyggende tiltakene, var at tiltaltes kone var søster av en mafiaboss. Denne begrunnelsen var ikke egnet til å rettferdiggjøre de inngrepene som myndighetene hadde vedtatt.

Det er viktig for domstolen at deres kontroll med myndighetenes håndtering av menneskerettighetene gir et effektivt vern av rettighetene. Det har derfor vært viktig for dommerne å understreke at de baserer seg på alle opplysninger som faktisk er fremlagt for domstolen vedrørende saken i sin helhet, herunder både faktum og regelverk. Spesielt gjelder dette saker der skjønnsmarginen er snevrere. Men selv der staten har en vid skjønnsmargin i forhold til valg av virkemidler og det faktum de fremlegger kan domstolen vurdere denne informasjonen når den først er fremlagt¹⁵³.

6.2. A pressing social need

Alle tiltak fra myndighetenes side som kan gripe inn i borgernes konvensjonsrettigheter må være nødvendige. Dvs. at alle lover, forskrifter, vedtak, reguleringer, straffesanksjoner osv. må vedtas med denne vurderingen som bakteppe. Tiltakene dekker alt fra overordnede tiltak for hele samfunnet, som for eksempel innføringen av en ny lov, til konkrete vedtak rettet mot enkeltindivider i en spesifikk situasjon. Et eksempel er begrensninger på familiebesøk begrunnet med konkret mistanke om rømningsforsøk.

I vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn må inngrepet svare til "a pressing social need". Det er myndighetene som er pålagt bevisbyrden for at slike behov foreligger.

Samfunnets behov kan bestå i å ivareta samfunnets behov for trygghet og beskyttelse ved å straffe kriminelle, å ha en enkel og effektiv administrasjon av straffegjennomføringen, ivareta hensynet til etterforskningen¹⁵⁴ osv.

¹⁵¹ *Labita v. Italy* (2000), avsnitt 182.

¹⁵² *Labita v. Italy* (2000), avsnitt 196-3.

¹⁵³ *Olsson v. Sweden* (1988), avsnitt 68-2.

¹⁵⁴ *Ferla v. Poland* (2008), avsnitt 43.

Myndighetene tilstås en viss skjønnsmargin, avhengig av den konkrete situasjonen, både i vurderingen av om det foreligger et samfunnsbehov som nødvendiggjør tiltak og for hvilke tiltak de ønsker å bruke for å oppnå det ønskede formålet¹⁵⁵. EMDs intensitet i vurderingen av myndighetenes begrunnelse og handlemåte avhenger av omfanget på statens skjønnsmargin¹⁵⁶.

Myndighetene må kunne vise at de faktisk har vurdert om inngrepene som er vedtatt er nødvendige. EMD har stilt strenge krav til myndighetenes begrunnelse både under utformingen av det rettslige grunnlaget¹⁵⁷, og i den konkrete saken før det er fattet vedtak om et inngrep.

I Vlasov-saken¹⁵⁸ kom EMD til at det forelå krenkelse av retten til korrespondanse for fem brev som ble nektet sendt til den innsattes familie, ettersom vedtaket ikke viste til hvilke deler av brevene som var i strid med rettsreglene. I tillegg til selve avslagsgrunnen skulle altså fengselsmyndighetene, for å vise at det var gjort en konkret vurdering i samsvar med rettsregelen, i vedtaket, tatt med en henvisning til de relevante passasjene i brevene.

En grundig vurdering av de ulike hensynene i forkant av en lovendring eller et vedtak reduserer risikoen for at borgernes rettigheter blir krenket. I Boguslaw Krawczak-saken¹⁵⁹ tok EMD hensyn til at den innsatte hadde hatt en del kontakt med sin familie og at han var tiltalt for alvorlige narkotikaforbrytelser innenfor en organisert kriminell gruppe. Domstolen uttalte at på denne bakgrunnen ville en del restriksjoner blitt ansett som rimelige, og begrensninger på fysisk kontakt mellom den innsatte og de besøkende ville antagelig vært legitime. EMD fant likevel krenkelse av art. 8 ettersom domstolen ikke fant noe mønster i når familiebesøkene var pålagt restriksjoner i form av glassvegg og når man ikke fant det nødvendig. Ettersom myndighetene heller ikke hadde noen overbevisende begrunnelse for dette, mente dommerne at restriksjonene var ilagt på en "*arbitrary and random manner*" (vilkårlig og tilfeldig måte) av fengselsmyndighetene.

Tiltaket må være egnet til å oppnå det ønskede formålet. Men det er likevel ikke uriktig ("inappropriate"), og således et brudd på nødvendighetskriteriet, om det i ettertid viser seg å være ineffektivt. Så lenge tiltaket ville vært effektivt under normale omstendigheter, må det aksepteres¹⁶⁰.

Hvor langt domstolen kan gå i å vurdere om staten har iverksatt alle de tiltak som kan forventes av dem er omdiskutert. Dette spørsmålet går igjen i flere av voteringene i *Ilascu and others v. Moldova and Russia*¹⁶¹. Flertallet¹⁶² uttalte at stilt ovenfor en fullstendig eller delvis

¹⁵⁵ Rognlien (2011), side 10.

¹⁵⁶ van Dijk (2006), side 750.

¹⁵⁷ Eks. *Dickson v. UK* (2007) avsnitt 76.

¹⁵⁸ Eks. *Vlasov v. Russia* (2008) avsnitt 138.

¹⁵⁹ *Boguslaw Krawczak v. Poland* (2011), avsnitt 117-119.

¹⁶⁰ *Handyside v. UK* (1976), dissensbegrunnelsen avsnitt 2-3.

¹⁶¹ Saken gjelder moldovske og russiske myndigheters ansvar for konvensjonsrettighetene til fire personer fengslet av en selvoppnevnt regjering i et okkupert område av Moldova.

¹⁶² *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (2004), avsnitt 334, 340.

passivitet, er rettens oppgave å avgjøre om det fantes en mulighet for å gjøre et forsøk og om det i så fall skulle vært prøvd. Domstolen skal ikke gi forslag på hvilke tiltak som skulle vært forsøkt eller som ville vært tilstrekkelig. Deres oppgave er i denne sammenheng å fastslå om myndighetene gjennom handling eller tiltak viste en vilje til å oppfylle sine forpliktelser. En dommer¹⁶³ mener at domstolen må kunne gi indikasjon om hvilke tiltak som skulle vært anvendt for at minstekravet til å oppfylle en positiv forpliktelse ville vært oppfylt. Flertallets syn ble også bestridt i tre andre dissenser.

6.3. Proporsjonalitetsprinsippet

Helt sist i vurderingen kommer øyeblikket da alle faktorer skal veies opp mot hverandre. Domstolen har nå avgjort at personene er i familie med hverandre, og situasjonen det gjelder faller inn under deres rett til familieliv. Det foreligger et inngrep eller en unnlattelse fra myndighetenes side, men dette er begrunnet i hensynet til å forebygge uorden og kriminalitet eller et av de andre hensynene nevnt i art. 8 2. ledd. Myndighetene har også kunnet vise at det var nødvendig å iverksette tiltaket for at samfunnets behov ble ivaretatt. Da gjenstår spørsmålet om inngrepet er proporsjonalt.

EMD har formulert målsetningen for denne delen av vurderingen som å finne "the fair balance to be struck between the general interest and the interests of the individual" (den rettfærdige balansen mellom samfunnets generelle interesse og individets interesse).

Man kan få inntrykk av at oppgaven her bare er å legge alle argumentene for begge parter på hver sin vektskål og se hvilken vei vekta tipper. Men dette er langt fra så enkelt som ordbruken kan tilsi. Det finnes ingen klare retningslinjer for hvilke faktorer som er relevant i vurderingen og hvor mye vekt disse skal tillegges. Hver sak er unik, og nye argumenter og hensyn kommer til syne i den konkrete vurderingen¹⁶⁴. EMD har i sin praksis likevel forsøkt å gi veiledning på en del faktorer som kan være av betydning.

Først må jeg minne om at statens skjønnsmargin har betydning også for vurderingen av proporsjonalitetsprinsippet. I saker der staten er tilstått en vid skjønnsmargin skal det betydelige argumenter til på individets side før EMD kommer til at det foreligger en krenkelse. Dette gjelder både for statens vurdering av om det foreligger et behov for tiltak, og for hvilke tiltak de velger å iverksette.

Domstolen veier statens skjønnsmargin opp mot de verdier og rettigheter som konvensjonsbestemmelsen skal fremme. I vurderingen legger EMD avgjørende vekt på om inngrepet står i forhold til det legitime formålet som skal ivaretas, og om de grunner som anføres av staten er relevante og tilstrekkelige¹⁶⁵. Vurderingsmomenter i

¹⁶³ Ilascu and Others v. Moldov and Russia (2004), Partly dissenting opinion of Judge Ress, avsnitt 4.

¹⁶⁴ Harris (2009) s. 359-360.

¹⁶⁵ Handyside v. UK (1976), avsnitt 49-2.

proporsjonalitetsvurderingen er bl.a. om staten har utøvd sitt skjønn rimelig, forsiktig og i god tro¹⁶⁶.

Utgangspunktet for vurderingen er hvilken betydning og alvorlighetsgrad inngrepet/formålet har for borgeren eller myndighetene. Dreier det seg om hensynet til rikets sikkerhet vil dette veie tyngre enn om det er snakk om å opprettholde samfunnsmoralen. Motsatt vil inngrep som har spesielt stor betydning ("matters of significant importance"¹⁶⁷) for borgeren kreve langt strengere begrunnelse fra myndighetenes side enn om det griper inn i mindre viktige aspekter av vedkommendes rettigheter. Dersom inngrepet strekker seg over et lengre tidsrom kan dette få innvirkning på domstolens vurdering av hvilken alvorlighetsgrad inngrepet har. I Moiseyev-saken¹⁶⁸ uttalte dommerne at et ytterligere argument for å finne at tiltaket er uproporsjonalt er den byrde som den innsatte og familien må ha opplevd gjennom å bli nektet all fysisk kontakt i løpet av 3,5 år.

Om det finnes andre og mindre inngripende tiltak som kunne ha vært brukt for å oppnå samme formål er også av betydning. Riktignok omfattes myndighetenes valg av tiltak av skjønnsmarginen, slik at ikke ethvert alternativt tiltak som måtte kunne tenkes, kan føre til at inngrepet tolkes som uproporsjonalt. Kun tiltak som ville gitt en klar forbedring for individet, uten at det ble alt for omfattende eller tyngende for myndighetene, vil kunne føre til at balansegangen er overtrådt. I Dickson-saken trakk flertallet¹⁶⁹ frem at dersom britiske myndigheter hadde tillatt ekteskapelig samvær for innsatte og deres partnere kunne spørsmålet om assistert befruktning vært overflødig¹⁷⁰.

Praksis har også vist at graden av presisjon i lovverket kan ha betydning ikke bare for om "the law" overholder kvalitetskravene, men også for proporsjonalitetsvurderingen¹⁷¹.

Myndighetenes fremgangsmåte før tiltaket ble iverksatt har også vært sentral i flere av EMDs vurderinger. Dersom domstolen finner indikasjon på at myndighetene har vurdert den konkrete saken, eller at de har ønsket å bidra til å avbøte ulempene for borgeren, kommer dommerne ofte til at det ikke foreligger krenkelse selv om det kan være svært omfattende inngrep det er snakk om¹⁷². Har myndighetenes behandling av saken derimot et rutinemessig preg, eller det ikke er indikasjon for at de har vurdert andre og mindre inngripende tiltak skal det mindre til for at EMD finner at balansen tipper i favør av den innsatte¹⁷³.

Når det gjelder positive forpliktelser har flertallet i Ilascu-saken¹⁷⁴ gitt en anvisning på hvilke momenter som inngår i vurderingen for å fastslå forpliktelsens omfang ("scope"). Dette er

¹⁶⁶ Møse (2002) s. 100 og Jacobs (2010) s. 325.

¹⁶⁷ Dickson v. UK (2007), avsnitt 85.

¹⁶⁸ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 258.

¹⁶⁹ Dickson v. UK (2007), avsnitt 81.

¹⁷⁰ Mindretallet mente derimot at så lenge ekteskapelig samvær ikke var en rettighet i følge konvensjonen var det heller ikke grunnlag for å gi en rett til assistert befruktning. Avsnitt 5 i dissens 2.

¹⁷¹ van Dijk (2006) s. 748.

¹⁷² Eks. Bastone v. Italy (2005).

¹⁷³ Ferla v. Poland (2008), avsnitt 47. Dickson v. UK (2007), avsnitt 83. Hirst v. UK (2005), avsnitt 82.

¹⁷⁴ Ilascu and others v. Moldova and Russia (2004), avsnitt 332.

langt på vei sammenfallende med vurderingsmomentene for proporsjonalitetsprinsippet generelt. Man skal finne balansen mellom samfunnets generelle prinsipper og individets interesser. Det skal tas hensyn til det mangfold av situasjoner som oppstår i de ulike statene og valgene som må gjøres i forhold til ressurser og prioriteringer. Forpliktelsene må ikke tolkes slik at de pålegger myndighetene en umulig eller uproporsjonal byrde.

For positive forpliktelser har det tidligere kunnet se ut som domstolen har vært mer tilbakeholden med å konkludere med at det foreligger en krenkelse. Dette skillet synes i praksis å være mer eller mindre utvisket de senere årene¹⁷⁵. Men det kan være av betydning hvor store forpliktelser myndighetene kan få overfor andre borgere som følge av sakens utfall. Dersom et stort antall individer befinner seg i en lignende situasjon, vil myndighetene være forpliktet til å iverksette tilsvarende tiltak overfor alle disse. Dette kan medføre store økonomiske eller organisatoriske konsekvenser for myndighetene. Dersom det dreier seg om en rettighet av begrenset betydning for klageren vil betydningen utover den konkrete saken avgjøre balansen i favør av myndighetene. I Dickson-saken¹⁷⁶ poengterer dommerne at myndighetene ikke har vist at en rett til kunstig befruktning ville medføre en sikkerhetsrisiko eller noen betydelig administrativ eller økonomisk byrde for staten.

Rettskildefaktoren reelle hensyn har ingen direkte parallell hos EMD.

Proporsjonalitetsprinsippet er, etter min mening, således den eneste anledning til å ta med individuelle hensyn i vurderingen og slik kunne unngå resultater som er ekstremt uheldige for en av partene¹⁷⁷.

¹⁷⁵ van Dijk (2006) s. 745.

¹⁷⁶ Dickson v. UK (2007), avsnitt 74-2.

¹⁷⁷ Jeg tolker bl.a. resultatet i Dickson saken til å være et slikt resultat. Myndighetene hadde rettslig grunnlag, en legitim begrunnelse og hadde anført at det var nødvendig. De fikk medhold både i kammeravgjørelsen og av mindretallet i storkammeret. Flertallet gav ekteparet likevel medhold som følge av proporsjonalitetsprinsippet fordi saken hadde så stor betydning for dem. På den annen side mener jeg at mafiadommene fra Italia (se kap. 7) viser at myndighetene har fått medhold i svært strenge inngrep på bakgrunn av den store utfordringen de står ovenfor vedrørende mafia-kriminalitet.

7 Er restriksjoner på familiebesøk nødvendig i et demokratisk samfunn?

I utgangspunktet gjelder de samme reglene for hele Europa, men spesielle utfordringer i enkelte land kan medføre at myndighetene får medhold i flere eller strengere inngrep enn domstolen godtar for resten av Europa. Slike saker kan gi god veiledning i vurderingsmomentene som er relevante for den som søker å finne svar på sine egne problemstillinger.

EMD har behandlet flere saker mot Italia hvor den innsatte har hatt tilknytning til mafiavirksomhet. I disse sakene har EMD akseptert til dels svært strenge fengselsregimer med omfattende begrensninger på antall besøk og vilkår for gjennomføringen av besøkene. I Messina-saken¹⁷⁸ var den innsatte underlagt høysikkerhetsregimet i 4,5 år, i mesteparten av denne perioden ble han innvilget 2 familiebesøk pr måned hver på 1 time og med glassvegg for familiemedlemmer over 16 år. Domstolen uttaler at de legger vekt på de spesielle forholdene ved organisert kriminalitet og spesielt mafiavirksomhet der familietilknytning spiller en vesentlig rolle. Italia hadde anført at man tidligere hadde erfart at innsatte kunne opprettholde sin rolle i mafianettverket, utveksle informasjon med andre innsatte og verden utenfor, samt planlegge og gjennomføre alvorlig kriminalitet både innenfor og utenfor fengselsmurene som følge av besøkendes medvirkning. Storkammeret gjentar dette i Enea-saken¹⁷⁹ og sier at de omfattende restriksjonene i antall besøk og overvåkingen av disse var å anse som proporsjonalt i forhold til formålet med reglene.

I Lorse-saken¹⁸⁰ ble den tiltalte anbrakt på en høysikkerhetsavdeling ikke helt ulik de italienske fengslene, men her var den innsatte over en periode på 5,5 år innvilget ett besøk i uka med glassvegg, og et "åpent" besøk i måneden med sin kone hvor han var tillatt et håndtrykk ved ankomst og avskjed. All kommunikasjon var overvåket. Det som skiller sakene fra Italia og Nederland er myndighetenes begrunnelse for bruk av høysikkerhetsavdelinger med omfattende restriksjoner på bl.a. besøk. I mafia-sakene ønsket myndighetene å kutte alle bånd mellom den innsatte og hans kriminelle kontaktnettverk. I Lorse-saken var hensikten å forebygge eventuell rømning fra fengselet. I de italienske sakene var det lagt vekt på å begrense den innsattes kontakt med andre innsatte og familien, mens man i Nederland fokuserte på de mulighetene den innsatte hadde for å motta objekter som kunne brukes i forbindelse med en rømning eller der avtaler og informasjon om slike forsøk kunne utveksles. Til tross for streng regulering hadde Lorse jevnlig en hvis kontakt med sin familie. Også i denne saken kom EMD til at inngrepene var nødvendig i et demokratisk samfunn.

¹⁷⁸ Messina v. Italy (2000), avsnitt 66-73. Lignende faktum også i Enea v. Italy (2009).

¹⁷⁹ Enea v. Italy (2009) avsnitt 126.

¹⁸⁰ Lorse and others v. The Netherlands (2003), avsnitt 85-86. Se også Van der Ven (2003) og Baybasin v. the Netherlands (2006) der konklusjonen er gjentatt.

5 år etter Lorse-saken, men 1 år før Enea-saken, kom EMD i *Moiseyev v. Russia*¹⁸¹ derimot til at det forelå krenkelse av retten til familieliv for restriksjoner i en høysikkerhetsavdeling med lignende vilkår som i Messina-saken. Restriksjonene gikk i dette tilfellet ut over det som var nødvendig i et demokratisk samfunn. Den innsatte satt varetekstsfengslet i overkant av 2 år og 6 mnd. Han ble i lange perioder nektet besøk. Senere fikk han innvilget to 1-times besøk pr måned med restriksjoner som glassvegg. Periodene med fullstendig avslag på familiebesøk var ikke i samsvar med "law". Men også for antallet besøk og restriksjonene på disse ble Russland dømt for å ha krenket retten til familieliv. EMD uttaler at de i flere saker mot Italia har behandlet tilsvarende fengselsregimer. At EMD har akseptert disse inngrepene som nødvendig skyldes den spesielle rollen familieband har i mafiaen. At russiske rettsregler innfører de samme restriksjonene uten at det foreligger noen grad av fleksibilitet til å vurdere behovet for flere besøk, eller om det kan anses å være formålstjenelig eller nødvendig med så begrenset kontakt i hver enkelt sak er bekymringsfullt. Tiltaltes kone var verken medtalt eller vitne i saken. Risikoen for at besøkene skulle hindre etterforskningen var således liten. Heller ikke sikkerhetshensynene knyttet til kriminelle familier som begrunnet de italienske sakene var gjeldende i denne saken. EMD uttalte også at bruk av glassvegg bare er nødvendig i saker der det foreligger konkrete sikkerhetsrisikoer.

I *Boguslaw Krawczak*¹⁸² finner vi nok en sak med lignende saksforhold. Den innsatte ble holdt varetekstsfengslet i ca 5,5 år med rett til minst ett besøk pr måned. Vilkår pålagt disse besøkene varierte underveis. Den innsatte var medlem av en organisert kriminell gruppe og tiltalt for narkotikahandel. EMD uttaler at saker med organiserte kriminelle medførere i seg selv stor risiko for at innsatte vil forsøke å samarbeide med medtalt eller på annen måte ødelegge etterforskningen ved hjelp av besøkende. Restriksjonene som var pålagt kunne derfor sies å være i henhold til begrunnelsen om å forebygge kriminalitet. Domstolen gir klart inntrykk av at de, på bakgrunn av sakens alvorlighetsgrad og hans tilknytning til et organisert kriminelt miljø, kan akseptere så strenge restriksjoner som nødvendige i et demokratisk samfunn. Saken ble likevel avgjort på annet grunnlag.

Sammenholder vi disse dommene får vi et tydeligere bilde av EMDs syn på retten til familieliv for innsatte mistenkt eller dømt for særlig alvorlige forbrytelser.

Da dommerne i *Moiseyev-saken*¹⁸³ ikke fant at det forelå spesielle omstendigheter som var egnet til å legitimere skjerpede restriksjoner konkluderte de med at begrensninger på familiebesøk til to korte besøk pr måned innebar en krenkelse. Restriksjoner i form av glassvegg medfører også krenkelse dersom det ikke foreligger informasjon som tilsier at det er en sikkerhetsrisiko forbundet med å gjennomføre besøk på vanlig vis. Normalen for besøk

¹⁸¹ *Moiseyev v. Russia* (2008), avsnitt 254-255 og 258.

¹⁸² *Boguslaw Krawczak v. Poland* (2011), avsnitt 114-117.

¹⁸³ *Moiseyev v. Russia* (2008), avsnitt 247, 252-256, 258.

blant vanlige innsatte må altså i 2008 ha ligget over to besøk pr måned uten restriksjoner som glassvegg¹⁸⁴.

Det er ikke i strid med EMK at myndighetene oppretter spesielle sikkerhetsavdelinger med særlig strenge restriksjoner på blant annet kontakt med andre innsatte og verden utenfor, dersom forhold ved den innsatte tilsier at slike forholdsregler er nødvendig. Slike særlige tilfeller kan omfatte medlemmer av organiserte kriminelle grupper, spesielt medlemmer av mafiaen, eller personer som kan forsøke å rømme fra fengselet og i så fall kan utgjøre en trussel mot samfunnet. Det legges spesielt vekt på om tiltalte kan tenkes å bruke besøkene til å hindre etterforskningen, kontakte med-tiltalte eller opprettholde kontakten med sine kriminelle kontakter på utsiden. At tiltalen er alvorlig er ikke i seg selv god nok grunn til å begrense den innsattes kontakt med familien¹⁸⁵. Dommene i Enea- og Boguslaw Krawczak-sakene fra 2009 og mai i år, viser tydelig at resultatet i Moyisev-saken ikke skyldes en endring i domstolens holdning over tid.

For å avgjøre om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn må man altså se på begrunnelsen og behovet for restriksjonene, og kontrollere at restriksjonene utformes i samsvar med formålet og ikke går lenger enn det som er nødvendig¹⁸⁶.

¹⁸⁴ I 1988 var det akseptert med 12 besøk pr år for vanlige innsatte, jf. Boyle and Rice v. UK (1988), avsnitt 74.

¹⁸⁵ Moiseyev var tiltalt for spionasje og høyforræderi til fordel for fremmed stat. Hans samarbeidspartner, en sør-koreansk diplomat, var utvist fra Russland slik at det ikke fantes med-tiltalte i rettsaken.

¹⁸⁶ I 2005 hadde Ringerike fengsel i Norge som ordning at alle besøkene i høyrisikoavdelingen foregikk med glassvegg. Til tross for dette mente fengselsmyndighetene at det ikke var trygt å la innsatte motta besøk av sine barn. De fryktet at barna kunne brukes i rømningsforsøk og ville derfor nekte de innsatte å motta besøk av sine barn. En slik generell regel ville være i strid med konklusjonen i Moiseyev-saken. Nr.k.no 2005. Informasjon om besøksordningen i fengselet i dag finnes på <http://www.ringerikefengsel.no/besok.htm>

8 Har staten positive forpliktelser når det gjelder å sikre gjennomføringen av besøksretten?

I kap 2.2.2. var jeg inne på spørsmålet om myndighetene kunne pålegges en positiv plikt i å bistå familien med å kunne besøke den innsatte dersom fengselet hadde spesielt vanskelig adgang. Eksempelet jeg brukte var Öcalan-saken¹⁸⁷ der den innsatte var anbrakt ute på en øy. Saken ble avgjort på annet grunnlag, men jeg vil likevel i det følgende drøfte om staten kan pålegges positive forpliktelser for å bistå den innsattes familie for å kunne gjennomføre familiebesøk dersom den innsatte er anbrakt i et fengsel med vanskelig adgang for vedkommendes familie.

En admissibility-avgjørelse fra 1974¹⁸⁸ gjaldt en innsatt overført fra Bahamas til Storbritannia for soning av en livstidsdom ettersom Bahamas manglet fasiliteter egnet til å ivareta høyrisikofanger. Den innsatte klagde bl.a. på at han ikke hadde kontakt med sin mor, kone og 5 barn som alle var bosatt på Bahamas. Domstolen presiserte at den innsatte hadde samme rett til besøk som de andre innsatte, eneste grunn til at han ikke mottok besøk var de praktiske problemene forbundet med avstanden mellom Storbritannia og Bahamas. Domstolen mente derfor at den innsatte krevde en tilleggsrett i form av en positiv forpliktelse for staten til å bidra med økonomiske midler for å gi familien anledning til å besøke den innsatte. Slike positive forpliktelser følger ikke av konvensjonen. Konvensjonen gir heller ikke den innsatte rett til å kreve å bli fengslet et spesielt sted. Den innsattes krav om å bli ført tilbake til Bahamas med jevne mellomrom for å møte familien der ble også avvist. Det fantes ikke økonomiske ordninger som kunne betalt for slike reiser, og det ville i tillegg medført sikkerhetsproblemer for myndighetene på Bahamas. Dommen må leses i lys av samfunnsutviklingen og datidens tilbakeholdenhet mot å pålegge staten positive forpliktelser¹⁸⁹.

Problemstillingen har ikke vært behandlet inngående i rettspraksis i nyere tid, så det foreligger ingen sikre holdepunkter for hvordan EMD vil konkludere om problemstillingen blir innklaget nå. Problemstillingen er nok mer aktuell enn det EMDs rettspraksis kan gi inntrykk av. Innsatte må ofte sone langt unna der familien bor, dette gjelder spesielt de som soner i et annet land enn hjemlandet, men også innen eget land kan det være store avstander. Jeg vil derfor forsøke å trekke frem noen momenter som kan være relevant dersom noen ønsker å forfølge problemstillingen.

¹⁸⁷ Öcalan v. Turkey (2005).

¹⁸⁸ X v. United Kingdom (1974)

¹⁸⁹ X v. Austria (1974). Se også kap 2.2.2 3. siste avsnitt.

Avgjørelsen fra 1974 framhevet at konvensjonen ikke gir den innsatte rett til å velge hvor han vil sone. Dette synspunktet kan ha fått mindre vekt de senere årene. Prinsippet fra 1974-avgjørelsen er videreført i Bastone-saken¹⁹⁰, men dommerne sier videre at om man anbringer en innsatt så langt unna familien at besøk blir veldig vanskelig eller umulig, kan det i noen tilfeller medføre krenkelse av familielivet.

De europeiske fengselsreglene slår nå fast som hovedregel i pkt 17.1 at de innsatte skal tilvises et fengsel så nær hjemstedet som mulig, men det er tatt forbehold om at andre hensyn som for eksempel etterforskningen kan få innvirkning på plasseringen. Fengselsreglene er som sagt ikke bindende. Men det faktum at Europarådet nå har tatt stilling til spørsmålet i en resolusjon og EMD har kommentert tilfellet i en admissibility-avgjørelse gir indikasjon på at argumentet vil få betydning om ikke andre tungtveiende faktorer tilsier et annet resultat.

Avgjørelsen fra 1974 sier også at konvensjonen ikke gir krav på at staten gir økonomisk hjelp for familiene til å besøke den innsatte. Om synet på dette har endret seg med samfunnsutviklingen er usikkert. Utviklingen de senere årene har pålagt statene stadig mer omfattende positive forpliktelser.

Sett i lys av den nordiske velferdsstaten er det ikke helt urimelig at staten skulle gi et slikt bidrag i spesielle tilfeller. I europeisk sammenheng derimot er den nordiske velferdsstaten et særtilfelle. Statens økonomiske omsorg for sine innbyggere er betydelig mer begrenset lenger sør og øst i Europa. Ettersom EMK omfatter alle de europeiske medlemsstatene vil nok praksisen i de sydlige og østlige statene få betydning for vurderingen av om statens skjønnsmargin er vid nok til at myndighetene kan velge ikke å strekke seg så langt at de bruker økonomiske virkemidler for å sikre retten til familieliv.

Det er likevel et faktum at mange familier der en av hovedforsørgerne er fengslet har begrenset økonomi¹⁹¹. Dersom de må dekke utgiftene til reise og kanskje overnatting på en annen kant av landet for å kunne besøke den innsatte en time av gangen¹⁹², blir utgiftene for mange og for store. Resultatet blir at den innsatte sjelden eller aldri får sett familien sin i soningstiden. I stedet for økonomisk stønad fra staten kan det tenkes at andre virkemidler kan avhjelpe situasjonen, for eksempel sjeldnere, men utvidet besøkstid for slike familier.

Det må antagelig svært tungtveiende grunner til for å si at retten til familieliv er krenket som følge av at myndighetene ikke har gitt familiene assistanse i slike saker. Å finne en rettfærdig balansegang mellom individets behov og samfunnets interesse i et så kostnadseffektivt og administrativt enkelt fengselssystem som mulig blir en krevende vurdering. Sentrale faktorer i proporsjonalitetsvurderingen må være hvor alvorlige straffbare forhold det dreier seg om, særskilte forhold for familien, barns alder, hvor vanskelig det er for familien å komme til

¹⁹⁰ Bastone v. Italy (2005). Utdrag av dommen, 5. avsnitt under art. 8 drøftelsen.

¹⁹¹ Hamsund (2011), s. 3-4.

¹⁹² Retningslinjene til straffegjennomføringsloven pkt. 3.34 om besøk overlater til fengselsdirektøren å bestemme hvor ofte en innsatt kan motta besøk, men at så langt det er praktisk mulig bør innsatte innvilges minimum ett besøk pr. uke. Hvert besøk skal så langt det er praktisk mulig vare minst en time.

fengselet, straffens lengde, om den innsatte kan få permisjoner, og om det finnes andre mulige soningssteder som myndighetene kunne valgt.

Norge er et langstrakt land, og selv om straffegjennomføringsloven § 11¹⁹³ sier at man skal forsøke å plassere innsatte så nære hjemmet som mulig, kan sikkerhetsnivået eller fengselskapasiteten gjøre det vanskelig i praksis.

Enkelte norske fengsler har fått innredet besøksleiligheter¹⁹⁴ der den innsattes barn, eventuelt foreldre dersom den innsatte er mindreårig, kan komme og være sammen med den innsatte ut over ordinærbesøks tid. Et besøk som varer opptil ett døgn i mer hjemmevante omgivelser kan gi den innsatte og barna bedre mulighet for å utvikle normale familierelasjoner enn en time i en besøkscelle. En sånn mulighet burde gjøre det mer aktuelt for familien å prioritere økonomi og tid til å gjennomføre besøksretten.

Noen ganger kommer flere hensyn i konflikt med hverandre. Et eksempel er mindreårige forbrytere. Barn som soner i fengsel skal i utgangspunktet holdes adskilt fra voksne innsatte¹⁹⁵. Norge har reservert seg mot denne regelen da myndighetene anfører at det i Norge er for få tilfeller av mindreårige lovbytere som dømmes til fengselsstraff til å gi dem gode soningsforhold i egne institusjoner. Bl.a. har nærheten til hjemstedet og foreldrenes mulighet til å besøke barnet vært brukt som argument mot å bygge noen få egne ungdomsfengsler. Advokatforeningen har gjort en undersøkelse som viser at det likevel forekommer at barn plasseres i fengsel uforholdsmessig langt unna hjemstedet¹⁹⁶. Skulle en slik sak komme opp for EMD er det større mulighet for at balansegangen tipper i disfavør av staten.

¹⁹³ Se også Straffegjennomføringsloven § 3 2. ledd som sier at barns rett til samvær med sine foreldre skal særlig vektlegges under straffegjennomføringen.

¹⁹⁴ Særregler for besøk i besøksleiligheter (2006). Se eventuelt <http://www.kriminalomsorgen.no/velg-fengsel.433548-77853.html> for oversikt over hvilke besøksstilbud som finnes i de norske fengslene.

¹⁹⁵ De europeiske fengselsreglene 35.4.

¹⁹⁶ Olsen (2008) s. 21-25. Iversen (2008).

9 Kort om de pårørendes rolle i saken

For å kunne snakke om familieliv må det være minst to parter, den innsatte og den eller de som utgjør vedkommendes familie. Siden det er fengslingen av den innsatte som har medført begrensninger på familielivet er det naturlig at den innsattes rolle får stor innvirkning på spørsmålet om rettighetens omfang og innhold. De pårørendes ønske for familielivet kan ikke vurderes uavhengig av den innsatte¹⁹⁷. Men hvor stor betydning har de pårørendes rettigheter i EMDs vurderinger?

Det første som er iøynefallende når man setter fokus på de pårørende, er hvor få saker for EMD det er der de pårørende er direkte part i saken. Det store flertallet av saker innklages og føres bare av den innsatte. Dette medfører at de pårørendes rettigheter er lite drøftet i EMDs rettspraksis.

På den annen side er de pårørendes rettigheter lite omtalt også i de saker der de faktisk er part i saken. I Lorsé-saken¹⁹⁸ var den innsattes kone og hans syv barn part i saken. De følger begrensningene på familielivet hadde fått for disse er beskrevet i faktum. Tre av barna ble beskrevet som alvorlig traumatisert som følge av manglende kontakt med far. Ett av barna hadde fått anoreksia nevrosa. Familien som helhet ble omtalt som psykisk ødelagt ("psychological wreckage"), og barnas forhold til faren ble beskrevet som en sorgprosess. Kona følte at hun ikke kunne fortelle ektemannen om familiens problemer siden alle samtaler ble avlyttet. Hun fryktet at det hun sa kunne bli brukt mot ektemannen senere. Domstolen uttaler at de forholdene besøkene var underlagt må ha medført følelsemessige påkjenninger, men disse ble ikke ansett som så omfattende at art. 3 kom til anvendelse. Heller ikke art. 8 var krenket da de omfattende restriksjonene¹⁹⁹ ble ansett som nødvendig i et demokratisk samfunn. Lorsé og familien kunne opprettholde en viss jevnlig kontakt. Ut over dette ble hensynet til de pårørendes forhold nevnt en gang i domspremissene vedrørende art. 13, der EMD la til grunn at de pårørendes interesser må ha vært vurdert i ankesaken i den nasjonale rettsprosessen.

I Boyle and Rice-saken²⁰⁰ var de to innsatte og henholdsvis deres kone og far part i saken. Med unntak av et punkt for retten til korrespondanse for Mr. Boyle, ble alle deres klager avvist. Saken gjaldt retten til korrespondanse, besøk i fengslet og hjemmebesøk. Ekteparet Boyle hadde påklaget at hjemmebesøkene alltid var med følge. Mr. Boyle hadde i tillegg påpekt at

¹⁹⁷ Dickson v. UK (2007), avsnitt 56.

¹⁹⁸ Lorsé and others v. the Netherlands (2003), avsnitt 29-31, 77, 85-86, 92.

¹⁹⁹ Over en periode på 6 år ble de innvilget ett besøk av en time i uka med glassvegg. En gang i måneden kunne hans kone komme på et "åpent besøk" der de ble tillatt å håndhile ved ankomst og avskjed. Alle besøk, telefoner og brev ble overvåket.

²⁰⁰ Boyle and Rice v. UK (1988), avsnitt 86.

med bare ett besøk i måneden som han forbeholdt kona mistet han all kontakt med øvrig familie. Far og sønn Rice klagde på avslag om å få permisjon for hjemmebesøk siden faren var så syk at han ikke kunne besøke sønnen i fengsel. Domspremissenes eneste henvisning til de pårørendes skuffelse finnes i forbindelse med art. 14, der domstolen understreker at saken ikke kan vurderes uavhengig av klagerens personlige situasjon. For ekteparet Boyle må det spesielt ha vært ubehagelig at Mr. Boyle ble overført til et vanlig fengselsregime.

I *Selmani v. Switzerland*²⁰¹ var ikke den innsatte part i saken. Som følge av fengslingen av far, familiens hovedforsørger, mente myndighetene at hans kone og fire år gamle datter ikke lenger fylte vilkårene for oppholdstillatelse. Mor og datter klaget saken inn for domstolen og argumenterte med at utvisningen ville hindre dem i å se faren i minst 1,5 år. Det ville være økonomisk umulig for dem å reise på besøk fra Kosovo. All kontakt med far hadde betydning for å forebygge en fremmedgjøring mellom barnet og faren. De bestred ikke plikten til å forlate landet sammen med faren når han ble utvist etter soningen. EMD starter behandlingen av saken som en utlendingssak. Men når de kommer til spørsmålet om retten til familieliv veier tyngre enn statens rett til å bestemme hvem som kan bosette seg i riket, går de over til å behandle det som en vanlig fengselssak. Dommerne legger vekt på at konvensjonen ikke gir den innsatte rett til å velge hvor han ønsker å holdes fengslet, og at det er en uungåelig konsekvens av en fengsling at familien blir separert. Domstolen sier deretter at en fengsling så langt unna vedkommendes familie at besøk blir vanskelig, eller helt umulig, likevel kan medføre en krenkelse av retten til familieliv. Dommerne kom likevel til at mor og datter kunne opprettholde kontakten med far gjennom telefon og brev og avviste saken som inadmissible. Selv i en sak der den innsatte ikke er part i saken, brukes altså den innsattes rettigheter som grunnlag for domstolens avgjørelse av de pårørendes stilling.

Heller ikke i *Ucar-saken*²⁰² var den innsatte part i saken. Dette skyldtes det faktum at han døde i politiarresten. Men også her var det den innsattes rettigheter som ble anført fra dommerne i vurderingen av art. 8. Dommerne kom i denne saken til at det forelå en krenkelse av retten til familieliv da det ikke fantes lovverk egnet til å sikre kontakt mellom en arrestert person og hans familie.

Det finnes noen dommer der følgene for de pårørende har blitt tillagt vekt. I *Dickson-saken*²⁰³ anerkjente den innsattes kone at hennes rettigheter ikke kunne sees uavhengig av ektemannens situasjon. Men hun opprettholdt at hun måtte ha rett til å kunne få unnfange et barn med sin ektemann dersom det ikke forelå eksepsjonelle grunner som talte imot. Dommerne kom til at foreldres ønske om å kunne bli foreldre, veide tyngre enn de hensynene myndighetene hadde anført som begrunnelse. Domstolen la spesielt vekt på at kona ikke var fengslet og kunne ta vare på barnet frem til ektemannen ble løslatt.

²⁰¹ *Selmani v. Switzerland* (2001).

²⁰² *Ucar v. Turkey* (2006), avsnitt 133-141.

²⁰³ *Dickson v. UK* (2007), avsnitt 56, 76-2,

I Moiseyev-saken²⁰⁴, der familien ikke var part i saken, anførte EMD at den tunge påkjenningen det må ha vært for den innsatte og hans familie å være nektet all fysisk kontakt i 3,5 år var ytterligere et argument for at inngrepet var uproporsjonalt.

Mitt inntrykk er at de pårørendes rett til familieliv ikke blir vektlagt i betydelig grad, verken av de som klager sakene inn for domstolen eller av EMD. Om EMDs begrensede praksis skyldes at få pårørende har presentert sine argumenter for domstolen, eller om det er domstolens lave prioritering av de pårørendes rolle som hindrer flere pårørende i å klage saken inn for domstolen er umulig å si. Det synes som EMDs vektlegging av de pårørendes interesse er størst i saker der de allerede har argumenter som taler for en krenkelse.

²⁰⁴ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 258.

10 Kort om spesielle hensyn for varetektsfanger

Et viktig rettssikkerhetsprinsipp er uskyldspresumsjonen om at man skal anses som uskyldig inntil det motsatte er bevist. Dette prinsippet finnes bl.a. nedfelt i EMK art. 6 2.ledd. Personer som sitter i varetekt anses ikke som skyldige og fengselsoppholdet er ikke å regne som straff. Reglene for varetektsfengsling er strenge²⁰⁵, men EMK er ikke i seg selv til hinder for varetektsfengsling eller andre forebyggende tiltak²⁰⁶.

Begrensninger på familiekontakten er ikke en del av straffen, men en konsekvens av at den skyldige dømmes og blir pålagt begrensninger i bevegelsesfriheten og underkastes myndighetenes avgjørelse om oppholdssted i straffeperioden. Dette er akseptable konsekvenser for straffedømte. Men får uskyldspresumsjonen betydning for hvordan man ser på den varetektsfengslede fangens rett til familieliv? Eller er hensynene som begrunner varetektsfengslingen så tungtveiende at de får konsekvenser for vedkommendes rett til familieliv også i denne perioden?

Det er et vilkår som har spesiell betydning i denne sammenhengen, nemlig de legitime hensynene. For de øvrige vilkårene henviser jeg til det som er skrevet i kapitlene over. Flere av dommene jeg har vist til der gjelder varetektsfanger.

I Aleksanyan v. Russia²⁰⁷ finner vi et eksempel på at EMD skiller mellom dømte og varetekstfengslede soningsvilkår. Saken gjelder medisinsk tilsyn og behandling i fengsel, men gjelder det samme på familierettens område?

I Kalashnikov-saken²⁰⁸ uttaler EMD at hensynet om å forebygge uorden og kriminalitet kan begrunne mer omfattende inngrep i vareteksttilfeller siden det her ofte er risiko for sammensvergelse ("collusion"). Domstolen viste til tidligere praksis i Schönerberger og Durmaz v. Switzerland²⁰⁹ som gjaldt korrespondanse. I sistnevnte uttalte EMD at domstolen hadde tillatt en strengere kontroll med en (straffedømt) innsatts korrespondanse enn for frie personer. Det samme måtte gjelde varetekstinnsette eller personer under etterforskning på grunn av risikoen for sammensvergelse.

Kalashnikov-saken kan tolkes slik at legitime hensyn kan rettferdiggjøre strengere inngrep enn for andre innsatte. Leses den derimot i sammenheng med den tidligere dommen synes det som at alle innsatte har samme rettigheter, men at disse kan være begrenset sammenlignet

²⁰⁵ Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 147-148.

²⁰⁶ Togher v. UK (1998), pkt 4 avsnitt 3.

²⁰⁷ Aleksanyan v. Russia (2008), avsnitt 139.

²⁰⁸ Kalashnikov v. Russia (2001), punkt 7, 9. avsnitt.

²⁰⁹ Schönerberger and Durmaz v. Switzerland (1988), avsnitt 25.

med samfunnet utenfor. EMDs senere rettspraksis peker mot at den første tolkningen av Kalashnikov-saken samsvarer med den rådende rettstilstanden. Faren for bevisforspillelse og endring av vitneforklaringer er størst under etterforskningen og frem til rettssaken. Dette fremheves bl.a. i Boguslaw Krawczak-saken²¹⁰, men uttalelsen knyttes samtidig til at saken gjaldt organisert kriminalitet.

Dommerne presiserer i Ferla- og Boguslaw Krawczak-sakene²¹¹ at art. 8 kan være krenket dersom myndighetene nekter den innsatte besøk uten at de har vurdert om hensynet til etterforskningen kan ivaretas på andre måter, for eksempel gjennom overvåkning av besøket. I Ferla-saken ble det heller ikke tatt hensyn til at tiltaltes kone benyttet seg av retten til ikke å avgi forklaring under etterforskningen og rettssaken.

I Moiseyev-saken²¹² kom domstolen til krenkelse av art. 8 for begrensninger pålagt i varetektsperioden ettersom den siktedes kone og mindreårige datter verken var medtiltalt eller vitner i saken. Domstolen fant derfor at det ikke forelå risiko for sammensvergelses eller andre forsøk på å forhindre etterforskningen.

Et annet hensyn som vektlegges i flere saker vedrørende varetekstfengsling er unndragelsesfaren. Det finnes mange eksempler²¹³ på at myndighetene har fått medhold i lange varetektsperioder under spesielt strenge vilkår som bl.a. har hatt betydning for den fengsledes mulighet til kontakt med familien.

Konklusjonen må etter dette bli at så lenge det foreligger en konkret risiko for at tiltalte vil forsøke å rømme, hindre etterforskningen eller påvirke vitner blir retten til familieliv sterkt begrenset. Tidvis kan disse begrensningene bli langt mer omfattende enn for vanlige fengselsopphold. Det må vurderes konkret i hver sak, både om det foreligger holdepunkter for at det er nødvendig å iverksette tiltak, og hvilke tiltak som ivaretar behovet. Siden 2008 har flere dommer understreket at fengselet skal vurdere om hensynet til etterforskningen eller unndragelsesrisikoen kan ivaretas med mindre inngripende virkemidler. Hensynet til uskyldspresumsjonen har ikke fått gjennomslag i de aktuelle dommene.

²¹⁰ Boguslaw Krawczak v. Poland (2011), avsnitt 114.

²¹¹ Ferla v. Poland (2008), avsnitt 46 og 47, og Boguslaw Krawczak v. Poland (2011), avsnitt 120.

²¹² Moiseyev v. Russia (2008), avsnitt 255.

²¹³ Van der Ven v. the Netherlands (2003), Lorse and others v. the Netherlands (2003), Togher v. UK (1998).

11 Litteraturliste

11.1. Bøker/ Kompendier:

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Oslo, 2007. s.183-187.

Danelius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Opplag 1:3. Trykt Stockholm, 2000. s. 220-224, 239-241, 296.

Hauge, Ragnar *Straffensbegrunnelser*. Oslo, 1996. s. 17-21.

Jacobs, Francis G., Robin White og Clare Ovey *The European Convention on Human Rights*. 5. utg. New York, 2010. s. 308-323, 325-356.

Møse, Erik *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002. Kap 4.8.6., 4.9, 5, 15.

Opsahl, Torkel *Internasjonale menneskerettigheter*. En innføring. Oslo, 1996. S. 44- 51, 74- 77.

Slettan, Svein og Toril Marie Øie *Forbrytelse og straff*. Oslo, 2001. Kap 3.

Law of the European Convention on Human Rights. D.J. Harris... [et al.]. 2. utg. New York 2009. S. 10-14, 18-21, 341-363, 371-376, 407.

Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Pieter van Dijk ... [et al.]. 4. utg. Atwerpen – Oxford 2006. s. 690- 695, 715-719, 739-750.

11.2. Artikler:

Frostad, Magne, *Folkeretten og straffegjennomføring: Et grunnriss*.

<http://www2.uit.no/ikbViewer/Content/71970/Folkerettslige%20aspekter%20ved%20straffegjennomf%F8ring.pdf> [Sisert 22.04.11].

Giertsen, Hedda. *Fengselsvesenets skjulte verdimønstre*. Publisert i *Lov og rett: Norsk Juridisk Tidsskrift, Universitetsforlaget (7) 1995 ss. 414-427*. I: Blandingskompendium for Kriminologi, Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet, Institutt for kriminologi og retts sosiologi, 2004.

Hamsund, Hanne og Anne Berit Sandvik, *De skjulte straffede, Konsekvenser for pårørende når en i familien fengsles*.

ftp://ffp.no/www/doc/nyhetsbrev/Artikler/FFPsartikkelNina_Aarhus_Smeby.pdf [Sisert 07.11.11].

Iversen, Randi Kvåle, *Storberget snakker tull*. I: *Aftenposten*, 29.06.08.

Kriminalomsorgen, *Særregler for besøk i besøksleiligheter*.

<http://www.kriminalomsorgen.no/saerregler-for-besoek-i-besoeksleilighet.299396-45849.html> [Sitert 02.07.11].

Nrk.no, *Nekter barna å besøke sine fedre*. Publisert 02.05.2005

<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.515850> [Sitert 22.11.11].

Olsen, Inger Anne. *Barn fengsles med drapsmenn*. I: A-magasinet, Aftenposten, 27.06.2008.

Rognlien, Knut. *Prinsipper for tolking av EMK*. <http://www.advokatredet.no/pres/kr-emk-tolkn.htm> [Sitert 30.03.11].

11.3. Lover:

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

11.4. Retningslinjer:

2002 Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til forskrift til loven. Vedtatt 16. mai 2002.

<http://img3.custompublish.com/getfile.php/958978.823.uqcrtbuvuq/Retningslinjer%2017.%20juli%202009.pdf?return=www.kriminalomsorgen.no>

11.5. Lovkommentarer:

Møse, Erik, Jørgen Aall og Ragnar Nordeide. *Menneskerettsloven med kommentarer*. I: Karnov nettversjon www.rettsdata.no [Sitert 11.04.11]. Note 70-75, 84-85.

11.6. Traktater:

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjonen, Roma 1950. I:

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

De Europeiske fengselsreglene Ministerkomiteens rekommandasjon Rec (2006) 2 til medlemsstatene om de europeiske fengselsreglene, Strasbourg 11. januar 2006. I:

<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=955747&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

11.7. Dommer:

Følgende dommer fra The European Court of Human Rights, Strasbourg, publisert på

<http://www.echr.coe.int/echr/en/header/case-law/hudoc/hudoc+database/>

Aleksanyan v. Russia, 22. desember 2008.

Bastone v. Italy, 18. januar 2005. Admissability-avgjørelse. Translation extract.

Baybasin v. the Netherlands, 06. juli 2006.

Boguslaw Krawczak v. Poland, 31. mai 2011.

Boyle and Rice v. The United Kingdom, 27. april 1988. Plenary.

Campbell v. The United Kingdom, 25. mars 1992.

D.G. v. Ireland, 16. mai 2002.

Dickson v. The United Kingdom, 4. desember 2007. Grand Chamber. Dissens 12-5.

E.B. v. France, 22. januar 2008. Grand Chamber. Dissens.

Enea v. Italy, 17. september 2009. Grand Chamber. Dissens 15-2.

Estrikh v. Latvia, 18. januar 2007.

Ferla v. Poland, 20. mai 2008.

Gülmez v. Turkey, 20. mai 2008. Dissens i begrunnelse, ikke resultat.

Handyside v. The United Kingdom, 07. desember 1976. Plenum. Dissens.

Hirst v. The United Kingdom, 06. oktober 2005. Grand Chamber. Dissens.

Ilascu and Others v. Moldova and Russia, 8. Juli 2004. Grand Chamber. Flere dissenser.

Kalashnikov v. Russia, 18. september 2001. Admissibility-avgjørelse.

Kleuver v. Norway, 30. april 2002. Admissibility-avgjørelse.

Kruslin v. France, 24. april 1990.

Labita v. Italy, 06. April 2000.

Lorsé and others v. the Netherlands, 04. februar 2003.

M.C. v. Finland, 25. januar 2001. Admissibility-avgjørelse.

Messina v. Italy, 28. september 2000. Dissens 6-1.

Moiseyev v. Russia, 09. oktober 2008.

Moustaquim v. Belgium, 18. februar 1991.

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 6. juli 2001. Grand Chamber.

Nowicka v. Poland, 3. desember 2002.

Öcalan v. Turkey, 12. mai 2005. Grand Chamber. Flere dissenser på ulike deler av dommen.

Olsson v. Sweden (no 1), 24. mars 1988. Plenum.

Ostrovar v. Moldova, 13. september 2005.

Petrov v. Bulgaria, 22. mai 2008.

Savenkovas v. Lithuania, 18. november 2008.

Selmani v. Switzerland, 28. juni 2001. Admissibility-avgjørelse.

Schönenberger and Durmaz v. Switzerland, 20. juni 1988.

Sijakova and others v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, 06. mars 2003.

Silver v. The United Kingdom, 25. mars 1983.

Sunday Times v. The United Kingdom, 26. april 1979. Plenum.

Togher v. The United Kingdom, 15. april 1998. Admissibility-avgjørelse.

Ucar v. Turkey, 11. april 2006.

Van der Ven v. The Netherlands, 04. februar 2003.

Vlasov v. Russia, 12. juni 2008.

X v. Austria, 30. mai 1974. Admissibility-avgjørelse.

X v. The Federal republic of Germany, 05. oktober 1972. Admissibility-avgjørelse.

X v. The United Kingdom, 02. februar 1970. Admissibility-avgjørelse.

X v. The United Kingdom, 18. juli 1974. Admissibility-avgjørelse.

11.8. Møterefater/resolusjoner:

Europarådet 19. februar 2004.

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents%2FWorkingDocs%2FDoc04%2FEDOC10097.htm>

Europarådet 02. Oktober 2006.

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc06/EDOC11041.pdf>

EU 13. Mars 2008.

European Parliament resolution of 13. March 2008 on the particular situation of women in prison and the impact of the imprisonment of parents on social and family life. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:066E:0049:0056:EN:PDF> [Sitert 22.04.11]

