

ESSAY:

HVILKEN RETTSPOLITISK BETYDNING BØR KRITIKK FRA CPT HA FOR NORSKE REGLER OM ISOLASJON VED VARETEKTSFENGSLING? ¹

Innledning

Fullstendig isolasjon innebærer at en varetektsinnsatt avskjæres fra kontakt med andre innsatte, jf strpl § 186a. Formålet er at siktede skal hindres fra å ødelegge bevis. Antagelsen er at bevisforspillelse kan skje ved trusler eller beskjeder til andre medskyldige på innsiden av fengselets murer, altså andre siktede som også er varetektsfengslet. Alternativt frykter man at den varetektsinnsatte kan ødelegge bevis på utsiden av murene. Man tenker seg at den siktede – gjennom andre innsatte – skal formidle beskjeder eller trusler overfor medskyldige som fortsatt er på frifot, eller overfor vitner. En annen variant er frykt for at den siktede – gjennom beskjeder formidlet gjennom andre innsatte – skal få noen på utsiden til å ødelegge fysiske bevis eller gjøre tiltak for å skjule utbyttet.

I de fleste tilfeller kombineres isolasjon med brev- og besøksforbud, jf strpl § 186.² Den siktede avskjæres da fra kontakt med verden utenfor murene. Unntaket er den kontakt man har med sin egen advokat. Innenfor murene er isolasjonen ikke absolutt – en viss kontakt vil man ha med fengselets ansatte. Ressurshensyn setter imidlertid sine grenser for denne type kontakt. Uansett er fullstendig isolasjon utvilsomt i kategorien blant de sterkeste og mest belastende inngrep staten anvender.

Den europeiske torturovervåkingsskomité (CPT) har gjentatte ganger fremmet kritikk mot norsk regelverk og praksis knyttet til bruk av isolasjon i varetektsfengsel. Hovedpunktene i kritikken er at CPT mener at isolasjon brukes i *alt for mange tilfeller*. Bruken bør begrenses til tilfeller der det er ”*absolutely essential in order to protect the interests of justice*”. Videre peker CPT på faren for at isolasjonsinstituttet kan bli misbrukt som pressmiddel for å få den

¹ Thomas Horn (f. 1973) er stipendiat ved Institutt for offentlig rett, juridisk fakultet i Oslo. Tema for avhandlingen er isolasjon ved varetektsfengsling.

² I følge Kriminalomsorgens statistikker for 2008 og 2009 kombineres isolasjon med brev- og besøksforbud i 70 % av tilfellene. I 17 % av tilfellene benyttes brev- og besøkskontroll. Bare 14 % av tilfellene er uten brev- og besøksrestriksjoner. På grunn av praktiske forhold (bl.a. ressurser m.h.t til å gjennomføre kontrollerte besøk), er adgangen til besøk i praksis sterkt begrenset også i det tilfellene man illegges besøkskontroll. Utenlandske varetektsinnsatte har for øvrig uansett begrensede muligheter for besøk fra sin familie og omgangskrets.

siktete til å samarbeide med politiet. CPT reiser også spørsmål ved *realiteten i rettens overprøving* – gjennomføres varetektssaker på en betryggende måte? Endelig mener CPT at arbeidet for å begrense skadevirkninger av isolasjon må styrkes, bl.a. gjennom aktiviserende tiltak for den innsatte og gjennom bedre psykiatrisk tilsyn.³

Spørsmålet er så hvilken betydning denne kritikken bør få?

Dette er på mange måter et spørsmål om menneskerettighetenes betydning i norsk rett – et klassisk tema i norsk juridisk diskusjon. Vi har de siste 20 år sett en utvikling fra presumsjonsprinsippet,⁴ via klarhetsreservasjonen i ”Bølgepapp”-saken,⁵ videre til vedtagelsen av fanebestemmelsen Grunnloven § 110c,⁶ men ikke minst med vedtagelsen av menneskerettighetsloven i 1999 som et foreløpig høydepunkt.

Denne utviklingen er imidlertid en utvikling med hensyn til menneskerettighetenes betydning *de lege lata*. Man kan gjerne spørre hvilken betydning CPTs kritikk bør ha for *gjeldende regler* om isolasjonsfengsling. I så fall blir det først og fremst et spørsmål om man skal legge vekt på CPTs uttalelser som et moment ved anvendelsen av *sikkerhetsventilen* i strpl § 170a, som altså forbyr de rent uforholdsmessige inngrep.

Jeg tror imidlertid det er vel så fruktbart å velge en rettspolitisk innfallsvinkel til spørsmålet om isolasjon i varetekt: *Hvordan kan reglene om isolasjonsfengsling lages best mulig?* Med denne innfallsvinkelen blir spørsmålet om betydningen av CPTs kritikk en annen:

- Bør lovgivningen utformes under hensyn til hva CPT måtte mene om norsk praksis knyttet til isolasjonsfengsling?

For å angripe denne konkrete problemstillingen, kan det imidlertid være nyttig å starte med et fugleperspektiv.

Bakteppe

For hva er det egentlig med fenomenet menneskerettigheter? Ordet ”menneskerettigheter” har jo en slagkraft som få andre. Det er kanskje ikke så rart.

³ Se CPTs rapporter etter inspeksjoner i Norge i 1993, 1997, 1999 og 2005 (jf henholdsvis CPT/inf (94) 11, CPT/inf (97) 11, CPT/inf (2000) 15 og CPT/inf (2006) 14. I tillegg har FNs torturovervåkingskomité fremmet kritikk i sin rapport fra 2007, jf A/HRC/7/4/Add.2.

⁴ ”Norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser”, jf f.eks. Rt. 1997s. 580 (OFS).

⁵ Rt. 1994 s. 610.

⁶ Om betydningen av Grl § 110c, se f.eks. Rt. 1997 s. 580 (OFS).

Tanken om universelle rettigheter har gjennomlevd mange faser. Under enevoldstiden hadde menneskerettslignende tanker liten plass i juridisk argumentasjon. Man var henvist til teoretiske konstruksjoner som Grotius' naturrett – tanker man i høyden kunne håpe skulle øve indirekte innflytelse på en forhåpentligvis opplyst eneveldig monark.⁷

Men tankegodset hadde sprengkraft. Forestillinger om visse universelle og ukrenkelige rettigheter har dannet ideologisk fundament for atskillige oppgjør med eneveldige konger. Allerede i 1215 ble Johan uten land tvunget til å undertegne Magna Carta Liberata. Fart i sakene ble det vel ikke før renessansens individfokus og rasjonalitet vokste til opplysningstid, med filosofer som for eksempel Montesquieu, Locke og Rousseau. I 1776 ble engelske George III konfrontert med den amerikanske forestillingen om at alle menn er født like. I Frankrike ble det satt et endelig punktum for solkongens tanker om forholdet mellom konge og stat da hans tipp-tippoldebarn Louis XVI ble brakt til skafottet i 1792.

I Norge varte det dansk-norske eneveldet frem til 1814. Da grunnlovsfedrene møttes på Eidsvoll ble tankegods fra de amerikanske og franske revolusjonene adoptert. Den norske konstitusjonen var et tidlig eksempel på beskyttelse av viktige individrettigheter. Parallelt vokste folkesuverenitetsprinsippet seg stadig sterkere ut over 1800-tallet. I 1848/49 fikk også Danmark sin grunnlov. I 1892 ble svenskekongen endelig parkert til fordel for Stortingets suverenitet – en makt utledet fra folket i valg.

Men rasjonalitet, optimisme og fremtidstro skulle bli brutalt utfordret av det ragnarokk som utspilte seg i to verdenskriger. I pustepausen mellom første verdenskrig og annen verdenskrig var det ikke Woodrow Wilsons idealistiske tanker tuftet på et folkenes forbund som vant frem. I stedet fikk verden lære å kjenne kollektive ideologier der individet ble ansett som alt annet enn ukrenkelig. Mellomkrigstiden og den annen verdenskrig demonstrerte med all mulig tydelighet nasjonalstatens utilstrekkelighet som garantist for individets rettigheter. Det var derfor først etter å ha erfart den annen verdenskrigs uhyrligheter at det var grunnlag for den kollektive kraftanstrengelse det var å avføde FNs verdensserklæring om menneskerettighetene.

Etter krigen har menneskerettstanken stått sterkt i Norge. Menneskerettighetene har vært et vern mot den sterkeste rett. For individet – som vern mot en ”tyrannisk stat”. Men ikke uten

⁷ Det er ingen hemmelighet at flere av de dansk/norske konger var tvilsomme representanter for ideen om den opplyste monark, jf f.eks. den åpenbart sinnsyke kong Christian VII. Gjennom kongens livlege, Struensee, fant likevel mange av opplysningstidens tanker bakveien inn også til hans kongemakt.

ideologisk overføringsverdi også til forholdet mellom stater. For en liten nasjon fremstår menneskerettighetsidealet som en viktig folkerettslig barriere overfor ren maktpolitikk.

Etterkrigstidens fokus var likevel primært rettet utover – mot andre. Vi var stolte av at EMDs president var norske Rolv Ryssdal. Sammen med land vi liker å sammenligne oss med (Sverige, Danmark og Nederland) brukte Norge tidlig EMK til å reise statsklage mot en stat vi ikke likte å sammenligne oss med – nemlig militærdiktaturet i Hellas.⁸ At *norske* regler og *norsk* praksis skulle kunne være i strid med menneskerettighetene var derimot en nærmest utenkelig tanke. Vittige tunger har sagt at presumsjonsprinsippet innebar at folkeretten ble presumert å være i samsvar med norsk rett.

Utover 1990-tallet ble perspektivet i økende grad vendt innover – også i praksis. EMK ble stadig oftere ble påberopt for Høyesterett. Man grep da fort til å stadfeste dualismen og til avgrensning av EMKs gjennomslagskraft gjennom ”bølgepapp”-reservasjonen. Folkerett og menneskerettigheter er vel og bra, men EMK kunne ikke overstyre norsk lovgiving eller praksis, med mindre konvensjonsbestemmelsen var ”tilstrekkelig klar og entydig”. Noe annet ville gå for mye på bekostning av den nasjonale lovgivers suverenitet. Ingen kunne her anklage Høyesterett for ”judicial activism”. ”Bølgepapp”-reservasjonen ble imidlertid utformet av Høyesterett i avdeling, uten noen drøftelse av *hvorfor*. Uten klart mandat fra lovgiver var det vel kanskje fristende å følge den trygge sti.⁹

Men svaret fra lovgiver kom. Først ved vedtagelsen av faneparagrafen i Grunnloven § 110c. Men viktigere; gjennom vedtagelsen av menneskerettighetsloven i 1999. Som kjent ønsket Justisdepartementet å holde fast ved en linje som ligger nær opp til ”Bølgepapp”-prinsippet. En samlet stortingskomité fremholdt imidlertid at det ville være ”... et svært viktig signal til enkeltpersoner, institusjoner, styresmakter og omverda at Noreg no inkorporerer den europeiske menneskerettskonvensjon ...”. Den internasjonale signalverdien ble ytterligere understreket:

”Komiteen vil understreke at det er viktig å vektlegge at Noreg no i lovs form underlegg seg dei nemnde menneskerettskonvensjonane. Det er ei understreking av at norske styresmakter tek menneskerettane på alvor. Det vil styrke rettstryggleiken til eigne borgarar og samstundes gje

⁸ Hellas-saken (sak 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67).

⁹ Avgjørelsen i ”Bølgepapp” reiste som kjent en intens debatt, også internt i Høyesterett – med justitiarius Smith og dommer Skoghøy som de kanskje fremste talsmenn for at Høyesterett burde innta en mer fremoverlent innstilling.

oss truverde i vårt internasjonale arbeid, der norske styresmakter og ikkje-statlege organisasjonar arbeider for respekten for menneskerettane i andre land.”¹⁰

For et samlet Storting var det altså ”svært viktig” å styrke Norges ”truverde i vårt internasjonale arbeid ... for respekten for menneskerettane i andre land”.

Men også når det gjelder det å ”styrke rettstryggleiken til eigne borgarar” har erfaring vist at det er viktig at menneskerettighetene gir oss et *referansepunkt utenfor Norge*, som vår nasjonale grunnlov ikke kan gi oss. Det er fort gjort å tenke at tingenes tilstand er som de skal være, så lenge alt er slik det alltid har vært her på berget. Sakene om administrative straffereaksjoner, herunder om ”dobbeltraff” (gjentatt straffeforfølgning), kan være eksempler i så måte. Høyesteretts obiter dictum om EMK P7-4 i Bøhler-saken viser hvor vanskelig det kan være å forlate inngrodde tankebaner.¹¹ Feilen ble imidlertid rettet opp i Rt. 2002 s. 557. Dermed var døren åpnet for en lang rekke saker der norsk forvaltningspraksis ble utsatt for det jeg vil mene var en sunn selvransakelse.¹²

”Bøhler”-doktrinens reservasjon om vektlegging av ”norske verdiprioriteringer” innebærer en utfordring for lojaliteten til det universelle og kollektive prosjektet som menneskerettstanken bygger på. Andenæs og Kravik har riktignok påvist hvordan Høyesterett etter vedtagelsen av menneskerettsloven nettopp *ikke* har benyttet denne bakveien ut av revehiet. I *praksis* har Høyesterett i stedet lagt vekt på at norske verdier støtter opp under en individbeskyttende tolkning av EMK.¹³

¹⁰ Innst. O. nr 51 (1998-1999) s. 2.

¹¹ Rt. 2000 s. 996. Høyesterettsdommer Gunnar Aasland har i artikkelen ”Nyere argumentasjonslinjer i Høyesteretts praksis” fremhevet dette som eksempel på et mislykket obiter dictum, jf LoR 2006 s. 387 på s. 394.

¹² Selvransakelsens bredde kan illustreres av Bjørn O. Bergs doktoravhandling fra 2005, ”Forvaltningssanksjoner: Forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av ulovlig vinning”.

¹³ Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik, ”Norske verdier og EMK”, LoR 2010 s. 1. For egen del deler jeg Andenæs og Kraviks skepsis til ”Bøhler”-doktrinens forbehold for ”norske verdiprioriteringer”. Hovedinnvendingen er at forbeholdet står i motstrid til tanken om menneskerettigheter som et universelt og kollektivt prosjekt, samtidig som synspunktet om en ”dialog” mellom norske domstoler og EMD synes urealistisk i en situasjon der EMDs arbeidsbyrde er nesten uoverkommelig stor. Når dette holdes sammen med det grunnleggende prinsippet om at det i første rekke er opp til statene å sikre menneskerettighetene, jf artikkel 1 og subsidiaritetsprinsippet, blir reservasjonen for norske verdiprioriteringer problematisk. Derimot er jeg usikker på om ikke Andenæs og Kravik går for langt i å avskrive reservasjonen virkning *de lege lata* når det hevdes at uttalelsen ikke gjelder som ”tolkningsprinsipp eller reelt hensyn som virker som en rettslig skranke eller filter mot EMK og EMDs praksis” (op cit. s. 20). De skarpe dissensene i Rt. 2007 s. 1217 og Rt. 2008 s. 1409 viser etter min mening at forbeholdet er høyst reelt. I sistnevnte dom viser dommer Endresen nettopp til forbeholdet for norske verdiprioriteringer når han finner det avgjørende at ”jeg kan vanskelig se at det kan være grunnlag for en rimelig sikker slutning om at det strider mot uskyldspresumpsjonen i EMK at det ilegges tilleggsskatt basert på at det faktiske grunnlag er godtgjort av ligningsmyndighetene med alminnelig

Et godt eksempel på *vekselvirkningen* mellom disse to siste aspektene er Rt. 2008 s. 1861. Her ble skattemyndighetenes fasttømrede oppfatning om at tilleggsskatt kan ilegges basert på simpel sannsynlighetsovervekt forlatt. Flertallet kom til at dette var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2). Ikke nok med det: Høyesterett slo fast at de nasjonale norske skattereglene faktisk aldri hadde gitt adgang til å ilegge tilleggsskatt på grunnlag av simpel sannsynlighetsovervekt. Dette siste var nok overraskende for mange skatterettsjurister, men viser altså at saker som inkluderer referansepunkter utenfor Norge også kan bidra til økt vilje til fornyet gjennomgang av *norsk rett* – noe som igjen kan føre til dypere erkjennelse også av ”norske verdiprioriteringer”. Norske verdiprioriteringer er ikke nødvendigvis i samsvar med norsk praksis, men kanskje vel så gjerne med menneskerettslige prinsipper.

Skal jeg prøve å sammenfatte disse historiske betraktningene mener jeg at det kan være viktig å være seg bevisst følgende momenter:

- *For det første* er menneskerettighetene dypt forankret i vår kulturarv. Menneskerettstanken er rotfestet så å si i ”rettens dypstruktur”, for å benytte Tuoris terminologi. Alene av den grunn nyter menneskerettighetene svært stor legitimitet.
- *For det annet* er menneskerettigheter noe mer enn et spørsmål om konkrete interesseavveininger innenfor en nasjonalstat. Menneskerettigheter er et *kollektivt* prosjekt på internasjonalt plan. Dette prosjektet utesker lojalitet også i situasjoner der man på nasjonalt nivå mener at man selv vet best, og helst vil være herre i eget hus.
- *For det tredje* gir menneskerettighetene oss et referansepunkt utenfor Norge, som gjør oss bedre i stand til å foreta en kritisk analyse av eget lovverk og egen praksis.
- *For det fjerde* er menneskerettslige verdier som regel ikke i motstrid med norske verdier – tvert om. Menneskerettslig argumentasjon kan ofte tjene til å bringe på banen verdier som er dypt forankret i norsk rettskultur, men som i det praktiske norske rettsliv ufortjent kan ha blitt stilt i skyggen av for eksempel tilvante tanker om hvordan man pleier å gjøre det innenfor et bestemt rettsområde.

Tilbake til start – og litt om hva CPT er og ikke er

sannsynlighetsovervekt”. Synspunktet fikk tilslutning fra i alt fem av elleve dommere.

Dermed vender jeg tilbake til start, og til spørsmålet om vi bør legge vekt på hva Europarådets torturovervåkningskomité måtte mene om norsk isolasjonspraksis?

For å svare på dette er det nødvendig å først si noe om hva CPT er – og ikke minst hva CPT ikke er.

CPT er opprettet ved den europeiske torturkonvensjonen.¹⁴ Konvensjonen inneholder ingen materiell beskyttelse mot tortur, slik som EMK artikkel 3. Det sentrale ved konvensjonen er at CPT etableres som et *forebyggende* håndhevingsorgan. Ulikt EMD foretar komiteen ingen etterfølgende prøving av konvensjonsstatenes atferd i enkeltsaker. I stedet gjennomfører CPT inspeksjoner i de respektive land for å *forebygge* og *styrke* vernet for frihetsberøvede, jf mandatet i konvensjonens artikkel 1:

"The Committee shall, by means of visits, examine the treatment of persons deprived of their liberty with a view to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrading treatment or punishment."

CPT er dessuten et "non-judicial machinery".¹⁵ Det er *ikke* CPTs oppgave å foreta *rettslige vurderinger*. På grunn av CPTs ikke-juridiske rolle, og på grunn av CPTs mandat om å *styrke* vernet for frihetsberøvede, er det rimelig å hevde at CPTs "recommendations" har et siktemål som *går ut over* det å hindre at statene krenker EMK artikkel 3. Siktemålet er å hjelpe statene på vei mot et felles mål: "to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrading treatment or punishment". CPT skal være en pådriver for å utvikle best mulig regler og best mulig praksis innenfor konvensjonens område.

Forskjellen mellom EMDs funksjon som domstol og CPTs rolle som forebyggende håndhevingsorgan illustreres av EMDs dom i saken Aerts mot Belgia. CPT hadde her kritisert Belgia for manglende psykiatrisk behandling av varetektsfanger: "The standard of care of the patients on the psychiatric wing fell, in every respect, below the minimum acceptable from an ethical and humanitarian point of view." Da saken senere ble brakt inn for EMD ble det likevel ikke konstatert krenkelse av artikkel 3. EMD understreket bl.a. at "ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3".¹⁶ EMDs praksis har i det hele vært svært restriktiv med hensyn til å konstatere krenkelse av artikkel 3.¹⁷ Det er

¹⁴ The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

¹⁵ CPTs sammensetning underbygger dette: Komiteen er for tiden sammensatt av jurister, medisiner og psykiatere, statsvitere, en fengselsdirektør, en sosiolog og en prest.

¹⁶ Aerts mot Belgia (25357/94) avsnitt 28 og avsnitt 61 flg.

¹⁷ Et eksempel er storkammersaken om den kjente "sjakalen", Ramirez Sanches mot Frankrike (sak 59450/00). Til tross for at Ramirez Sanches hadde blitt holdt i fullstendig isolasjon i en periode på over åtte år, ble

derfor rimelig å legge til grunn at det i praksis er relativt stor forskjell på hvilke forhold som kan utløse kritikk fra CPT og hvilke forhold som kan resultere i at EMD konstaterer krenkelse av EMK artikkel 3.¹⁸

CPT har aldri uttalt at norsk praksis knyttet til isolasjon ved varetektsfengsling er direkte i strid med EMK artikkel 3. Men de hyppige inspeksjonene (1993, 1997, 1999 og 2006) med stadig tilbakevendende fokus på isolasjonspraksis har utvilsomt vært gjennomført for å drive aktiv oppfølging og *påvirke* norsk regelverk og praksis, jf nettopp CPTs forbyggende mandat.

Selv om CPT primært skal ha en *praktisk* forebyggende rolle, fremmer altså komiteen kritikk mot forhold som ikke nødvendigvis kvalifiserer for krenkelse av EMK artikkel 3. Det er derfor grunn til å tro at CPT anser det som en del av sin rolle å også drive *forebygging på regelnivå*. Slik sett er CPT en motor som virker i retning av *dynamisk utvikling* av menneskerettighetsbeskyttelsen – og kanskje også av konvensjonens rekkevidde. At CPT skal ha en slik rolle kan vel kanskje sies å følge av mandatet og av konvensjonsstatenes felles målsetningen om å styrke vernet for frihetsberøvede.

Et spørsmål om rettspolitikk – ikke om rettsanvendelse

Høyesterett har for sin del vært skeptisk i forhold til dynamisk utvikling av menneskerettighetene, jf ”Böhler”-doktrinen:

”Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig.

isolasjonen ikke funnet å krenke EMK artikkel 3.

¹⁸ Det er likevel verdt å merke seg at Danmark i 2005 bare så vidt gikk klar av dom på krenkelse i saken Rohde mot Danmark (sak 69332/01). Mindretallet på tre av syv dommere mente at avgjørelsen om isolasjon var dårlig begrunnet, og var ”not convinced that it was absolutely necessary, in the circumstances, to subject the applicant to the exceptional measure of pre-trial detention in solitary confinement for such a long time [11,5 måneder]”. Utslagsgivende for mindretallet var imidlertid utilstrekkelig helsemessig oppfølging av den innsatte Rohde. Han var i en psykisk sårbar stilling, og det forelå konkrete faresignaler (han hadde gitt uttrykk for at han vurderte selvmord). Staten hadde likevel ikke sørget for tilstrekkelige rutiner for psykologiske eller psykiatriske undersøkelser. Flertallet, med den danske EMD-dommeren som tungen på vektskålen, la imidlertid vekt på at Rohde hadde fått regelmessig tilsyn av annet helsepersonell, og at det ikke kunne kreves regelmessige undersøkelser av psykolog eller psykiater. Når det gjaldt lengden av isolasjonsperioden i seg selv, la flertallet stor vekt på at Rohde hadde fått tilgang til en rekke besøk av sin familie og av sin advokat, og at han i fengselet hadde hatt ganske omfattende kontakt med ulike kategorier personell.

På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkingen av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. På grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås.”

Hvis man kan møte EMDs utviklende tolkning med en slik skepsis, må vel det samme gjelde i minst like stor grad for CPT? Så hva betyr dette synspunktet for vekten av CPTs kritikk?

Etter min mening lite – i en rettspolitisk sammenheng.

Som det fremgår av Høyesteretts begrunnelse er ”Bøhler”-doktrinen utformet til bruk for Høyesterett og andre som *anvender* retten. Rettspolitikk er imidlertid et spørsmål om hvilke lover lovgiver bør gi. Rettspolitiske synspunkter forrykker selvsagt ikke ”den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på”. *Lovgiver* kan ha ambisjoner som går ut over det å hindre at Norge blir dømt for krenkelse av EMK. Lovgiver kan endog mene at norsk lovgiving bør bygge inn ”sikkerhetsmarginer”. Lovgiver kan til og med ønske å bidra til en dynamisk utvikling av konvensjonen – nettopp for å bidra til kollektiv utvikling av menneskerettsvernet. Vedtagelsen av den europeiske torturkonvensjonen og opprettelsen av CPT kan anses som utslag av en slik dynamisk politisk målsetting, som Norge har sluttet seg til gjennom ratifikasjon av konvensjonen.

Når debatten om EMDs legitimitet den siste tiden har gått høyt, har en helt sentral innvending for EMD-skeptikerne nettopp vært at EMD driver dynamisk utvikling av konvensjonen, og at domstolen hevdes å være problematisk i forhold til det nasjonale flertallsstyre.¹⁹ Dette er selvsagt en interessant debatt, men mitt poeng her er bare at i en rettspolitisk kontekst vil denne type innvendinger ikke være treffende. Man må altså være seg bevisst at det

¹⁹ Se som eksempler fra denne debatten: Inge Lorange Backer, ”Den europeiske menneskerettighetsdomstol – utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet”, Andreas Føllesdal, ”The legitimacy of International HR Review” (Journal of Social Philosophy 2009 s. 595), og Anine Kierulf, ”Rettsstatens overnasjonale vending: den andre prøvingsretten” (Nytt norsk tidsskrift 2009 s. 256), Inge Lorange Backer, ”Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon” (Norsk tidsskrift for menneskerettigheter 2005 s. 425), Geir Ulfstein, ”Internasjonale menneskerettigheter – er det gått for langt?” (LoR 2005 s. 257), Marius Emberland, ”Menneskerettighetene er ingen trussel mot rettssikkerheten” (LoR 2005 s. 313), Njål Høstmælingen, ”Står Den europeiske menneskerettighetsdomstolen for fall?” (LoR 2005 s. 308).

rettspolitisk vil være klart mindre problematisk å legge vekt på kritikken fra CPT enn det ville være å trekke vidtrekkende slutninger de lege lata.²⁰

Hvorfor bør vi legge vekt på CPTs kritikk?

Når innvendingen knyttet til demokratisk legitimitet kan legges til side i en rettspolitisk sammenheng, mener jeg at de fire momenter som jeg har nevnt ovenfor trer frem med enda større tyngde.

1. For det første bør vi legge vekt på CPTs kritikk fordi kritikken er utøvet av et menneskerettslig organ som er en del av et kollektivt prosjekt om å styrke menneskerettighetene. I St.meld nr 21 (1999-2000) heter det på s. 3:

”Svaret er enkelt: Menneskerettigheter gjelder alle individer, uavhengig av om de er bosatt i Norge eller andre deler av verden. Dette universalitetsprinsippet gir et moralsk og rettslig imperativ for alle til å bidra til en global menneskerettighetsbeskyttelse. Derfor er tiltak som fremmer menneskerettigheter, et viktig virkemiddel i norsk utenrikspolitikk. Bare gjennom en samlet innsats for alle sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter kan vi føre en utenrikspolitikk som fremmer Norges interesser og sikkerhet, bidrar til internasjonal fred og rettferdighet og verner om menneskerettighetene. På grunnlag av et slikt helhetlig perspektiv ønsker Regjeringen å føre en offensiv menneskerettighetspolitikk. Dette gjelder så vel i internasjonale fora som i direkte samarbeid med andre land enkeltvis.”

Når det konkret gjelder varetektsområdet er dette felles prosjektet nedfelt i den Europeiske torturkonvensjon, som gir CPT mandat til å arbeide for styrking av vernet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling av frihetsberøvede. Gjennom Østersjørådet har for øvrig Norge selv sittet i førersetet for et internasjonalt prosjekt som nettopp skal styrke gjennomslagskraften for internasjonale standarder på varetektsområdet. Det bør i så måte neppe anvendes ”double standards” – avhengig av om man fra norsk side driver utenriks- eller innenrikspolitikk.²¹

²⁰ Kanskje bør man også være seg bevisst hvem som opptrer med ”lovgever”-hatten. Se f.eks. diskusjonen knyttet til manglende inkorporering av barnekonvensjonen, jf Vibeke Blaker Strands artikkel ”På vei bort fra menneskerettslovens system?” (Kritisk Juss 2010 s. 218).

²¹ Prosjektet ledet frem til ”Pushkin-erklæringen”, der hovedbestemmelsen er at: ”The institution of Pre-trial detention must be established and implemented in full compliance with existing European and international norms and standards.” Blant disse standardene finnes ikke bare rene menneskerettighetsbestemmelser, men også ”soft law” som Europarådets rekommandasjon for varetekt (Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse) og FNs Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment (FNs generalforsamlings resolusjon A/RES/43/173).

Skal vi arbeide for styrking av menneskeretter utenfor Norges grenser, kan vi ikke avfeie kritikk mot Norge som irrelevant. Tvert om – selv der vi i og for seg er uenig i substansen i kritikken, er den internasjonale kritikkens blotte eksistens en faktor som i seg selv som taler for endring av norsk regelverk og praksis. Dette er i samsvar med det grunnsyn som ligger bak et samlet stortings prinsipielle holdning ved vedtagelsen av menneskerettsloven.²²

2. For det annet bør vi legge vekt på CPTs kritikk fordi kritikken gir oss et *referansepunkt* utenfor Norge – som kan danne grunnlag for kritisk selvrefleksjon.

Også dette kan illustreres av St.meld nr 21 (1999-2000), der det heter at regjeringen gjennom arbeidet med planen er ”blitt oppmerksom på en del slike mulige problemfelt og menneskerettighetsutfordringer” også innenfor Norges grenser. Kritikken fra CPT på varetektsområdet var nettopp ett av de problemområder regjeringen her pekte på. Denne type kritikk ga etter regjeringens mening oppfordring til selvransakelse – den ”kaller på grundige analyser, samordning av informasjon, forskning og utviklingsarbeid”.²³

3. For det tredje er det altså slik at denne type selvrefleksjon kan avsløre at CPTs kritikk faktisk viser seg å være i bedre overensstemmelse med ”norske verdiprioriteringer” enn det en mer eller mindre ubevisst tradisjon innenfor det norske varetektsfengslingsregimet viser seg å være.

Menneskerettstanken altså så å si er rotfestet i ”rettens dypstrukturer”, noe som gjenspeiles Stortingets grunnleggende målsetning å arbeide for et styrket menneskerettsvern. Dette arbeidet må gjøres på en lojal måte overfor de internasjonale institusjoner som har fått oppdraget, og kritisk selvransakelse kan bidra til bedre selvinnsikt og kanskje også en erkjennelse om at de menneskerettslige verdier ofte også gjenspeiles i de ”norske verdiprioriteringer”.

²² I sin artikkel ”Høyesterett frem mot sitt 200. år - rolle, oppgaver og arbeidsmåte” uttaler Tore Schei: ”Det er riktig at dette medfører en forskyvning av makt fra Storting til Høyesterett. Men det er mer en sideeffekt. Det bakenforliggende ønske - som er Stortingets - er at Norge skal ta del i den internasjonale rettsorden som de internasjonale menneskerettigheter innebærer og også ta del i utvidet europeisk økonomisk integrasjon. Det er altså rettsregler som skal følges internasjonalt, og som gir den enkelte borger rettigheter. Skal dette være en realitet, kan det ikke være opp til det enkelte lands parlament selv å definere de regler det har bundet seg til å følge. For meg er det ikke naturlig å se Høyesteretts medvirkning ved å klarlegge disse reglene som et demokratiproblem. Også her dominerer etter mitt skjønn det forhold at domstolenes medvirkning og avgjørelser gjør det politiske valg til en realitet.” (Lov og Rett 2004 s. 131 på s. 133).

²³ St.meld nr 21 (1999-2000) s. 2.

På denne bakgrunn er det ikke overraskende at CPT allerede *har fått* rettspolitisk virkning. Mest vesentlig ved at straffeprosessloven ble endret i 2001/2002. Spørsmålet om isolasjon overfor andre innsatte skal nå avgjøres av retten, og ikke lenger inntre som en automatisk følge av brev- eller besøkskontroll/-forbud overfor omverdenen. Ved lovendringen ble det nettopp vist til kritikken fra CPT – både i høringsutkast, odelstingsproposisjonen, i innstillingen til Odelstinget og i debatten i Odelstinget.²⁴ Fra saksordførers side var det den internasjonale kritikken som ble fremhevet. I justiskomiteens *enstemmige* merknader het det:

”Komiteen viser til at norske lovbestemmelser og praksis ved varetekt og isolasjon har vært kritisert av internasjonale kontrollorganer, og er tilfreds med at departementet foreslår endringer som vil sikre at Norge overholder sine folkerettslige forpliktelser. Stortingets vedtak av menneskerettsloven av 21. mai 1999 innebærer at de sentrale menneskerettighetskonvensjonene skal gjelde som norsk lov, og komiteen vil understreke betydningen av at lovgivningen for øvrig følges opp for å unngå motstrid.”²⁵

Det burde altså ikke være veldig kontroversielt å hevde at kritikken fra CPT blir og bør tillegges betydelig rettspolitisk vekt.

Hvorfor bør vi være forsiktige med å legge vekt på CPTs kritikk?

Likevel bør man spørre seg: Hvilke forhold tilsier at vi skal være forsiktige med å legge for stor rettspolitisk vekt på CPTs kritikk? Jeg skal her ganske overflatisk peke på noen momenter jeg tror det kan være nyttig å være seg bevisst.

Det viktigste momentet er nok at CPTs kritikk ikke gir uttrykk for krenkelser av EMK. Som tidligere fremhevet ligger det en politisk verdi i å støtte opp om CPTs håndhevings-funksjon, og om den europeiske torturkonvensjonens mål om bedret vern for frihetsberøvede. Men man skal ikke overse at dette likevel er noe annet enn å hindre direkte krenkelser av EMK. Kort sagt: Det er forskjell på CPT og EMD.

²⁴ Se Ot.prp nr 66 (2001-2002) s. 43-44, Innst. O. nr 68 (2001-2002), referat fra Lagtinget 17.06.2002.

²⁵ Innst. O. nr 68 (2001-2002) s. 2.

Et annet moment er at CPT er et ekspertorgan med ett bestemt formål for øye. Det er alltid en fare for at slike ekspertorganer kan pådra seg et ”*tunnelsyn*”, der mothensyn ikke blir ofret tilstrekkelig oppmerksomhet.

I vårt tilfelle er det viktigste mothensynet effektiv kriminalitetsbekjempelse – et hensyn som utvilsomt er av stor rettspolitisk vekt. En stor del av isolasjonsbruken skjer i forbindelse med etterforskning av alvorlig narkotikakriminalitet. Ønsket om effektiv etterforskning og straffeforfølgning av denne type kriminalitet, som på kynisk vis leder til store skadevirkninger for narkotikamisbrukere, synes vel etablert i det norske samfunnet. Det er dessuten tale om en form for kriminalitet som ofte er organisert – noe som også kan utnyttes dersom man innenfra et fengsel ønsker å ødelegge bevis. Den alvorlige narkotikakriminaliteten kan også ofte være preget av en intern justis og en opptreden overfor tredjemenn som gir grunn til å frykte påvirkning av medsiktede og vitner gjennom trusler og lignende fremgangsmåter.

Om festtaler, konfliktlinjer og behovet for politiske valg

Fra en norsk politisk synsvinkel tilsier dette at det kan være betydelig forskjell mellom politiske festtaler og vurderinger som skjer etter en nøyere vurdering der man er tvunget til å vurdere viktige mothensyn. Det er for eksempel ikke vanskelig å være enig i at den norske staten bør arbeide for et effektivt menneskerettighetsvern både her hjemme og ute. Men når man ser at dette kan koste – for eksempel i form av mindre effektiv kriminalitetsbekjempelse – kan den politiske realitet lett synes mer komplisert.

Vi har tidligere sett tilfeller der det har vært klare og uttrykte konfrontasjoner mellom norsk politikk og kritikk fra internasjonale organer. Et eksempel på dette finnes i saken om tvungen lønnsnemnd som tiltak mot streik i oljesektoren, jf Rt. 1997 s. 580 (OFS). Her hadde ILOs styre i syv tilfeller gitt klagerne medhold i at bruk av tvungen lønnsnemnd ikke var overensstemmende med prinsippene for organisasjonsfrihet. I likhet med CPT har imidlertid ILOs styre ikke noen kompetanse til å avgjøre det folkerettslige tolkningsspørsmålet med juridisk bindende virkning – det er et spørsmål for Haag-domstolen, hvilket Høyesterett

selvsagt ikke unnlot å presisere. Til tross for manglende juridisk tolkningskompetanse, hadde kritikken fra ILO-organene åpenbart vært relevante momenter i en *rettspolitisk* vurdering, jf departementets foredrag i forbindelse med vedtagelsen av den provisoriske anordningen:

”Norge har ratifisert flere ILO-konvensjoner som verner organisasjonsfriheten og streikeretten (konvensjonene nr 87, 98 og 154). Slik konvensjonene har vært tolket av ILOs organer er det bare adgang til inngrep i streikeretten dersom streiken setter liv, helse eller personlig sikkerhet i fare for hele eller deler av befolkningen. Den europeiske Sosialpakten, under Europarådet, har i artikkel 6 pkt 4 jf artikkel 31 tilsvarende bestemmelser som verner retten til bruk av kampmidler.

Med bakgrunn i at norske myndigheter flere ganger har vedtatt tvungen lønnsnemndsbehandling og nedlagt streikeforbud overfor arbeidskonflikter i Nordsjøen, har Oljearbeidernes Fellessammenslutning tre ganger tidligere klaget Norge inn for Den internasjonale arbeidsorganisasjon (ILO) med påstand om brudd på konvensjonene om organisasjonsfrihet. ILOs organer har i denne sammenheng reist kritikk mot norske myndigheters praksis og uttalt at de foretatte lovinngrep overfor arbeidstvister i oljesektoren ikke er i samsvar med prinsippene for organisasjonsfrihet.

Kommunal- og arbeidsdepartementet har vurdert problemstillingene i tilknytning til konvensjonene og den kritikk ILOs organer har kommet med og veid dette opp mot skadevirkningene av streiken, og er etter nøye overveielser kommet til at det uansett et riktig og nødvendig å gripe inn i konflikten.”

I lønnsnemnd-saken valgte man altså å legge seg på en konfrontasjonslinje. Norske myndigheter tok et klart et politisk valg. Tungveiende norske økonomiske interesser knyttet til oljeutvinningen på sokkelen ble prioritert høyest. Streikeretten måtte vike. Det politiske valget ble tatt etter ”nøye overveielser”.²⁶ Kritikk fra internasjonale organer fikk man da heller leve med.

Når det gjelder isolasjonsproblematikken kan man imidlertid se spor av en dualistisk politisk holdning der man – kanskje noe ubevisst – prøver å ri to hester samtidig.

²⁶ Det er selvfølgelig en fare for at begreper som ”nøye overveielse” brukt i formelle begrunnelser til tider kan brukes som et ”trylleformular” hvis eneste funksjon er å bidra til å gjøre en beslutning mer uangripelig, uten at overveielsene egentlig har vært så grundige som de foregir. Men i dette tilfellet har i hvert fall konfrontasjonslinjen ligget fast, jf nærmere beskrivelsen i OFS-dommen (Rt. 1997 s. 570).

- Norske myndigheter vil selvsagt ikke utsette seg for kritikk fra CPT, og i god norsk tradisjon vil man selvfølgelig holde menneskerettsfanen høyt.
- Samtidig vil man gjennomføre en mest mulig effektiv etterforskning av alvorlig kriminalitet. Det må derfor – like selvsagt – reageres mot enhver fare for at bevis kan gå tapt.²⁷

Et konkret uttrykk for denne dualiteten kan være at kritikken fra CPT gjentatte ganger har ført til uttalelser fra Justisdepartementet²⁸ og Riksadvokaten²⁹ om at fullstendig isolasjon bare skal brukes dersom det er ”strengt nødvendig” – *uten* at noe slikt vilkår noensinne har funnet plass i loven. I loven heter det bare at fullstendig isolasjon kan brukes dersom det er ”nærliggende fare for bevisforspillelse”. Riktignok gjelder det unntak for rent uforholdsmessige inngrep etter strpl § 170a. Men en slik *sikkerhetsventil* blir tross alt noe annet enn å stille som positivt vilkår at påtalemyndigheten i første omgang må vise at inngrepet faktisk er ”strengt nødvendig”.³⁰

Det kan altså sies å eksistere et spenningsfelt mellom på den ene side den offisielle og positive holdningen norske myndigheter signaliserer overfor CPT, og på den annen side den konkrete politikk som faktisk gjennomføres på vareteksområdet.³¹ Rettspolitisk er slike spenningsfelt interessante, fordi spenningsfeltet viser at det er nødvendig å ta et valg. Valget er selvsagt et politisk valg, men det må tas. Slik sett er kanskje den fremste rettspolitiske betydningen av CPTs kritikk at kritikken kan hjelpe oss til å innse at vi må ta et valg.

²⁷ Om problematikken knyttet til risikovurderinger ved varetektfengsling, se Thomas Horn, ”Varetekt som risikoøvelse”, *Kritisk Juss* 2011 s. 49.

²⁸ Justisdepartementets rundskriv G-16/02.

²⁹ Se bl.a. Riksadvokatens Rundskriv 1/2006.

³⁰ Jf nærmere Thomas Horn, ”Varetekt som risikoøvelse”, *Kritisk Juss* 2011 s. 49.

³¹ Noe av det samme spenningsfeltet kommer til syne ved mangelen på begrunnelse for restriksjoner. Bare 17 % av de begjæringene oppfyller Riksadvokatens egne krav til begrunnelse for at restriksjonen er nødvendig i det konkrete tilfellet, jf Riksadvokatens undersøkelse fra 2003 (Riksadvokatens publikasjoner nr 1/2003), ”Restriksjoner ved varetekt – undersøkelse av praksis i første halvår 2002”. En undersøkelse foretatt ved Politihøgskolen i 2009 viser samme tendens (”... kan det konkluderes med at pålegget fra Riksadvokaten fortsatt ikke oppfylles i særlig grad”), jf Jostein Bakke og Tor-Geir Myhrer, ”Begjæring om varetekt med restriksjoner – en undersøkelse av praksis”, PHS skriftserie nr 3 2009.