

UiO : **Det juridiske fakultet**

I hvilken grad er kriminalomsorgen rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte i norske fengsler?

Utenlandske innsattes diskrimineringsvern – forbud mot usaklig
forskjellbehandling.

Kandidatnummer: 711

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17487



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.2.1	Rettslig avgrensning.....	2
1.2.2	Hva menes i avhandlingen med en utenlandsk innsatt?.....	3
1.3	Det rettspolitiske bildet	6
1.4	Rettskildebildet	8
1.5	Kriminalomsorgens grunnpilarer.....	11
1.6	Statistikk og historikk med tanke på antall utenlandske innsatte i norske fengsler...	11
2	ER KRIMINALOMSORGEN FORPLIKTET TIL Å JOBBE REHABILITERENDE MED UTENLANDSKE INNSATTE I NORSKE FENGSLER?	12
2.1	Det rettslige utgangspunkt.....	12
2.2	Hva er straff og hvorfor straffer staten sine borgere	13
2.2.1	Hva er straff	13
2.2.2	Straffens begrunnelser og formål	13
2.2.3	Straffens tilsiktede virkninger	14
2.3	Hva menes med rehabilitering?	17
2.3.1	Rehabiliteringstanken i et historisk perspektiv	17
2.3.2	Utgangspunkt	18
2.3.3	Straffegjennomføringslovens formålsparagraf	19
2.3.4	Innholdet i straffegjennomføringen	21
2.3.5	Hva omfatter den rettslige rehabiliteringsplikten?.....	23
2.4	Rehabiliteringsplikten knyttet opp mot utenlandske innsatte.....	30
2.4.1	Politiske hensyns relevans og vekt	30

2.4.2	Forskrift 30. september 2011 nr. 978 om forsøksprosjekt i Halden fengsel og Østfold friomsorgskontor om kartlegging av domfeltes behov for tiltak med sikte på å lette tilbakeføring til et kriminalitetsfritt liv.....	33
2.5	Kort om rehabiliteringsplikten i et menneskerettslig perspektiv	35
2.6	Delkonklusjon	37
3	REHABILITERING AV UTENLANDSKE INNSATTE – FORBUD MOT USAKLIG FORSKJELLSBEHANDLING OG DISKRIMINERING.....	38
3.1	Noen innledende utgangspunkter om det helhetlige diskrimineringsvernet som eksisterer i norsk rett.	38
3.2	Det generelle rettsikkerhetskravet om likebehandling og forbud mot usaklig forskjellsbehandling	39
3.3	Diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven.....	41
3.3.1	Formålsbestemmelsen	41
3.3.2	Forholdet til FNs rasediskrimineringskonvensjon	43
3.3.3	Lovens virkeområde.....	43
3.3.4	Diskrimineringsgrunnlagene	44
3.3.5	Diskrimineringsvernet etter § 4.....	45
3.3.6	Indirekte diskriminering.....	45
3.3.7	Forholdet til saklig forskjellsbehandling etter § 4 tredje ledd.....	51
3.3.8	Statens aktivitetsplikt	58
3.4	Kongsvinger fengsel – Spissing av kriminalomsorgens kompetanse, eller usaklig forskjellbehandling av utenlandske innsatte? Error! Bookmark not defined.	
3.5	Diskrimineringsvernet etter folkerettslige regler	61
3.5.1	Vernet etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 14.....	61
3.6	Vernet etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26.....	64
4	AVHANDLINGENS KONKLUSJON.....	66
5	LITTERATURLISTE.....	68

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Avhandlingens hovedproblemstilling er knyttet til den norske kriminalomsorgen, og hvorvidt man er rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte som sitter fengslet i Norge. Det vil videre gjøres rede for hvorvidt straffegjennomføringsloven strider mot diskrimineringslovverket, og i forlengelsen av dette om det foreligger en rettlig forpliktelse for staten til positivt å regulere utenlandske innsattes rettigheter etter det helhetlige diskrimineringsvernet som eksisterer i norsk rett.

Problemstilling er valgt først og fremst på bakgrunn av temaets aktualitet. Det vises i dette henseende det nylig er vedtatt å åpne et eget fengsel utelukkende for utenlandske innsatte som skal uttransporteres fra Norge. Kongsvinger fengsel, Vardåsen, ble reåpnet som utlendingsfengsel den 10. desember 2012, og i løpet av 2013 skal alle de 97 plassene fylles opp av utenlandske innsatte med utvisningsvedtak.¹ Fengselet ble åpnet i rekordfart, og uten offentlig høring. Det ble heller ikke bevilget ekstra penger til prosjektet. Det er derfor viktig å undersøke hvilke rettigheter utenlandske innsatte har med hensyn til rehabilitering. Det vises i denne anledning særlig til at lov 18. mai. 2001 om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven), som er det sentrale regelverk på avhandlingens område, trådte i kraft 1. mars 2002. I 2001 var antallet utenlandske innsatte i norske fengsler 359. I 2012 var tallet 1194. Dette viser at andelen utenlandske innsatte har økt eksplosivt i etterkant av straffegjennomføringslovens ikrafttredelse. Dette viser situasjonen i norske fengsler i det vesentlige er svært forskjellig fra når loven ble gitt.

Utlendinger som er idømt frihetsstraff av en domstol i Norge, skal som utgangspunkt utholde straffen her i landet. Denne hovedregelen følger blant annet implisitt av lov om ret-

¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressemeldinger/2012/kongsvinger-fengsel-ny-avdeling-for-uten.html?id=709573>, publisert på regjeringens hjemmesider 10.12.12

tergangsmåten i straffesaker § 455 annet ledd, første punktum. Regelen følger også av folkerettslige regler.² Antallet utenlandske innsatte i norske fengsler viser en jevn økning fra år til år, jfr. blant annet tall fra kriminalomsorgens hjemmesider.³ Utlendinger som sitter fengslet i Norge skal normalt utvises fra landet ved løslatelse.⁴ Straffegjennomføringsloven er nøytral og generell, og inneholder ikke egne bestemmelser om utenlandske innsatte. Utgangspunktet i dagens regelverk er derfor at utlendinger skal gjennomføre straff under samme forhold og med samme rettigheter og plikter som norske innsatte. Dette medfører også et rettslig utgangspunkt om at utenlandske innsatte nyter samme vern som norske statsborgere etter loven.

1.2 Avgrensning

1.2.1 Rettslig avgrensning

For det første avgrenses oppgaven rettslig mot straff som ikke innebærer fengselsstraff. Oppgaven omhandler straffedømte som skal gjennomfører fengselsstraff i betydningen en bygning som den domfelte er tvunget til å holde seg innenfor.

Videre avgrenses oppgaven mot varetektsfengslede. Varetektsfengslede er gitt et eget vern gjennom formålsparagrafen i straffegjennomføringsloven § 2, jfr. annet ledd. Her fremgår det at kriminalomsorgen skal legge forholdene til rette for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon ved varetektsfengsling, se også forskrift til straffegjennomføringsloven § 1-2. I følge tall fra kriminalsorgens hjemmesider er konsentrasjonen av utenlandske innsatte er størst blant varetektsfengslede.⁵ Med hjemmel i lov 21. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) kapittel 14, kan en person varetektsfengsles dersom det foreligger ”skjellig grunn til mistanke”. Varetektsfengsling er et straffeprosessuelt

² St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 11.4.2

³ <http://www.kriminalomsorgen.no/utenlandske-innsatte.237929.no.html>

⁴ Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 17 g, jfr. § 66

⁵ <http://www.kriminalomsorgen.no/utenlandske-innsatte.237929.no.html>

tvangsmiddel, og ikke en strafferettslig reaksjon.⁶ Begrunnelsen for varetektsinstituttet må søkes i andre hensyn enn de som begrunner fengselsstraffen. Rehabiliteringsaspektet inntar en lite sentral plass i begrunnelsen for varetektsfengsling. Det bør videre utvises varsomhet med å jobbe rehabiliterende med varetektsfengslede, på grunn av uskyldspresumsjonen.⁷

Tvungen eller frivillig soningsoverføring til de utenlandske innsattes respektive hjemland vil enda videre ikke bli omhandlet i oppgaven, da oppgavens fokus er på rehabilitering i norske fengsler.

Spesielle problemer knyttet til utenlandske kvinnelige innsatte vil heller ikke bli berørt. Dette på grunn av at kvinner utgjør en svært liten del av den totale innsattemassen.⁸

1.2.2 Hva menes i avhandlingen med en utenlandsk innsatt?

Utenlandske innsatte er ingen homogen eller ensartet gruppe. Det må derfor fastlegges hva som menes med en utenlandsk innsatt. Etter lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) er en utlending ”enhver som ikke er norsk statsborger”, jfr. § 5. I gruppen av utenlandske innsatte finnes det imidlertid både personer som aldri har vært bosatt i Norge og personer med lang botid og familietilknytning til riket.⁹

Det må skilles mellom utenlandske innsatte som skal tilbakeføres til det norske samfunnet, og utenlandske innsatte som skal uttransporteres ved løslatelse, og som derfor ikke skal reintregeres til det norske samfunnet. Den første gruppen omfatter også innsatte med utvisningsvedtak, men hvor utvisningsvedtaket av ulike grunner ikke kan effektueres. Statistikkene gir ikke anslag på antall utenlandske innsatte med minoritetsbakgrunn, da registrering

⁶ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess Bind II*, 3. utgave 4. opplag, Oslo 2007 side 144 flg.

⁷ Jfr. bl.a. EMK art 6 (2).

⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) på side 10 og punkt 7.2.1 på side 62, jfr. punkt 6.5, side 44, figur 6.15

⁹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 11.4.1, side 147

av etnisitet ikke er i strid med personopplysningsloven.¹⁰ I avhandlingen vil kriteriet ”utenlandsk innsatt” utelukkende være basert på statsborgerskap.

Dersom en utenlandsk innsatt skal tilbakeføres, og således reintegreres, til det norske samfunnet, kommer straffens rehabiliterende hensyn inn med full tyngde. Det vil således være i det norske samfunnets interesse å bruke ressurser på at den innsatte etter endt straffegjennomføring skal være ”rehabilitert”, i betydningen at han skal avstå fra å begå nye kriminelle handlinger. Dersom en utenlandsk innsatt ikke skal reintegreres til det norske samfunnet, vil det fra det norske samfunnets side, basert på en kost/nytte-vurdering, fremstå som ”uhensiktsmessig” å bruke penger på å rehabilitere den innsatte, fordi han uansett ikke skal tilbakeføres til det norske samfunnet. Fra et samfunnsmessig perspektiv vil det således spille en rolle om den innsatte skal tilbakeføres til det norske samfunnet eller ikke.

For avhandlingen vil det derfor være mest hensiktsmessig å omhandle utenlandske domfelte som etter endt straffegjennomføring skal utvises fra Norge, og som således ikke skal reintegreres til det norske samfunnet. Oppgaven avgrenses i så henseende mot utenlandske domfelte med utvisningsvedtak, som av ulike grunner ikke kan effektueres, eller som på ulike måter har oppholdstillatelse i Norge.

Videre ville det, etter omstendighetene, være hensiktsmessig å skille mellom utenlandske innsatte som skal uttransporteres til land som er omfattet av EØS-avtalen, og de som skal uttransporteres til land som ikke omfattes av EØS-avtalen. Dette fordi forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet overfor borgere av EU eller EØS-land etter omstendighetene vil kunne være i strid med EØS-avtalen og reglene om fri bevegelse for personer. EØS-avtalen er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven. I henhold til artikkel 4 i avtalen, skal enhver forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet være forbudt innenfor EØS-

¹⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt. 7.2.2, side 62, jfr. punkt 6.5, side 44

avtalens virkeområde.¹¹ Eventuelle spørsmål knyttet til uttransportering innenfor EØS-området ligger imidlertid på siden av avhandlingens tema, og vil ikke bli omhandlet.

I avhandlingen betyr således ”en utenlandsk innsatt” en domfelt som skal utvises fra riket ved endt straffegjennomføring.

1.2.2.1 Forholdet mellom progresjonsrettet arbeid og rehabiliterende arbeid

For avhandlingen vil det være hensiktsmessig å peke på at det som i straffegjennomføringsloven, og tilhørende rettskilder, omtales som progresjon, ikke nødvendigvis er sammenfallende med det å jobbe rehabiliterende med en domfelt. Det som omtales som progresjon i en straffegjennomføring er gjerne adgangen til å få permisjoner, jfr. § 33, samt muligheten en gradvis overføring fra fengsel med høyt sikkerhetsnivå og til anstalter med lavere sikkerhetsnivå, herunder såkalte overgangsboliger, og rusmestringsenheter jfr. § 15.¹² Selv om innsatte av ulike grunner mister retten til en progresjonsrettet straffegjennomføring, for eksempel fordi sikkerhetsmessige hensyn taler mot, skal det likevel jobbes rehabiliterende med disse innsatte. Progresjon har imidlertid rehabiliterende komponenter, ved at det blir ansett som gunstig i forhold til rehabilitering at den enkelte domfelte med en gradvis tilbakeføring til samfunnet. Bedre progresjon blir ansett å være grunnlag for bedre progresjon.¹³ Utenlandske innsatte med utvisningsvedtak blir i stor grad nektet progresjonsrettede tiltak som for eksempel permisjoner, og muligheten til å bli overført til fengsel med lavere sikkerhetsnivå på grunn av antatt stor unndragelsesfare.¹⁴ Med unndragelsesfare menes en fare for at utenlandske innsatte med utvisningsvedtak vil forsøke å unndra seg straffegjennomføringen på bakgrunn av faren for å bli kastet ut av landet etter endt straffegjennomføring.

¹¹ NOU 2009:14, Et helhetlig diskrimineringsvern, punkt 12.21, tilgjengelig på www.regjeringen.no

¹² St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 9.13 side 122 flg.

¹³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) side 10

¹⁴ Jfr. uttalelser fra førstebetjent ved Oslo fengsel Ellen Eliassen. Eliassen er avdelingsleder for Oslo fengsels utlendingsavdeling, A-2. Uttalelsene ble gitt per telefon den 21.04.13.

De sikkerhetsmessige vurderingene som blir tatt på bakgrunn av utvisningsvedtak ligger imidlertid på siden av avhandlingens tema, og vil derfor ikke bli behandlet.

1.3 Det rettspolitiske bildet

En lovgivningsprosess foregår i hovedsak i et samspill med det øvrige rettspolitiske bildet. Det rettspolitiske bildet vil ofte være en viktig faktor ved en lovgivningsprosess. Som rettskildefaktor vil det rettspolitiske bildet bidra til å synliggjøre avhandlingens relevans og aktualitet.

I media har det den senere tid vært stort fokus på utenlandske innsatte i norske fengsler. Det er for eksempel hevdet fra flere hold, at standarden i norske fengsler er for høy.¹⁵ I utstrekning av dette menes det at fengselsstraffen ikke virker avskrekkende. Det pekes på faren for at utenlandske kriminelle kommer til Norge nettopp for å begå kriminalitet, blant annet på bakgrunn av at standarden på norske fengsler er for høy i forhold til mer kummerlige forhold i de kriminelles respektive hjemland.¹⁶

Det vises i denne anledning til at stortingspartiene Høyre (H) og Fremskrittspartiet (Frp) i sine respektive forslag til valgprogram for 2013-2017 har programfestet at de ønsker å plassere utenlandske innsatte som ikke skal tilbakeføres til det norske samfunnet i egne "B-fengsler". Høyre skriver i sitt utkast til partiprogram for 2013-2017 at de ønsker å "[ø]ke antallet soningsoverføringer av utenlandske domfelte, og etablerer egne fengsler med reduserte krav til fasiliteter for utenlandske innsatte som ikke skal tilbakeføres til det norske samfunn."¹⁷ Bent Høie, som er ansvarlig for utformingen av Høyres partiprogram, uttalte i et i en artikkel publisert på hjemmesidene til Norsk fengselsforbund (NFF) den 18. septem-

¹⁵ Se blant annet: <http://www.dagbladet.no/2012/10/02/nyheter/innenriks/fengsel/23684456/>, publisert på dagbladets nettutgave 2. oktober 2012

¹⁶ <http://www.dagbladet.no/2011/10/14/nyheter/fengsel/utlendinger/kriminelle/frp/18599792/>, publisert på dagbladets nettutgave 15. oktober 2011

¹⁷http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres_programmer/hoyres_stortingsvalgprogram_2013-2017/

ber 2012.¹⁸ Høyre vil også opprette egne ”B-fengsler” for utenlandske innsatte som skal uttransporteres ved endt straffegjennomføring.¹⁹ Fremskrittspartiet skriver følgende i utkast til partiprogram for 2013-2017 at: ”[d]et er viktig at straff virker preventivt. Dagens fengselsstraff i Norge er ikke i tilstrekkelig grad preventiv for de som kommer hit med den hensikt å gjennomføre kriminelle handlinger. FrP vil derfor etablere egne enheter for utenlandske kriminelle i eldre fengsler med noe lavere standard og uten økonomiske og sosiale ytelser for de innsatte”.²⁰ Fremskrittspartiet ønsker således også å ta fra denne gruppen innsatte økonomiske og sosiale ytelser.

I en tilsvarende artikkel på Aftenpostens nettutgave kommer det frem at medlemmene i kriminalomsorgens yrkesforbud (KY) er enige i at det bør etableres egne fengsler for utenlandske innsatte, men at de reagerer sterkt på at standarden skal reduseres, jfr. uttalelser fra leder av KY, Knut Are Svenkerud.²¹ KY har på sine hjemmesider beskrevet hvorfor deres medlemmer ønsker å opprette egne anstalter for utenlandske innsatte med utvisningsstatus. Begrunnelsen er først og fremst at medlemmene anerkjenner at utenlandske innsatte som ikke skal tilbakeføres til det norske samfunnet har andre behov enn norske innsatte. Man mener derfor at ved å lage en egen anstalt for denne gruppen, vil man kunne spisse kompetansen og utnytte kriminalomsorgens ressurser på en bedre måte.²²

I St.meld. 27 (1997-98) drøftes problematikken rundt opprettelse av en egen anstalt for utenlandske innsatte. Det bemerkes i Stortingsmeldingen at FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 2, forbyr diskriminering i form av inndeling av personer i grupper etter

¹⁸ Se også <http://www.aktuell.no/NFF-magasinet/article6241522.ece>, publisert på Norges fengselsforbunds hjemmesider den 18.09.12

¹⁹ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Vil-ha-B-fengsel-for-utlendinger-6993843.html>, publisert på Aftenpostens nettutgave den 17. september 2012

²⁰ <http://www.frp.no/filestore/Programkomiteensfrsteutkast2.pdf>

²¹ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Vil-ha-B-fengsel-for-utlendinger-6993843.html>, publisert på Aftenpostens nettavis den 17. september 2012.

²² <http://www.ksiden.no/Content/S010066BA-010066D1?FormID=96&listview>, fra 18.09.12

rase: "[e]tablering av en egen anstalt for utenlandske statsborgere vil kunne stride mot denne bestemmelsen. (...) En utredning av spørsmål knyttet til folkeretten vil eventuelt bli foretatt på et senere tidspunkt".²³ I justisdepartementets budsjettforslag (2012-2013) var, som nevnt, alle de 97 soningsplassene ved Kongsvinger fengsel i Vardåsen øremerket utenlandske innsatte.²⁴ På tross av dette forslaget vedtatt uten offentlig høring rundt dette spørsmålet.

Særlig aktuelt for avhandlingens problemstilling, er at daværende justisminister Knut Storberget²⁵, i en pressemelding i april 2011, direkte uttrykte at "[r]ehabilitering av utenlandske innsatte har *liten hensikt*. De fleste blir utvist etter soning og skal ikke ut i det norske samfunn. Sosiale forhold taler også for at de fleste soner straffen sin i hjemlandet."²⁶ (min kursivering) Pressemeldingen gjaldt et lovforslag om raskere overføring av utenlandske innsatte til soning i eget hjemland. Den rettskildemessige vekten av uttalelsene vil bli diskutert senere i avhandlingen.

1.4 Rettskildebildet

Det sentrale regelverket som regulerer innsattes rettigheter i norske fengsler er straffegjennomføringsloven. Loven trådte i kraft den 01. mars 2002, og avløste lov 12. desember 1958 om fengselsvesenet (fengselsloven). Straffegjennomføringsloven er ingen utpreget rettighetslov, og gjør ingen formell forskjell på innsatte med utenlandsk statsborgerskap, og

²³ St.meld. nr. 27 (1997-98) punkt 3.7.4.3, side 47-48

²⁴ Prp. 1 S (2012-2013) punkt 1.6, s. 20-21

²⁵ Se også en artikkel i Glåmdalsavisas nettutgave, med teksten "Kongsvinger fengsel Vardåsen åpnet sin første avdeling med 14 fanger kun fra utlandet som ikke skal ha det samme tilbudet som norske fanger. Ingen tilbud om utdanning eller forberedelser til livet etter soning. De skal ut av Norge. Statssekretæren var stedfortreder for justisministeren." Artikkelen er fra 10. desember 2012, hvor justisminister er nåværende justisminister, Grete Faremo. Dette kan tyde på at også vår sittende justisminister deler dette synet. Link: <http://www.glomdalen.no/bilder/article6388183.ece>

²⁶ Pressemelding 01.04.11, nr.: 12 – 2011, jfr. www.regjeringen.no

norske innsatte. Straffegjennomføringsloven er således også den sentrale lov for utenlandske innsatte i norske fengsler.

Ved siden av straffegjennomføringsloven er lovens forarbeider de sentrale rettskilder. Ot.prp. nr 5 (2000-2001) er justisdepartementets forslag til ny lov om gjennomføring av fengselsstraff med videre. Forarbeidene er, ved siden av lovteksten, primærkildene på avhandlingens område.

NOU 1988:37 er den første forløper til straffegjennomføringsloven. Den fremstår som et etterarbeid i forhold til fengselsloven av 1956. Forarbeidene bygger imidlertid, blant annet, på fengselsutvalgets innstilling i NOU 1988:37.²⁷ Rettskildemessig vil NOUen ha noe betydning, særlig som sammenligningsgrunnlag. Innholdet vil nok i noen grad være utdatert.

Likeledes bygger forarbeidene på St.meld. 27 (1997-98).²⁸ En stortingsmelding er en rapport fra Regjeringen, hvor Regjeringen redegjør for et arbeid som er gjort på et spesielt felt, eller hvor fremtidig politikk drøftes. Det er vanlig at Regjeringen bruker Stortingsmeldinger når den ønsker å gjøre rede for en sak for Stortinget, uten at det er knyttet til vedtaksforslag, men kan også benyttes dersom regjeringen ønsker å trekke tilbake lovforslag. Etter 1. oktober 2009 heter en stortingsmelding 'melding til Stortinget'.²⁹ Rettskildemessig har en Stortingsmelding vekt som "forvaltningspraksis" eller som "andre myndigheters praksis". Dette ved at Regjeringen utøver sin instruksjonsmyndighet til underordnede forvaltningsorganer gjennom å redegjøre skriftlig for hvordan organene bør regelverket bør og skal benyttes i praksis. Ved at St.meld. nr. 27 er en del av grunnlaget for forarbeidene til straffegjennomføringsloven, er den rettskildemessige vekten imidlertid noe større.

²⁷ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 7, punkt 1

²⁸ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 7, punkt 1

²⁹ Jfr. <http://www.regjeringen.no/nb/dok/regpubl/meldst.html?id=1754>, jfr. også http://no.wikipedia.org/wiki/Melding_til_Stortinget

St.meld. nr. 37 (2007-2008) "straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn" er utgitt 6 år etter at straffegjennomføringsloven trådte i kraft, og kan således betraktes som et etterarbeid i forhold til loven. St.meld. nr. 37 er den foreløpig siste stortingsmeldingen i forbindelse med straffegjennomføringsloven. Rettkildemessig er vekten i utgangspunktet noe svakere enn St.meld. 27 ved at den ikke er lagt til grunn i straffegjennomføringslovens forarbeider. Likevel har den rettskildemessig betydning i form av at den omhandler spørsmål som ikke er behandlet i andre kilder. Likeledes ved at den er den seneste behandlingen regjeringen har hatt på avhandlingens område. En Stortingsmelding vil kunne ses på en instruksjon til underordnede forvaltningsoppgaver om hvordan oppgaver skal utføres, og hvordan loven skal tolkes. Den vil således være et viktig redskap for kriminalomsorgens utforming av straffegjennomføringens innhold. Stortingsmelding nr. 37 er hyppig brukt som et verktøy i avhandlingen.

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen vil alltid utgjøre et bakteppe for behandling av innsatte, jfr. lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettsloven), og retningslinjene til straffegjennomføringsloven s. 8, punkt 1,7. Her fastslås videre at det ved all behandling av innsatte skal tas hensyn til norsk lovgivning og til internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet til å følge.

Enda videre har Norge ratifisert de europeiske fengselsreglene ved Europarådets ministerkomité. Reglene er ikke bindende, men retningsgivende ved gjennomføring av straff.³⁰ Det er i punktene 37.1 til 37.5 oppstilt egne rettigheter for utenlandske statsborgere i fengsel. Ingen av punktene omhandler direkte retten til rehabilitering. Som rettskilde er de europeiske fengselsreglene begrenset vekt, men vil reglene vil være en presumsjon for hvilke minimumsregler kriminalomsorgen er forpliktet til å følge.

³⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 4.1, side 26-27

1.5 Kriminalomsorgens grunnpilarer

Kriminalomsorgens virksomhet bygger på 5 grunnpilarer.³¹ Det er hensiktsmessig for avhandlingen å kort introdusere disse innledningsvis, da de anses som retningsgivende for kriminalomsorgens virksomhet. Den første grunnpilaren er straffens overordnede formål.³² Dette punktet er sentralt for avhandlingen, og vil derfor bli grundig behandlet under punkt 2.2 flg. Den andre grunnpilaren er det humanistiske menneskesyn. Dette er et overordnet prinsipp, og går ut på at ethvert menneske er unikt og ukrenkelig.³³ Også dette prinsippet vil bli grundigere behandlet i avhandlingen. Den tredje grunnpilaren er prinsippet om retts-sikkerhet og likebehandling. Dette er viktige kjerneverdier for kriminalomsorgens virksomhet.³⁴ Den fjerde grunnpilaren er prinsippet om at en innsatte har ”gjort opp for seg” når straffen er gjennomført.³⁵ Dette prinsippet trenger ingen nærmere introduksjon. Endelig er det femte grunnprinsippet det såkalte normalitetsprinsippet. Prinsippet går ut på at det er selve frihetsberøvelsen som er straffen, og at det skal tilstrebes at tilværelsen under straffegjennomføringen skal være så lik en tilværelse ellers i samfunnet som mulig. Normalitetsprinsippet anses å være et bærende prinsipp, og en viktig del av kriminalomsorgens verdigrunnlag.³⁶

1.6 Statistikk og historikk med tanke på antall utenlandske innsatte i norske fengsler

Antallet utenlandske innsatte i norske fengsler har økt dramatisk i de senere årene. Dette gjelder både i tiden arbeidet med straffegjennomføringsloven pågikk, frem til den ikrafttredelse, og videre etter straffegjennomføringsloven er trådt i kraft.

³¹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3, side 19

³² St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.1, side 19-20

³³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.2, side 20-21

³⁴ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.3, side 21

³⁵ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.4, side 22

³⁶ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.5, side 22

Norges største fengsel, Oslo fengsel, hadde per 27.09.12 394 innsatte. Av disse var 235 utenlandske statsborgere. Dette utgjorde 59,64 % av den totale innsattegruppen. De største gruppene innsatte var fra Romania (32 stk), Polen (25 stk), Nigeria (19 stk.), Litauen (17 stk.) og Somalia (14 stk.).³⁷

Ragnar Kristoffersen ved Kriminalomsorgens utdanningssenter (KRUS) har sendt tall som viser økningen av utenlandske innsatte på landsbasis fra 2000. Antall utenlandske innsatte er målt per 1. juni. I år 2000 var andelen 14 % av alle innsatte, med 331 stk. I 2012 var den 34 % med 1194 personer med utenlandske statsborgerskap. Videre er det i kriminalomsorgens systemer målt 360 løslatelser i 2011, hvor en innsatt ble utvist i forbindelse med løslatelsen. Tallet inkluderer ikke innsatte som av ulike grunner blir utvist etter at løslatelse har skjedd, som for eksempel på grunn av at utlendingsmyndighetene ikke rakk å få på plass et utvisningsvedtak i tide eller lignende. Videre var det 413 innsatte som mottok utvisningsvedtak i norske fengsler i 2011.

Det er også interessant for avhandlingen at det i 2008, på tidspunktet St.meld. nr. 37 ble publisert, var 788 utenlandske innsatte i norske fengsler. Mens tallet i 2012 var 1194. Dette utgjør en økning på 51,52 %.

2 Er kriminalomsorgen forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte i norske fengsler?

2.1 Det rettslige utgangspunkt

Utgangspunktet i dagens regelverk er, som nevnt, at utenlandske innsatte skal gjennomføre straff under samme forhold og med de samme rettigheter og plikter som norske innsatte. Dette innebærer et rettslig utgangspunkt om at enhver rett som kan påberopes av en norsk innsatt, også kan påberopes av en utenlandsk innsatt.

³⁷ Jfr. statistikk fra Oslo fengsel fra 27.09.12, ved Lasse Berntsen, førstebetjent ved registreringskontoret, Oslo fengsel.

2.2 Hva er straff og hvorfor straffer staten sine borgere

2.2.1 Hva er straff

Fengselsstraff er fullbyrdelsen av en straff utmålt av en kompetent domstol. For å fastlegge innholdet i straffegjennomføringen, herunder rehabiliteringsbegrepet, må det først belyses hva som legges i straffebegrepet. I straffegjennomføringslovens formålsparagraf fastslås det at straffen skal gjennomføres på en måte som tar hensyn til ”formålet med straffen (...)”, jfr. § 2 første ledd. Videre er en av kriminalomsorgens grunnpilarer nettopp straffens formål. Det må derfor å belyses hva som menes med straff, og hva som er straffens begrunnelser.

I norsk rett har Johs. Andenæs sin definisjon av straff som ”et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertredeisen i den hensikt at det skal føles som et onde”, lenge vært den alminnelige definisjonen av hva straff er.³⁸ Høyesterett ga sin tilslutning til denne definisjonen i Rt. 1977 s. 1207 (s. 1209). Staten påfører således sine borgere et tilsiktet onde. En bevisst påføring av et onde krever et legitimitetsgrunnlag. Dette reiser spørsmålet om hvorfor staten straffer borgere.

2.2.2 Straffens begrunnelser og formål

Tradisjonelt har straff i stor grad vært begrunnet i gjengjeldelse. Denne begrunnelsen har man imidlertid gradvis gått bort fra i norsk rett. I moderne tid har i større grad ideen om straffens preventive virkning stått sentralt. I Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) om lov om straff står det: ”[d]epartementet legger til grunn at straffens formål (...) må være å styre atferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som ut fra gjeldende verdiprioriteringer anses som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse

³⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.1, s. 77 og Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 1976, side 352

– prevensjon – som sitt formål”.³⁹ Prevensjonstanken, i form av at man skal hindre fremtidig kriminalitet, er således straffens fremtredende begrunnelse.

2.2.3 Straffens tilsiktede virkninger

Det er vanlig å dele inn straffens tilsiktede virkninger i tre hovedgrupper. Den ene har røtter i gjengjeldelsestanken, og er knyttet til at man ønsker å påføre lovbrøyten et onde – det er fra et samfunnsmessig perspektiv ønskelig at den straffebelagte handling skal ”gjengjeldes”. Det anses som atferdsregulerende at en uønsket handling blir straffet. Straffeinstituttet anses derfor å bidra til å bevare den sosiale ro. Straffen er her viktig for at allmennheten skal ha tillit til rettssystemet, og hindre at den som blir utsatt for et lovbrudd skal begå selvtelt. I tråd med denne tanken er det viktig at straffenivået gjenspeiler straffverdigheten av den foretatte handling.⁴⁰

De to andre av virkningene er knyttet til straffens overordnede preventive begrunnelse. For det første antas straffeinstituttet å ha en allmennpreventiv virkning. Men allmennprevensjon menes straffens evne til å påvirke samfunnet – allmennheten – til ikke å begå lovbrudd. Endelig antas straffen å være individualpreventiv. Det vil si den påvirkning straffen har på den enkelte lovbrøyten til ikke å begå ny kriminalitet.⁴¹

2.2.3.1 Allmennprevensjon

Med straffens allmennpreventive formål siktes det til straffens virkning når det gjelder å skape lovlydighet hos andre enn gjerningspersonen. Det er altså ikke den straffede, men allmennheten som er straffens objekt.⁴² Straff kan ha allmennpreventive virkninger på flere måter, blant annet ved at det ondet som straffen representerer virker avskrekkende. Straffen som et onde tenkes på denne måten å veie tyngre enn det eventuelle ”godet” som tenkes

³⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.2, s. 77-78

⁴⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.3.1, s. 78

⁴¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.3.1, s. 78

⁴² Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave 2. opplag ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2005 s. 81 flg.

oppnådd av den kriminelle handling. Ved at det finnes en generell mulighet for å bli straffet, ønsker en å oppnå at personer som er i en situasjon der et lovbrudd er en aktuell handling, velger å avstå fra å utføre denne. Man forutsetter her en rasjonell lovbrøyer, som foretar en kost/nytte-vurdering av en handling.⁴³ Det å gjøre enkelte handlinger straffbare, er et uttrykk for hva som anses å være i fellesskapets interesser, slik at allmennheten avstår fra handlingen fordi den oppfattes som umoralsk.⁴⁴ Således kan straffen ha en moraliserende virkning, ved at straffetrusselen og straffehåndhevingen bidrar til å forsterke moralske normer. Dette vil på sikt gi en vanedannende holdning, ved at borgerne uten videre godtar at straffbare handlinger er umoralske, og således avstår fra disse handlingene uten videre overveieelse.⁴⁵

2.2.3.2 Individualprevensjon

Motstykket til allmennprevensjon er såkalt individualprevensjon, eller spesialprevensjon. Med individualprevensjon menes virkningen straffen har for den enkelte lovbrøyer. Her er det altså lovbrøyeren som er straffens objekt.⁴⁶ Straff påføres lovbrøyeren for at han skal oppleve straffen som et onde, jfr. definisjonen av straff. Man tenker seg her av lovbrøyeren har vist at han utgjør en fare ut fra sine foretatte handlinger. Det vil således være i samfunnets interesse at lovbrøyeren utsettes for en eller annen påvirkning som fjerner, eller reduser dette skadepotensialet.⁴⁷

Det er et grunnleggende rettslig prinsipp at fengselsstraff skal ilegges med varsomhet. Dette menneskerettslige prinsipp som følger naturlig av en anerkjennelse av frihetsberøvelsens og fengselsstraffens potensielt skadelige virkninger for den enkelte domfelte.⁴⁸ Når det

⁴³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.1, side 20

⁴⁴ Andenæs (2005) s. 83 flg.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.3.3

⁴⁶ Andenæs (2005) s. 91 flg.

⁴⁷ Thomas Mathiesen, *Kan fengsel forsvares?*, 3. utgave, Oslo 2007 side 36

⁴⁸ Recommendation No. R (99) 22 of the Committee of Ministers to member states concerning Prison Overcrowding and prison population inflation

gjelder individualprevensjonen har det vært vanlig å dele denne inn i tre underkategorier. Man har sondret mellom dens uskadeliggjørende virkning, dens avskrekkende virkning, og dens forbedrende, eller resosialiserende virkning. Virkningene kan opptre enkeltvis eller samlet.⁴⁹

2.2.3.3 Den uskadeliggjørende virkning – inkapasiteringshensynet.

Den uskadeliggjørende virkning er knyttet til at gjerningspersonen varig eller for en tid fysisk hindres fra å foreta nye straffbare handlinger. Dette medfører, men unntak av forvaringsdømte hvor gjentakelsesfaren blir vurdert som konstant, at den domfelte før eller senere skal tilbake til samfunnet igjen.⁵⁰ Frihetsberøvelsen skal for den tid straffegjennomføringen varer, frata den domfelte muligheten til å begå ny kriminalitet. Inkapasiteringshensynet er ivaretatt, i større eller mindre grad, så lenge den domfelte sitter fengslet.

2.2.3.4 Den avskrekkende virkning

Den avskrekkende virkning skal forhindre at den domfelte begår nye kriminelle handlinger. Denne oppstår når lovbryteren opplever straffen som så negativ at vedkommende avstår fra framtidige straffbare handlinger. Tanken er her at den kriminelle gjennom egenerfaring skal avskrekkes fra å begå ny kriminalitet.⁵¹

2.2.3.5 Den forbedrende virkning – resosialiseringshensynet.

Dette bygger på et indeterministisk menneskesyn, som innebærer at enhver kan forbedres gjennom påvirkning, og således gjennom fri vilje kan endre sin livsførsel.⁵² Det som legges i den forbedrende virkning, ligger tett opp til straffegjennomføring og rehabilitering. Dette er understreket i NOU 2003: 15, hvor det står at denne virkningen av straff ”formodentlig i meget stor grad [er] avhengig av straffegjennomføringens nærmere innhold”.⁵³ Tanken er

⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.3.2

⁵⁰ Ot.prp. nr. 90 (2004-2005) punkt 6.3.2

⁵¹ St.meld. Nr. 37 (2007-2008) punkt. 3.1 side 19

⁵²

⁵³ NOU 2003: 15, *Fra bot til bedring*, punkt 4.2.3, link: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2003/nou-2003-15/5/2/3.html?id=454181>

at straffefullbyrdelsen primært tar sikte på å forbedre den innsattes muligheter til å klare å avstå fra kriminalitet ved løslatelse. Den forbedrende virkning oppstår når lovbryteren forstår at handlingen han har foretatt er gal.⁵⁴ Forbedringskomponenten utgjør på bakgrunn av dette en sentral del av straffens tilsiktede virkninger. Det sentrale med straffens forbedrende virkning er at den domfelte skal avstå fra å begå ny kriminalitet. De overfor nevnte hensynene legger således føringer, både i straffens overordnede begrunnelse, som er prevensjon, og i straffens tilsiktede forbedrende virkning på kriminalomsorgen ved utforming av straffegjennomføringens innhold.

Med straffens begrunnelser som bakteppe, er neste skritt å fastlegge hva som menes med rehabilitering i kriminalomsorgen.

2.3 Hva menes med rehabilitering?

2.3.1 Rehabiliteringstanken i et historisk perspektiv

For å fastslå rehabiliteringstankens plass i dagens straffegjennomføring, vil det være hensiktsmessig å se kort på hvilken plass rehabiliteringstanken har hatt i et historisk perspektiv.

Det har alltid vært en sammenheng mellom synet på årsaker til kriminalitet og behandling av innsatte.⁵⁵ Rehabiliteringstanken kan spores langt tilbake i tid. Det blir ansett at denne hadde sin begynnelse på 1800-tallet.⁵⁶ Etter andre verdenskrig hersket en sterk tro på at kriminelle kunne rehabiliteres. Det oppsto således en sterk behandlings- og rehabiliteringsoptimisme. På begynnelsen av 1970-tallet kom det imidlertid en reaksjon på denne optimismen, i form av forskning og rapporter som viste effekten av rehabiliteringstiltakene var små. Det viste at uansett hva man gjorde, klarte man ikke å redusere andelen tilbakefall, i

⁵⁴ Ot.prp. nr. 90 (2004-2005) punkt 6.3.2

⁵⁵ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 5.1, side 30

⁵⁶ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 5.4, side 34

form av at den innsatte avsto fra å begå ny kriminalitet etter løslatelse.⁵⁷ Dette ble kjent som ”Nothing works-bevegelsen”.⁵⁸ I stedet for å tilby rehabiliterende tiltak til de domfelte, ble det populært å fremheve straffens uskadeliggjøring og gjengjeldelse, ved at de innsatte skulle påføres en passende lidelse for deres forbrytelser. Avskrekkelsespolitikken har viste seg i ettertid å enten ikke ha effekt, eller at den hadde negativ innvirkning på tilbakefallsstatistikkene.⁵⁹

Etter perioder med optimisme, etterfulgt av pessimisme, ble man tvunget til å finne en ny likevekt innenfor straffegjennomføringspolitikken. Argumentene for å tilby rehabiliterende tiltak fikk i økende grad tilslutning. Det viste seg at noen påvirkningsprogrammer og tiltak hadde en viss effekt, under noen omstendigheter, og for noen lovbrytere. Det oppstod gradvis en forskningsbasert praksis. Fra midten av 1990-tallet utviklet det seg en ny ”bevegelse”, kalt ”What works-bevegelsen”, som også er nedfelt i St.meld. nr. 37.⁶⁰ Det vil i det følgende undersøkes hva som menes med rehabilitering i kriminalomsorgen.

2.3.2 Utgangspunkt

Rehabiliteringshensynet refererer seg til et ønske om å påvirke den domfeltes fremtidige atferd. Med rehabilitering, i avhandlingens forstand, menes alle de tiltak som kriminalomsorgen kan tilby en innsatt for at han etter endt straffegjennomføring skal klare å avstå fra videre kriminalitet. Man snakker således ikke om *en* håndfast rettighet oppstilt i en enkelt paragraf, eller som lett kan identifiseres på en gitt plass i lovverket. Dette innebærer at en innsatt ikke uten videre kan gå til domstolene å kreve å bli rehabilitert. Rehabiliteringstanken er også basert på den grunnleggende tanken om at alle mennesker kan forandre og for-

⁵⁷ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.2 side 68

⁵⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.2, side 68

⁵⁹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.2 side 69

⁶⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.3 side 69 flg.

bedre seg.⁶¹ Denne tanken er ikke på noe vis ”reservert” for norske statsborgere. Det er det uhensiktsmessige tanke- og handlingsmønsteret til den domfelte som tenkes forandret. Rehabilitering anses tradisjonelt som et gode både fra et individualistisk perspektiv, og fra samfunnets perspektiv. Det vil være samfunnstjenlig at den domfelte avstår fra nye kriminelle handlinger. Det anses også som positivt for den domfelte selv å avstå fra kriminalitet. For at man skal kunne svare på om kriminalomsorgen er rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte, må man fastlegge hva som ligger i begrepet rehabilitering i forbindelse med gjennomføring av fengselsstraff.

Straffegjennomføringsloven, med tilhørende forskrift og retningslinjer, har ingen nærmere angitt beskrivelse av hva som menes med rehabilitering. Det er heller ikke inntatt en definisjon eller beskrivelse av dette i lovens forarbeider. Man må således tolke straffegjennomføringsloven, gjennom de tilgjengelige rettskilder, for å fastlegge hva som menes med rehabilitering.

2.3.3 Straffegjennomføringslovens formålsparagraf

Paragraf 2 er straffegjennomføringslovens formålsparagraf. Dersom man skal fastlegge hva som menes med rehabilitering i kriminalomsorgen, må man tolke denne sentrale bestemmelsen. Dette for å fastlegge hva som anses som formålet med gjennomføring av fengselsstraff.

Av paragrafens første ledd fremgår det at ”[s]traffen skal gjennomføres på en måte som tar hensyn til formålet med straffen, som motvirker nye straffbare handlinger, som er betryggende for samfunnet og som innenfor disse rammene sikrer de innsatte tilfredsstillende forhold”. Med straffens formål menes i dette henseende statens formål med å gjøre en

⁶¹ Kriminalomsorgens strategi for faglig virksomhet (Fagstrategien), del I, side 4. Strategien er utformet at leder for kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) i Justisdepartementet, Kristin Bølgren Bronebakk, 17. februar 2004. Dette er den seneste fagstrategien utformet for kriminalomsorgen, og må derfor anses å være gjeldende. Fagstrategien brukes fortsatt aktivt på KRUS (fengselsskolen)

handling kriminell, og således at denne handlingen blir gjort straffbar, på grunn av at visse handlinger antas å være samfunnsskadelige. Ved at en handling kriminaliseres antas det at samfunnet oppnår beskyttelse som følge av den aktuelle straffetrusselen, og straffens antatte preventive virkning.⁶² Dette er av overordnet betydning, og setter således begrensninger på kriminalomsorgen når det kommer til å tilrettelegge forholdene for den enkelte. Samfunnets behov for beskyttelse, og den enkelte innsattes behov kan i visse tilfeller komme i direkte konflikt med hverandre.⁶³ Formålsbestemmelsen stiller store krav til kriminalomsorgens evne til å balansere sikkerhetsmessige forhold opp mot den enkelte domfeltes individuelle behov. I slike tilfeller må hensynet til den enkelte vike til fordel for samfunnets krav på beskyttelse, dersom de individuelle forhold antas å være i strid med den alminnelige rettsoppfatning.⁶⁴ Rehabilitering og sikkerhet kan imidlertid ofte være to sider av samme sak. Dersom den innsatte er ”rehabiliteret”, i form av at han begrenser sin kriminalitet, eller kanskje også avstår helt fra å begå ny kriminalitet, vil dette være hensiktsmessig både for samfunnet, og for den innsatte selv.⁶⁵

Av forskriften til straffegjennomføringsloven § 1-2 skal kriminalomsorgen, så langt det er forenlig med hensynet til samfunnets sikkerhet og den alminnelige rettsoppfatning, legge ”forholdene til rette for at den straffedømte gis mulighet til å endre livsførsel og hindre tilbakefall”. Dette er i tråd med prevensjonstanken som straffens formål.

Det er understreket i formålsparagrafens ordlyd at den enkelte innsatte skal sikres en straffegjennomføring under ”tilfredsstillende forhold”, jfr. § 2. Det er sentralt for avhandlingen å understreke at det er et selvstendig mål for kriminalomsorgen at livet til den domfelte

⁶² Norsk lovekommentar til straffegjennomføringsloven § 2, note 4, skrevet av Elisabeth Barsett, sist hovedrevidert 20.01.11

⁶³ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) s. 149, pkt. 13.1

⁶⁴ Norsk lovekommentar til straffegjennomføringsloven § 2, note 4, skrevet av Elisabeth Barsett, sist hovedrevidert 20.01.11

⁶⁵ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 8.1, s. 94

under straffegjennomføringen skal være verdt å leve.⁶⁶ Dette er i tråd med det grunnleggende humanistiske menneskesyn som er en av de fem grunnpilarene som kriminalomsorgen bygger på. Mennesket som unikt og ukrenkelig, er det humanistiske menneskesyns bærebjelke. Dette innebærer at hvert enkelt individ har en rett til å ta egne valg, og er også ansvarlig for konsekvensene av disse valgene. Alt som skjer i rehabiliteringsøyemed må derfor være basert på frivillighet. Ingen kan tvinges til å bli ”rehabilitert”.⁶⁷ I St.meld. nr. 37 uttaler justisdepartementet at det vil ”skjerpe kravene til kriminalomsorgen for at det skal drives et enda bedre og mer aktivt arbeid for å motivere og ansvarliggjøre den domfelte”. Dette innebærer at det ikke bare er hensynet til samfunnets sikkerhet som skal tillegges vekt i forhold til rehabilitering av den enkelte. Det er derfor også et selvstendig mål for kriminalomsorgen at individets verdighet og ukrenkelighet blir ivaretatt.⁶⁸ Dette punktet er også understreket i kriminalomsorgens fagstrategi.⁶⁹

2.3.4 Innholdet i straffegjennomføringen

Straffegjennomføringsloven § 3 fastsetter videre hva straffegjennomføringen skal inneholde. I henhold til paragrafens første ledd skal gjennomføring av reaksjonen være sikkerhetsmessig forsvarlig.⁷⁰

Etter bestemmelsens annet ledd, første punktum skal innholdet i straffegjennomføringen ”bygge på de tiltak kriminalomsorgen har til rådighet for å fremme domfeltes tilpasning til samfunnet”. Etter annet ledd annet punktum skal kriminalomsorgen ”legge forholdene til rette for at domfelte skal kunne gjøre en egen innsats for å motvirke nye straffbare handlinger”. I henhold til retningslinjene skal straffegjennomføringens innhold bygge på individuelle behov og forutsetninger, samt støtte domfeltes egen vilje til å bryte med sitt krimi-

⁶⁶ Jfr. Fagstrategien del I, s. 5

⁶⁷ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.2, side 20 og 21

⁶⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.2, side 20

⁶⁹ Fagstrategien del I, side 5

⁷⁰ Retningslinjene til straffegjennomføringsloven punkt 1.4 under ”sikkerhetsmessig forsvarlig”.

nelle mønster. ”Så vidt mulig” skal det legges til rette for en progresjonsrettet straffegjennomføring.⁷¹

Ordlyden i paragrafen er nøytral og generell. Dette følger av en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd. Det fastlegges ikke i paragrafen hva som menes med rehabilitering av innsatte. Likevel står det i paragrafens andre ledd at straffegjennomføringen *skal* ”bygge på de tiltak kriminalomsorgen har til rådighet for å fremme domfeltes tilpasning til samfunnet”. Sentralt å bemerke i dette henseende er at det ikke finnes holdepunkter for at det er kun ”det norske samfunn” det her snakkes om. Alle innsatte, også de som ikke skal tilbake til det norske samfunnet, skal tilbake til *et* samfunn.

Det vises videre til at det i forskriften § 1-4 er oppstilt en aktivitetsplikt for de domfelte under straffegjennomføringen. Det vises enda videre til straffegjennomføringsloven § 18, hvor det står at ”[k]riminalomsorgen *skal* legge til rette for at innsatte skal få et aktivitets tilbud på dagtid” (min kursivering). I henhold til forskriften § 3-18 er arbeid, opplæring, programvirksomhet og andre tiltak likestilte i forhold til den nevnte aktivitetsplikt. Under retningslinjene til § 18, står det at det fengselet skal lage en fremtidsplan for den innsatte, i samarbeid med den innsatte selv. Videre står det at fengselet skal vektlegge tiltak som skal redusere eventuelle skadevirkninger av fengselsoppholdet, redusere risikoen for ny kriminalitet, og så langt det er mulig, dekke den enkeltes behov og ønsker.⁷² Dette er i tråd med det humanistiske menneskesyn. Det er et viktig mål for kriminalomsorgen å legge til rette for å minimere de skadelige virkningene av fengselsoppholdet.

Paragraf 2 annet ledd annet punktum sier at kriminalomsorgen *skal* legge til rette for at den domfelte på egen hånd skal gjøre en innsats for å motvirke videre kriminalitet. Av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, er kriminalomsorgen således forpliktet til å legge for-

⁷¹ Retningslinjene til straffegjennomføringsloven punkt 1.4 under ”Fremme domfeltes tilpasning til samfunnet”, se også avhandlingens punkt 1.2.2.1 om forholdet mellom ”progresjon” og ”rehabilitering”.

⁷² Retningslinjene til straffegjennomføringsloven § 18, punkt 3.16, side 52

holdene til rette for at den domfelte skal avstå fra videre kriminalitet, og til å fremme domfeltes tilpasning i samfunnet. Man kan således innfortolke en tilretteleggelsesplikt for kriminalomsorgen rettet mot den enkelte domfelte. Dette understrekes av forskrift til straffegjennomføringsloven § 1-2 om formålet til loven, hvor det står at ”så langt det er forenelig med hensynet til samfunnets sikkerhet og den alminnelige rettsoppfatning, skal forholdene legges til rette for at den straffedømte gis mulighet til å endre livsførsel og hindre tilbakefall” (min kursivering).

Endrings- og reintegreringsarbeid beskrives av kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) som en ”[f]ellesbetegnelse på de tiltakene som kriminalomsorgen tar i bruk overfor domfelte for å realisere målet om å forebygge fremtidig kriminalitet og bidra til et sosialt levesett i det åpne samfunnet. Virkemidlene består blant annet av motivasjonsarbeid, programmer, miljø- og nettverksarbeid, samtaler og opplæring”.⁷³ Denne prosessen skal foregå gjennom en aktiv deltakelse fra kriminalomsorgens tjenestemenn. Dette innebærer at påvirkning og utvikling skjer gjennom menneskelig kontakt.⁷⁴

Dersom man foretar en presiserende tolkning av ordlyden i § 3, sammenholdt med KSF beskrivelse av endrings- og reintegreringsarbeid, og beskrivelsen i St.meld. nr. 37 om hva rehabilitering omfatter, kan man således innfortolke en generell plikt for kriminalomsorgen til å jobbe rehabiliterende med domfelte. Hva som ligger i denne plikten må imidlertid fastsettes ut fra andre rettskilder enn lovteksten.

2.3.5 Hva omfatter den rettslige rehabiliteringsplikten?

I følge St.meld. nr. 37 er målet for kriminalomsorgens faglige virksomhet at en straffedømt etter endt straffegjennomføring skal være ”nykter” i form av at han enten skal være rusfri, eller ha kontroll på sitt rusmisbruk, at han skal ha en egnet bopel. Han skal også kunne lese, skrive og regne, og skal ha en reell sjanse på arbeidsmarkedet. Videre er målet at han skal

⁷³ Fagstrategien, side 19

⁷⁴ St.meld. nr. 27 (1997-1998) punkt 3.4, side 28

kunne forholde seg til venner og familie og samfunnet for øvrig, samt å være rustet til å søke hjelp for eventuelle problemer som måtte oppstå etter endt straffegjennomføring. Endelig er det et mål at den straffedømte skal kunne leve uavhengig.⁷⁵

Dersom man foretar en samlet vurdering av hva kildene rundt straffegjennomføringsloven omtaler som rehabilitering, kan man foreta en inndeling av begrepet i to bolker. Begrepet omfatter på den ene siden arbeid med levekår og på den andre side arbeid med kognitiv atferdspåvirkning, som omfatter blant annet sosial trening, miljøarbeid og kunnskapsbasert påvirkningsarbeid som blant annet programvirksomhet. Arbeid med levekår omfatter blant annet rett til bolig, arbeid, utdanning og helse.⁷⁶

2.3.5.1 Kriminalomsorgens arbeid med innsattes levekår

Man har god kunnskap om at problemer knyttet til levekårssituasjonen i stor grad har sammenheng med av at det blir begått kriminelle handlinger. Av de domfelte er det en veldig stor andel som har problemer knyttet til oppvekstvilkår, psykisk - og ofte også fysisk - helse, rusmiddelavhengighet, boligmangel, og manglende skolegang og utdanning. Videre har man kunnskap om at dersom disse problemene vedvarer etter endt straffegjennomføring, øker sannsynligheten for at den domfelte begår ny kriminalitet kraftig.⁷⁷

Arbeid med domfeltes levekårssituasjon omfatter den strukturelle og materielle ramme som ideelt sett antas og må være på plass dersom den domfelte skal klare å avstå fra videre kriminell aktivitet etter endt straffegjennomføring. Dette gjelder egen bopel, egnet arbeid eller utdanning. Medregnet i levekårssituasjonen er også helsemessige utfordringer, samt arbeid med gjeld og relasjoner.⁷⁸ Dette er rettigheter som i stor grad gjelder tilretteleggelse av en ideell situasjon rundt den domfeltes løslatelse.

⁷⁵ St.meld. nr. 37 (2007-2008) side 9

⁷⁶ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 67, pkt. 7.4

⁷⁷ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 57, boks 7.2 "Levevilkår".

⁷⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 67, pkt. 7.4

Når det gjelder utenlandske innsatte som ikke skal tilbakeføres til det norske samfunnet, vil arbeidet rundt innsattes levekårssituasjon på mange måter bli svært vanskelig sammenlignet med norske statsborgere. Dette på grunn av at det vil være praktisk talt umulig for kriminalomsorgen å legge til rette for å skaffe for eksempel en fast bopel, eller konkrete selsettingstilbud, til domfelte som skal tilbakeføres til for eksempel Romania. Mange tilbakeføringer skjer også til land utenfor Europa, noe som vanskeliggjør tilretteleggingsarbeidet ytterligere. Videre vil tilretteleggelse av en ideell løslatelsessituasjon i stor grad avhenge av et forvaltningssamarbeid, jfr. straffegjennomføringsloven § 4. Det vil igjen være praktisk umulig for kriminalomsorgen å ha en løpende kontakt, og således et produktivt samarbeid, med forvaltningsorganer i andre land.

Videre vil arbeid med domfeltes levekårssituasjon, i form av tilretteleggelse av situasjonen etter endt straffegjennomføring, i stor grad avhenge av rettigheter etter andre regelverk, som domfelte uten norsk statsborgerskap ikke har krav på. Dette gjelder blant annet rett til behandling etter § 12. For at en domfelt skal kunne innvilges straffegjennomføring i behandlingsinstitusjon, kreves det i praksis at han er underlagt et helseforetak. En utenlandske innsatt vil ikke være underlagt helseforetak, da dette krever norsk statsborgerskap. Dersom en utenlandsk innsatte skal innvilges behandling etter § 12, kreves det at kriminalomsorgen finansieres plassen. Dette skjer i praksis ikke, fordi det ikke er bevilget midler til denne type straffegjennomføring.⁷⁹ Rettighetene det her er snakk om er i stor grad velferdsmessige ytelser, som staten i utgangspunktet har adgang til å reservere for sitt lands statsborgere. Det kan derfor, i noen tilfeller, være saklig begrunnet å forskjellsbehandle utenlandske domfelte på dette området.

Videre kan det være lite hensiktsmessig å tilby utenlandske innsatte norskopplæring, dersom de skal uttransporteres ved løslatelse. Det er på det rene at denne gruppen ikke har

⁷⁹ Jfr. uttalelser fra juridisk rådgiver Marit Aurdal ved Region øst. Uttalelsene ble gitt per telefon den 22.04.13

behov for å lære norsk, dersom de ikke skal tilbake til Norge igjen. På denne bakgrunn vil det i noen tilfeller kunne være saklig begrunnet å forskjellsbehandle utenlandske innsatte på enkelte områder. Det er likevel ikke slik at det vil være saklig helt å unnlate jobbing med innsattes levekårssituasjon. Det vil således ikke være grunnlag for å nekte utenlandske innsatte all skolegang. Opplæring i universale språk som engelsk og spansk vil i stor grad være hensiktsmessig også for utenlandske innsatte og deres rehabiliteringssituasjon etter endt straffegjennomføring. Videre vil det i mange tilfeller være mulig å arbeide med deres levekårssituasjon i form av arbeidsrettede tiltak, slik at den enkelte utenlandske innsatte vil være bedre rustet til et kriminalitetsfritt liv i sitt hjemland. Det kan således ligge innenfor kriminalomsorgens tilretteleggingsplikt å, i noen grad, jobbe med en forbedring eller tilretteleggelse av domfeltes levekårssituasjon.

2.3.5.2 Kognitiv atferdspåvirkning og sosial læringsteori

Det er et grunnleggende verdisyn for kriminalomsorgen at mennesker kan forandre seg.⁸⁰ Dette synet er også i tråd med straffens overordnede forbedringshensyn. Der er den som har begått den kriminelle handling som selv har ansvaret for å gjøre noe med sin egen situasjon, og i denne forbindelse kan gjøre noe med sin kriminalitet. Kriminalomsorgen er imidlertid tilrettelegger, og det er deres mål at den innsatte skal være bedre skodd for et kriminalitetsfritt liv etter endt straffegjennomføring. Straffegjennomføringen skal ideelt sett representere et vendepunkt for den domfelte.⁸¹

Sentral i rehabiliteringsdebatten er såkalt kognitiv atferdsterapi.⁸² Med kognitiv atferdsterapi som en rehabiliteringsfaktor menes en atferdspåvirkning av den domfelte hvor fokuset er rettet mot hans destruktive tanke- og handlingsmønster. Et viktig stikkord i denne prosessen er ”forbedring”. Forbedring skjer blant annet gjennom at den domfelte blir gjort klar over, og således innser, konsekvensene av sine handlinger, og at hva han har gjort er ”galt”.

⁸⁰ Fagstrategien side 5

⁸¹ Fagstrategien side 4

⁸² St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt. 7.4.3, sidene 70 flg.

Tanken bak er at det er den domfeltes tanke- og handlingsmønster som danner grunnlag for hans kriminelle atferd. Dette blant annet fordi den domfelte mangler konsekvenstenkning. Videre kan den domfelte ha utviklet mekanismer for å rettferdiggjøre sine kriminelle handlinger, eller han kan mangle evner eller ferdigheter til å takle visse situasjoner som vil oppstå. Den domfelte skal lære å ta konsekvensene av egne handlinger, samt å lære å handle annerledes i visse risikosituasjoner hvor han tidligere har begått kriminalitet. Målsettingen er at den domfelte skal endre sin atferd gjennom å endre sitt etablerte tanke- og handlingsmønster.⁸³

Det er imidlertid ikke bare det kriminalitetsforebyggende tanke- og handlingsmønster det skal jobbes med. Kvalitet i kriminalomsorgen skal ikke bare måles opp mot tilbakefallsstatistikken, men det er som nevnt et selvstendig mål at livet under straffegjennomføringen skal være humant for den enkelte domfelte.⁸⁴ Her har begrepet ”miljøarbeid” en sentral betydning.⁸⁵ I kriminalomsorgen defineres miljøarbeid i fengsel som:

”Daglige rutiner, aktiviteter, gjøremål og hendelser skal bevisst og konsekvent anvendes til læring av sosiale ferdigheter, problemløsning, mestring og utvikling av alternativer til uhensiktsmessige handlings- og reaksjonsmønstre.”⁸⁶

Miljøarbeid handler om å legge til rette for endring i det daglige gjennom gode rutiner og aktiviteter. Det er viktig å legge til rette for samhandling, både mellom innsatte, og mellom den enkelte innsatte og fengselsbetjentene. Samhandling kan bidra til økt motivasjon for den domfelte for at endring og mestring kan finne sted.⁸⁷ Metoder som i praksis har vist seg

⁸³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt. 7.4.3, side 70

⁸⁴ St.meld. nr. 37 (2007-2008) boks 3.3, side 21, gjengitt fra fagstrategien

⁸⁵ St.meld. nr. 37 (2007-2008) side 7.4, side 69

⁸⁶ Fagstrategien s. 20

⁸⁷ Jfr. artikkelen ”*Miljøarbeid i fengsel*”, skrevet av Heidi Drægebø (KRUS). Artikkelen bygger på KRUS Rapport 2/2006 Miljøarbeid i fengsel (Drægebø 2006) side 195, som er lagt til grunn i St.meld. nr. 37 (bl.a. på side 67) link: <http://brage.bibsys.no/krus/retrieve/68/Milj%C3%B8arbeid%20i%20fengsel.pdf>

å gi gode muligheter for praktisk læring er såkalte motiverende samtaler (MI)⁸⁸. Det er god dokumentasjon på at slike samtaler har god effekt i forbindelse med motivasjon for endring, og på å opprettholde engasjement for å gjennomføre rehabiliterende tiltak.⁸⁹ Arbeidstrening, ved at innsatte gis ansvaret for selv å komme seg på jobb eller skole hver dag til samme tid, blir en del av den sosiale trening som vil kunne vært svært nyttig for den domfelte etter endt straffegjennomføring. Denne treningen vil være nyttig i ethvert samfunn.

Det fremgår av St.meld. nr. 37 at straffegjennomføringen må ha et hensiktsmessig innhold, og at alle tiltak skal være basert på dokumentert forskning, og dokumenterte resultater.⁹⁰ Videre fremgår det at ”atferdsforandring oppnås best dersom ny atferd forsterkes gjennom dagliglivet, og hvor positive konsekvenser av uønsket atferd er større enn straffende konsekvenser for negativ atferd”.⁹¹ I følge kriminalomsorgens fagstrategi viser forskning at en kognitiv-handlingsrettet metodikk er mest anvendelig og gir best resultater i et kriminalitetsforebyggende perspektiv.⁹² En studie, gjengitt i St.meld. nr. 37 viser at program basert på kognitiv atferdspåvirkning kan oppnå opptil 50 % reduksjon i tilbakefall.⁹³ Enda videre står det i Stortingsmeldingen at ”strukturete programmer basert på kognitiv atferdsteori og *sosial læringsteori* [har] vist seg mest effektive for forandring av kriminelle holdninger og læring av nye ferdigheter” (min kursivering).⁹⁴

Programmer er en benevnelse på tiltak kriminalomsorgen, innenfor sine rammer, kan tilby domfelte som hjelpemiddel for å endre sitt destruktive tanke- og handlingsmønster. Dette blir gjort i form av blant annet undervisning, ferdighetstrening og strukturete samtaler med

⁸⁸ Forkortelse for "motivational interviewing" på engelsk.

⁸⁹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.4, side 73

⁹⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 9, side 105

⁹¹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.10, side 80

⁹² Kriminalomsorgens Fagstrategien (2004-2007) s. 14

⁹³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) side 70, pkt. 7.4.3

⁹⁴ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.10, side 80

den innsatte. Et eksempel er på et kriminalitetsforebyggende program er ”Alternativ til vold” (ATV) som er et samtalebasert program, utviklet spesielt for domfelte som har begått voldskriminalitet.⁹⁵

Den sosiale læringsteori ble utviklet av Albert Bandura. Teorien går ut på at mennesker lærer veldig mye gjennom å observere hva andre gjør, for siden å kopiere denne atferden selv. Dette har i alle kulturer, og gjennom alle tider, vært den viktigste måten å lære på.⁹⁶ Overført til kriminalomsorgen går teorien ut på at de innsatte lærer av andre innsattes oppførsel, og spesielt av fengselsbetjentene som rollemodeller. Spesielt viktig for denne prosessen er *kontaktbetjenten*. Hver enkelt innsatt har en kontaktbetjent som han kan forholde seg til, og som hjelper til med det praktiske som måtte oppstå under staffegjennomføringen. Som kontaktbetjent har man et særlig ansvar for å formidle videre den kunnskapen han har om den enkelte innsatte han er kontaktbetjent for. Dette for at til de andre innsatte i samme avdeling samme avdeling skal få kunnskap om hvilke metoder som kontaktbetjenten mener er mest egnet overfor denne innsatte.⁹⁷ Bandura bruker begrepet ”modellering” om når individer imiterer atferd de observerer hos andre.⁹⁸ Han bruker en kombinasjon av sosial læringsteori og den kognitive teori ved forklaring av modellering.⁹⁹

Også i fagstrategien er det understreket at sosial samhandling er grunnleggende for personlig utvikling. Videre stilles det krav om at fengslene skal ”utformes slik at vi kan oppnå et helhetlig og sammenhengende læringsmiljø”, hvor problemløsning og mestring står sent-

⁹⁵ Se informasjon på KRUS sine hjemmesider, link: <http://www.krus.no/no/Etterutdanning/Programvirksomhet/>

⁹⁶ Anbjørg Ohnstad, Oddmar Iversen, Grethe Nordhelle og Tor-Johan Ekeland, *Psykologi for sosial- og helsefag*, 3. opplag, Oslo 2004, kapittel 7 (av Oddmar Iversen) side 201, under overskriften ”sosial læringsteori”

⁹⁷ Heidi Drægebø, ”Miljøarbeid i fengsel” side 195.

⁹⁸ Ohnstad, Iversen, Nordhelle og Ekeland (2004) side 202

⁹⁹ Ohnstad, Iversen, Nordhelle og Ekeland (2004) side 203

ralt. Enda videre står det at programmer og miljøarbeid gjensidig skal styrke, og supplere hverandre.¹⁰⁰

Sosial læringsteori og kognitiv atferdspåvirkning er universelle størrelser, og er ikke knyttet opp bare mot det norske samfunnet. Det er imidlertid på det rene at det kan oppstå enkelte problemer i forhold til utenlandske innsatte også under denne delen av rehabiliteringsplikten. Dette gjelder spesielt i forhold til språk, kultur og religion. Likevel er det som ovenfor er beskrevet verdier som omfatter den helhetlige hverdagen for en domfelt i fengselet. Sosial læringsteori vil i aller høyeste grad også være relevant for utenlandske innsatte. Tilretteleggingsplikten vil både bestå tjenestemenn som er bevisste i det arbeidet de gjør overfor den enkelte innsatte, og at de opptrer som gode rollemodeller i jobben sin knyttet opp mot den enkelte innsatte.

2.4 Rehabiliteringsplikten knyttet opp mot utenlandske innsatte

Det er overfor argumentert for at det foreligger en rettslig og generell plikt for kriminalomsorgen til å jobbe rehabiliterende med de domfelte. Det er videre gjort rede for hva denne rehabiliteringsplikten består av. Neste spørsmål blir å undersøke om det finnes viktige rettskildemessige holdepunkter for å tolke straffegjennomføringslovens bestemmelser slik at den rettslige rehabiliteringsplikten ikke gjelder for denne gruppen.

2.4.1 Politiske hensyns relevans og vekt

Straffegjennomføringsloven er ingen utpreget rettighetslov, og legger i stor grad om til underordnede forvaltningsorganer, herunder den enkelte anstalt, å fastlegge det nærmere innholdet i straffegjennomføringen.

Spørsmålet er etter dette om det samlede rettspolitiske bildet, sammenholdt med uttalelsene i St.meld. nr. 37 og justisministerens klare uttalelser gir anslag på at reglene i straffegjennomføringsloven skal tolkes innskrenkende for utenlandske innsatte.

¹⁰⁰ Fagstrategien side 8

Spørsmålet er dette hvilken relevans og vekt rettspolitiske hensyn kan tillegges i forhold til tolkning av nøytrale lovbestemmelser. Torstein Eckhoff skriver følgende i sin bok ”Rettskildelære”, at ”[s]varet på spørsmålet om politiske hensyn er relevante, beror på hva man legger i uttrykket”. Han skriver videre at det ikke vil være relevant å legge vekt på at et politisk parti uttalt seg om hvordan er lovregel bør tolkes, for eksempel fordi partiet vil ”tape ansikt” dersom lovregelen blir tolket annerledes. Det som imidlertid vil være relevant, skriver Eckhoff, er ”å vurdere de samfunnsmessige virkningene som, man antar at en bestemt løsning av et rettsproblem vil få”.¹⁰¹ Etter Eckhoffs syn gjelder dette selv om det er politisk strid rundt vurderingene. I følge Eckhoff er det derfor akseptabelt å favorisere interesser som et politisk parti argumenterer for.¹⁰²

Dette taler for at det rettspoliske bildet som rettskildefaktor med tanke på tolkning av straffegjennomføringslovens bestemmelser har svært liten vekt og relevans. Et samlet rettspolitisk bilde kan imidlertid føre til at reglene *anvendes* på en måte som er diskriminerende overfor utenlandske innsatte. Dette vil jeg imidlertid komme tilbake til under drøftelsen av indirekte diskriminering under avhandlingens punkt 3.3.6.

Neste spørsmål er om Storbergets uttalelser som justisminister kan tillegges vekt for tolkingen av straffegjennomføringslovens regler. Han har, i den ovenfor nevnte pressemelding, uttalt at det er lite hensiktsmessig å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte som skal sendes ut av landet etter endt straffegjennomføring. Justisministeren er representant i det rettspolitiske bildet. Han er imidlertid også kriminalomsorgens øverste leder, og uttalelsene står i en pressemelding som ligger ute på regjeringens hjemmesider. Det bemerkes her at KSF ikke har gjort forsøk på å dementere uttalelsene i etterkant.

¹⁰¹ Torstein Eckhoff, ”Rettskildelære”, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo (2000), kapittel 14, punkt V, side 374-375

¹⁰² Torstein Eckhoff, ”Rettskildelære”, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo (2000), kapittel 14, punkt V, side 374-375

Uttalelsene fra Storberget kan, etter omstendighetene ikke tillegges så stor vekt at de kan sies å være en utøvelse av instruksjonsmyndighet til underordnede forvaltningsorganer. Som rettskildefaktor kan derfor hans uttalelser tillegges liten, om ingen vekt, ved tolkningen av straffegjennomføringslovens paragrafer.

Uttalelsene har imidlertid en viss støtte i St.meld. nr. 37 – hvor det stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av å tilby utenlandske innsatte skolegang og arbeid tilpasset det norske samfunnet, da denne gruppen ikke skal tilbake til det norske samfunnet etter endt straffegjennomføring. Spørsmålet er således om regjeringens instruksjon til underordnede forvaltningsorganer kan tillegges vekt ved tolkningen av loven.

St.meld. nr. 37 er den siste i rekken av regjeringens instruksjon av underordnet forvaltningsmyndighet – den utøvende makt. Meldingen legger således føringer på kriminalomsorgen med hensyn utforming av straffegjennomføringens innhold. Det kan derfor tenkes at uttalelsene kan tillegges noe vekt, dersom uttalelsene direkte gir anvisning på en bestemt regeltolkning. Uttalelsene er imidlertid ikke utformet som et pålegg til kriminalomsorgen. Det er imidlertid stilt spørsmålstegn ved hensiktsmessigheten. En inngående drøftelse av denne problemstillingen er imidlertid ikke foretatt i Stortingsmeldingen. Det er imidlertid slått fast at utenlandske innsatte har krav på de samme ”tilfredsstillende forhold” som norske innsatte har, og at innholdet i straffegjennomføringen er et viktig virkemiddel for å ”unngå skadelige virkninger av frihetsberøvelsen”.¹⁰³

Det er etter dette redegjort for at det ikke finnes relevante eller vektige nok rettskilder på straffegjennomføringslovens område som kan begrunne at man kan tolke loven slik at rehabiliteringsplikten ikke gjelder for utenlandske innsatte.

¹⁰³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 11.4.1, side 147

Det er imidlertid et helt annet spørsmål de ovenfor nevnte faktorer kan føre til straffegjennomføringslovens bestemmelser *praktiseres* på en måte som er diskriminerende overfor utenlandske innsatte. Dette poenget er sentralt for avhandlingen. Denne drøftelsen vil jeg komme tilbake til under avhandlingens del 3, under drøftelsen om indirekte diskriminering på bakgrunn av statsborgerskap.¹⁰⁴

2.4.2 Forskrift 30. september 2011 nr. 978 om forsøksprosjekt i Halden fengsel og Østfold friomsorgskontor om kartlegging av domfeltes behov for tiltak med sikte på å lette tilbakeføring til et kriminalitetsfritt liv

Forskriften trådte i kraft 1. november 2011, og er hjemlet i straffegjennomføringsloven. Lovgivende myndighet som er Stortinget, har delegert myndighet til utøvende makt. Forskriften er således gitt av Justisdepartementet, og nærmere bestemt KSF. Det er for avhandlingen hensiktsmessig å omtale forskriften, fordi det er et konkret uttrykk for en konkret regulering som direkte rammer utenlandske innsatte som skal uttransporteres fra Norge ved endt straffegjennomføring.

I forskriftens § 1 annet ledd første punktum, oppstilles forskriftens utgangspunkt om at "[a]lle domfelte kan gis tilbud om behovskartlegging mens de gjennomfører straff". I annet punktum er det likevel oppstilt en, for avhandlingens del, meget interessant begrensning. I annet ledd står det at "[i] tilbudet om behovskartlegging *skal* det likevel gis prioritet til domfelte (...) som skal oppholde seg i Norge etter gjennomført straff" (min kursivering).

Etter § 1 tredje ledd er formålet med kartleggingen å avklare om den domfelte har "behov knyttet til bolig, utdannelse, arbeid, helsehjelp, hjelp til å ordne sin gjeld og andre tiltak som har betydning for domfeltes tilbakeføring til samfunnet".

Dersom tolker ordlyden i § 1 tredje ledd, kan det se ut som behovskartleggingen tar sikte på å avklare eventuelle problemer knyttet til den enkelte domfeltes levekårssituasjon. Som

¹⁰⁴ Jfr. avhandlingens punkt 3.3.6

nevnt under avhandlingens punkt 2.3.5.1 kan det i noen tilfeller være saklig begrunnet å ikke gi utenlandske innsatte det samme tilbudet som norske innsatte når det gjelder arbeidet med innsattes levekår.

Man må imidlertid se § 1 tredje ledd i sammenheng med forskriftens § 6, som fastsetter innholdet i kartleggingsvektøyet. Etter annet ledd *kan* følgende områder også inngå i kartleggingen; ”erfaring fra og holdning til å la seg behandle for rusmisbruk og alkohol, lovbrudd vedkommende er dømt for, fysisk og psykisk helsetilstand, vurdering av egen aggresjon og bruk av vold og som offer for vold, og egen vurdering av framtidsmulighetene”¹⁰⁵

Dersom man legger til grunn avhandlingens redegjørelse av hva den rettslige rehabiliteringsplikten består av, vil opplistingen i § 6 annet ledd i stor grad gjelde arbeid med kognitiv atferdspåvirkning. KSF har her gitt en positiv hjemmel, i forskrifts form, for at det er tillatt å forskjellsbehandle utenlandske innsatte når det gjelder behovskartlegging. Kartlegging av innsatte vil være et viktig verktøy i forbindelse med rehabilitering av den enkelte.¹⁰⁶ Det står ikke eksplisitt i forskriftens ordlyd at man ikke skal bedrive behovskartlegging av utenlandske innsatte. Det som står er imidlertid at man skal prioritere domfelte som skal tilbake til det norske samfunnet. Det er på det rene at bestemmelsen først og fremst vil ramme utenlandske innsatte. Riktignok er forskriften begrenset både stedlig og i tid. Forskriften gjelder, på nåværende tidspunkt, bare for Halden fengsel og Østfold friomsorgskontor. Videre gjelder forskriften kun i en ”pilotperiode”. Det er imidlertid klare ambisjo-

¹⁰⁵ Jfr. forskrift 30.09.11 nr. 978 om forsøksprosjekt i Halden og Østfold friomsorgskontor om kartlegging av domfeltes behov for tiltak med sikte på å lette tilbakeføring til et kriminalitetsfritt liv, § 6 annet ledd, strekpunktene 1-5.

¹⁰⁶ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.9, side 78-79

ner om at forskriftens område skal utvides også til andre anstalter. Dette er imidlertid ikke formelt vedtatt på nåværende tidspunkt.¹⁰⁷

2.5 Kort om rehabiliteringsplikten i et menneskerettslig perspektiv

Det er etter dette hensiktmessig å kort forsøke å plassere rehabiliteringstanken i et menneskerettslig perspektiv. Det gjøres imidlertid ikke vidløftig drøftelse av dette spørsmålet, men det er hensiktmessig for avhandlingen med en oversikt over gjeldende regler.

En sentral kilde er FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 10, nr.1, som fastslår at ”alle som er berøvet friheten skal behandles humant, og med respekt for menneskets iboende verdighet”. Dette er i tråd med den humanistiske prinsipp. Det som er sentralt på avhandlingen område er at artikkelens nr. 3 oppstiller et krav om at det ”i straffesystemet *skal* inngå en behandling av fangene som har til hovedformål å forbedre dem og bringe dem tilbake til samfunnet”. (norsk oversettelse, min kursivering.)

Denne nevnte artikkel har til blitt tolket klart som et uttrykk for at fengselsstraff *skal* ha rehabilitering som målsetting.¹⁰⁸ Det er her ingen holdepunkter for at denne bestemmelsen gjelder bare for et medlemslands egne borgere. FNs menneskerettighetskomité har blant hatt interesse for konkrete tiltak som blir tilbudt i fengslene, når de har gjort sine fortolkninger av artikkel 10.¹⁰⁹ Komiteen har bedt om informasjon fra medlemsstatene om ”the measures taken to provide teaching, education, vocational guidance and training and also concerning work programmes for prisoners inside the penitentiary establishment as well as outside”.¹¹⁰ I sine kontroller av bestemmelsen har menneskerettskomiteen også interessert

¹⁰⁷ Jfr. uttalelser fra Jan Petter Dalen som jobber som team-leader ved Halden fengsel. Han har vært med på utviklingen av BRIK-prosjektet, og har jobbet som team-leader ved innføringen i Halden fengsel. Uttalelsene ble gitt per telefon den 22.04.13.

¹⁰⁸ Hans Jørgen Engbo, Peter Scharff Smith, *Fængsler og menneskerettigheter*, 1 utgave, 1 opplag, København 2012, side 70-71

¹⁰⁹ Engbo, Smith (2012) side 71

¹¹⁰ Human right committee (HRC) General comments 21, § 11

seg for spørsmålet om rehabilitering av de fengslede.¹¹¹ I de andre menneskerettslige kilder er imidlertid ordet ”rehabilitering” ikke brukt på samme måte som i SP artikkel 10. Begrepene resosialisering og reintegrasjon forekommer imidlertid.¹¹² Disse begrepene som også omfatter det som i avhandlingen er beskrevet som rehabilitering. Hans Jørgen Engbo og Peter S. Smith skriver i sin bok ”Fængsler og menneskerettigheter” fra 2012 at ”de menneskerettslige anvisninger på dette området bør tolkes således, at man har en forpliktelse til at sørge for, at det enkelte fængselsregime byder på gode muligheder for, at den dømte bedst muligt kan foreberede sin reintegrations i samfundet etter løsladelse”.¹¹³

De europeiske fengselsreglene er ikke bindende rettsregler, men en anbefaling av god praksis innenfor kriminalomsorgen. De består av en rekke standard minimumsregler for behandlingen av innsatte. Reglene er ikke umiddelbart gjeldende, men det er opp til de enkelte nasjonale myndigheter å fastsette nærmere regler i overensstemmelse med de europeiske fengselsreglene.¹¹⁴ De europeiske fengselsreglene suppleres av noen generelle anbefalinger vedrørende særlige kategorier av innsatte, herunder utlendinger.¹¹⁵

Ministerkomiteen har i en av sine anbefalinger pekt på flere minimumsprinsipper den enkelte fengselsanstalt bør overholde ved behandlingen av utenlandske innsatte. Disse prinsippene er ment å sikre at straffegjennomføringen også for utenlandske innsatte legges til rette på en måte som er egnet for deres resosialisering.¹¹⁶ Det kan etter disse prinsippene være påkrevd at et settes i verk konkrete tiltak for å tilstrebe at behandlingen av utenlandske innsatte ikke fører til at de blir dårlige stilt enn behandlingen av egne statsborgere.¹¹⁷

¹¹¹ Joseph, Mitchell, Gyorki og Benninger-Budel: A Handbook on the individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, OMCT Handbook Series vol. 4, 2006 s. 202

¹¹² Jfr. for eksempel de europeiske fengselsreglene, regel nr. 102.1, og nr. 106.1

¹¹³ Engbo og Smith (2012) side 72

¹¹⁴ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 4.1, side 26

¹¹⁵ Recommendation Rec (84) 12 of the committee of ministers to member states concerning foreign prisoners

¹¹⁶ Engbo og Smith (2012) kapittel 11 side 244

¹¹⁷ Rec (84) 12 punkt 1

Videre bør det, etter prinsippene, tilstrebes at utenlandske innsatte gis adgang til sosialisering med innsatte av samme nasjonalitet, språk, religion eller kultur. Bakgrunnen for dette er at man bør arbeide aktivt for å unngå isolasjon av denne gruppen.¹¹⁸ Enda videre sier prinsippene at utenlandske innsatte bør ha samme adgang til å få en utdanning som andre innsatte.¹¹⁹ Dette er stikk i strid med blant annet justisministerens uttalelser om at det er lite hensiktsmessig å rehabilitere utenlandske innsatte.¹²⁰ De særlige vanskeligheter som utenlandske innsatte kan møte under straffegjennomføringen, bør søkes kompensert; "[f]oreign prisoners, who in practice do not enjoy all the facilities accorded to nationals and whose conditions of detention are generally more difficult should be treated in such a manner as to counterbalance, so far as may be possible, these disadvantages."¹²¹

Etter dette kan det synes som at SP artikkel 10 krever at straffegjennomføringen skal ha rehabilitering som målsetting. Dersom man skal følge retningslinjene for de europeiske fengselsreglene, kreves det eksplisitt at utenlandske innsatte i sum skal få de samme tilbudene som norske innsatte på de områder som i avhandlingen omtales som rehabilitering.

2.6 Delkonklusjon

Oppgavens hovedproblemstilling er i hvilken grad kriminalomsorgen er rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte i norske fengsler. Det er overfor argumentert for at det foreligger en generell plikt for kriminalomsorgen til å jobbe rehabiliterende med alle innsatte. Det er videre pekt på hva som menes med rehabilitering i kriminalomsorgen, og hva denne plikten består av.

¹¹⁸ Engbo, Smith (2012) kapittel 11 side 244

¹¹⁹ Engbo og Smith (2012) kapittel 11 side 245

¹²⁰ Se punkt 1.3 under overskriften det rettspolitiske bildet.

¹²¹ Rec (84) 12 punkt 13

Det er ovenfor redegjort for at det ikke foreligger vektige rettskilder som kan begrunne et unntak fra rehabiliteringsplikten for utenlandske innsatte. Det rettslige utgangspunktet står etter dette fast. Kriminalomsorgen er rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende også med utenlandske innsatte. Det er imidlertid viktig å påpeke at det ikke kreves at utenlandske innsatte gis det samme tilbudet som norske innsatte. Det kreves imidlertid til at de får et tilbud som kvalitativt er like godt som norske innsatte. Denne konklusjonen har også støtte i SP artikkel 10, og i de europeiske fengselsreglene.

Det er imidlertid i drøftelsen pekt på flere komponenter som kan føre til at straffegjennomføringsloven *blir anvendt* på en måte som rammer utenlandske innsatte særlig hardt. Dette gjelder for det første at det er anerkjent at utenlandske innsatte gjennomgående har en tyngre straffegjennomføring enn norske innsatte, for det andre at er det pekt på at en entydig og samlet rettspolitisk bilde gir uttrykk for at det ikke skal brukes ressurser på å rehabilitere utenlandske innsatte.

I forlengelsen av avhandlingen, vil det derfor undersøkes om straffegjennomføringslovens nøytrale og generelle bestemmelser fører til at utenlandske innsatte blir utsatt for usaklig forskjellsbehandling ved anvendelsen av reglene.

3 Rehabilitering av utenlandske innsatte – Forbud mot usaklig forskjellsbehandling og diskriminering

3.1 Noen innledende utgangspunkter om det helhetlige diskrimineringsvernet som eksisterer i norsk rett.

I oppgaven er det flere ganger bemerkt at straffegjennomføringsloven er nøytral og generell. I de retningsgivende rekommandasjonene i de europeiske menneskerettighetene, står det at straffegjennomføringslovens regler skal anvendes nøytralt, uten forskjellsbehandling

på grunnlag av for eksempel ”nasjonalt opphav”, jfr. punkt 13.¹²² Det skal i det følgende undersøkes om utenlandske innsatte er vernet av det helhetlige diskrimineringsvernet som eksisterer etter norsk rett. I forlengelsen av dette skal det undersøkes om det foreligger en plikt for norske myndigheter til positivt å regulere utenlandske innsatte rettigheter, og mer spesifikt om det er et krav at straffegjennomføringsregelverket må inneholde en positiv lovregulering av utenlandske domfeltes rett til rehabilitering.

Det er flere regelsett som regulerer diskrimineringsvernet og forholdet til usaklig forskjellsbehandling etter norsk rett. Dette gjelder både folkerettslige regler, og en rekke spesiallover. Likeledes gjelder det et generelt krav om likebehandling av innsatte som et overordnet forvaltningsmessig prinsipp. I forhold til avhandlingens problemstilling, er det naturlig å først redegjøre for det ulovfestede forvaltningsmessige prinsippet om rettssikkerhet og likebehandling. Det vil i deretter drøftes om utenlandske innsattes rettigheter i forhold til rehabilitering er vernet etter lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). Endelig vil det kortfattes bli drøftet om denne gruppen også er vernet etter folkerettslige regler som den norske stat er bundet av.

3.2 Det generelle rettsikkerhetskravet om likebehandling og forbud mot usaklig forskjellsbehandling

Kriminalomsorgen bygger, som nevnt, på det overordnede prinsippet om rettssikkerhet og likebehandling. En viktig side av dette prinsippet er at kriminalomsorgen fører en ensartet praksis. En konsekvens av dette er at like tilfeller skal behandles likt, og at ulike tilfeller skal behandles ulikt.¹²³ Likehetskravet er et alminnelig demokratisk prinsipp.¹²⁴ Dersom like tilfeller ikke blir behandlet likt, er det tale om forskjellsbehandling. Begrepet forskjellsbehandling forutsetter et sammenligningsgrunnlag, for eksempel mellom to eller

¹²² De europeiske fengselsreglene punkt 13

¹²³ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.3, side 21

¹²⁴ NOU 1988:37, punkt 6.5, side 54

flere personer.¹²⁵ Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling må betraktes som et utslag av den enkeltes rett til verdighet og integritet.¹²⁶ Likeledes er likhetsprinsippet gjennom juridisk tradisjon en viktig del av det grunnleggende rettsikkerhetskravet.¹²⁷ Ståle Eskeland skriver i sin bok ”Fangerett” at ”kravet om likhet ikke bare er et rettsikkerhetskrav rettet til forvaltningens anvendelse av loven, men også er et krav som gjelder lovgivningens innhold og dermed skal være bestemmende for de avgjørelser forvaltningen treffer”.¹²⁸ I følge Eskeland kan man generelt si at rettsikkerhetskravet består i at forskjellsbehandling må være saklig begrunnet. Hva som anses å være saklig forskjellsbehandling vil imidlertid variere; ”[i]kke desto mindre regnes det som en sentral verdi at forskjellsbehandling kan forsvarer ut fra visse saklighetsnormer” skriver Eskeland.¹²⁹ Kravet om likebehandling anses derfor som en sentral del av det grunnleggende og overordnede kravet om rettsikkerhet.

Spørsmålet er etter dette hva som menes med ”likhet” i straffegjennomføringen. Kilder rundt straffegjennomføringsloven anerkjenner at likhetsverdien ikke har et entydig innhold, men at det finnes flere ulike forståelser av likhet. Det fremgår i NOU 1988:37 at ”alle fanger skal *så langt mulig* få lik behandling” (min kursivering).¹³⁰

I følge Vibeke Blaker Strand kan man trekke hovedskille mellom formell likehet og substansiell likhet, eller reell likhet.¹³¹ Dersom man er ute etter formell likhet, fokuseres det på at det ikke skal finne diskriminering på bakgrunn av nærmere angitte diskrimineringsgrunnlag, som for eksempel etnisitet. Lover skal anvendes nøytralt, uten at det skal gjøres for-

¹²⁵ NOU 2009:14 punkt 3.2, side 39

¹²⁶ Anne Hellum, Kirsten Ketscher (red.), Diskriminerings- og likestillingsrett, 2008, punkt 1.4.1, side 41

¹²⁷ NOU 1998:37, punkt 6.5, side 54. Også Ståle Eskeland skriver i sin bok ”Fangerett” (2. utgave, 1989) at rettsikkerhetsidealet innebærer et krav om likhet, jfr. punkt 4.2, side 62-63.

¹²⁸ Eskeland, *Fangerett* (1989) punkt 4.4.2, side 63

¹²⁹ Eskeland, *Fangerett* (1989) punkt 4.4.2, side 63

¹³⁰ Jfr. NOU 1988:37, punkt 6.5, side 53.

¹³¹ Vibeke Blaker Strand, ”Diskrimineringsvern og religionsutøvelse – hvor langt rekker individvernet?”, 1. utgave, 1. opplag 2012, punkt 3.2, side 117

skjell på folk på bakgrunn av disse diskrimineringsgrunnlagene. I dette ligger også et krav om likhet for loven, nærmere bestemt at loven skal anvendes på samme måte overfor alle.¹³²

Dersom man krever substansiell likhet, går man et hakk lenger, og har fokus på hvordan nøytralt uformede regler virker i praksis. Det er her et krav om at staten tar aktive skritt for å forebygge og redusere eller fjerne årsakene til at det finner sted diskriminering.¹³³ Herunder kan det kreves at staten tar aktive skritt i form av positiv særbehandling av en gruppe for å oppnå at det faktisk skjer en likebehandling i praksis. Hvilken likhet som kreves, vil imidlertid måtte konkretiseres i det enkelte tilfellet. Det er således ikke gitt hvilken type likhet som kreves etter straffegjennomføringsloven.

Det er her redegjort for at det foreligger et generelt rettslig prinsipp om forbud mot usaklig forskjellbehandling etter norsk rett, og at det kan tenkes at det finnes ulike betydninger av ordet likebehandling. Det vil etter dette undersøkes om utenlandske innsatte vernes etter spesiallovgivningen.

3.3 Diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven

3.3.1 Formålsbestemmelsen

Lovens formål, er i følge diskrimineringsloven § 1, å fremme likestilling, samt å sikre like muligheter og rettigheter. "Likestilling" betyr i vår sammenheng at ulike grupper skal ha like muligheter og rettigheter.¹³⁴ Loven gir således ikke et minoritetsvern, eller et gruppevern på kollektivt grunnlag, men alle individer som inngår i en gruppe, omfattes av diskrimineringsvernet.¹³⁵ For at alle skal kunne ha "like muligheter" vil det i noen tilfeller være

¹³² Blaker Strand (2012) punkt 3.2 side 117

¹³³ Blaker Strand (2012) punkt 3.2, side 117

¹³⁴ Norsk lovekommentar til diskrimineringsloven § 1, note 2, skrevet av Christel Kirkøen, sist hovedrevidert 03.07.12

¹³⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.1.5, side 69

nødvendig med en særskilt tilrettelegging av forholdene for grupper som kan sies å være særlig utsatte. Deres utgangspunkt kan være svakere enn andres, og målet er derfor å forbedre dette. Dette medfører at det i noen tilfeller er det ikke tilstrekkelig med et eget forbud mot diskriminering, men at det kan være nødvendig med en positiv særbehandling i de ulike arenaene i samfunnet.¹³⁶ For at ”like muligheter” kan sies å foreligge, kreves at de aktuelle mulighetene rent faktisk kan utnyttes.¹³⁷

Videre er formålet å ”hindre diskriminering på grunnlag av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk og livssyn”. Det henvises i lovens formålsparagraf til Grunnloven § 110c som pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene. I lovkommentaren til § 1 sies det at ”formålsbestemmelsen gir uttrykk for det vern som er nedfelt i en rekke internasjonale menneskerettslige forpliktelser som Norge er bundet av, og som statens myndigheter skal respektere og sikre, jf Grunnloven §110c”.¹³⁸ Staten har således en plikt til å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn.

Bestemmelsen har ikke et selvstendig materielt formål, men vil være retningsgivende for tolkningen av lovens øvrige bestemmelser, ved at de må tolkes i samsvar med lovens formål. Videre står det i lovkommentaren at formålsparagrafen skal være en sterk retningslinje ved tolkningen av lovens øvrige bestemmelser.¹³⁹

¹³⁶ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 1, note 3, skrevet av Christel Kirkøy, sist hovedrevidert 03.07.12

¹³⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 69

¹³⁸ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 1, note 1, skrevet ved Christel Kirkøy, sist hovedrevidert 03.07.12

¹³⁹ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 1, note 1, skrevet av Christel Kirkøy, sist hovedrevidert 03.07.12

3.3.2 Forholdet til FNs rasediskrimineringskonvensjon

I følge § 2 skal De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK) gjelde som norsk lov. Dette betyr at RDK gjelder på lik linje med annen formell lov. Konvensjonen er ikke gitt en egen forrangbestemmelse som tilsvarende mnskrl. § 3, noe som medfører at eventuelle uoverensstemmelser må løses etter alminnelig rettskildeprinsipper.¹⁴⁰ RDK kommer imidlertid ikke til anvendelse på forskjellsbehandling mellom egne statsborgere, og borgere med annet statsborgerskap.¹⁴¹ Rasediskrimineringskomiteen i General Recommendation XI on non-citizens (forty-second session, 1993) har imidlertid uttalt følgende:

”1. Article 1, paragraph 1, of the International Convention of All Forms of Racial Discrimination defines racial discrimination. Article 1, paragraph 2, excepts from this definition actions by a State party which differentiate between citizens. State parties may not discriminate against any particular nationality.”

3.3.3 Lovens virkeområde

Diskrimineringsloven § 3 angir lovens saklige virkeområde. Bestemmelsens utgangspunkt er at loven gjelder på alle livsområder hvor diskriminering, på grunnlag opplistet i § 4, kan forekomme. Det er unntak fra dette utgangspunktet som må begrunnes og presiseres.¹⁴² Familieliv og privatliv er eksplisitt unntatt fra lovens virkeområde. Videre er det oppstilt et unntak for handlinger og aktiviteter i regi av tros- og livsynssamfunn og virksomheter med religiøst eller livsynsmessig formål. Dette er i tråd med Grunnloven § 2, samt flere internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, som oppstiller prinsipper om religionsfri-

¹⁴⁰ Norsk lovekommentar til diskrimineringsloven § 2, Note 5, skrevet av Christel Kirkøy, sist hovedrevidert 03.07.12

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.3, side 88 og NOU 2009:14, punkt 12.21

¹⁴² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 8.8.3, side 65

het.¹⁴³ De oppstilte unntakene omfatter ikke innsatte i norske fengsler. Loven gjelder således også hvor noen, på grunnlag av de oppstilte diskrimineringsgrunnlag, blir diskriminert mens de gjennomfører straff i norske fengsler.¹⁴⁴

3.3.4 Diskrimineringsgrunnlagene

Lovens oppstilte diskrimineringsgrunnlag er etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn.¹⁴⁵

Diskriminering på grunn av statsborgerskap er ikke direkte omfattet av lovens diskrimineringsgrunnlag. Forarbeidene anerkjenner likevel at det kan tenkes at forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap vil kunne rammes av indirekte diskriminering på grunn av nasjonalitet og annen etnisk bakgrunn enn norsk.¹⁴⁶ Likestillings- og diskrimineringsnemda har vurdert spørsmålet om vern mot forskjellsbehandling på grunn av statsborgerskap i en sak som gjaldt en boligannonse hvor det stod at en bolig bare kunne leies ut til norske statsborgere. Nemda slo fast at kravet om norsk statsborgerskap var i strid med lov om etnisk diskriminering.¹⁴⁷ Videre vil forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonal opprinnelse og etnisitet ligge tett opptil statsborgerskap.¹⁴⁸

Dette innebærer at utenlandske innsatte etter omstendighetene vil kunne ha et visst vern etter diskrimineringsloven, dersom diskrimineringsgrunnlaget alene er statsborgerskap.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.8, side 90

¹⁴⁴ Se bl.a. en sak i Likestillings- og diskrimineringsnemda, saksnummer 07/1057, hvor en pakistansk innsatt klaget et fengsel inn til sivilombudsmannen fordi han påsto seg diskriminert på bakgrunn av etnisitet etter diskrimineringsloven § 4, jfr. § 10.

¹⁴⁵ Jfr. blant annet diskrimineringsloven § 1

¹⁴⁶ Ot.prp. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.3, side 88

¹⁴⁷ Nemndas sak nr. 18/2006

¹⁴⁸ Ot.prp. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.3, side 88

3.3.5 Diskrimineringsvernet etter § 4

I henhold til lovens § 4 første ledd er både direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn forbudt.

3.3.5.1 Direkte diskriminering

I paragrafens andre ledd er det inntatt en legaldefinisjon av direkte diskriminering: "[m]ed direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at personer (...) blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon". Det henvises til diskrimineringsgrunnlagene opplistet i første ledd. Ved at "unnlattelse" eksplisitt inntas i lovteksten, omfattes også passiv diskriminering. Videre kreves det en sammenlignbar situasjon for at forholdet skal omfattes av diskrimineringsforbudet etter annet ledd. Ved at statsborgerskap ikke er positivt opplistet som diskrimineringsgrunnlag kan det ikke bli tale om direkte diskriminering. På avhandlingens område er det den indirekte diskriminering som er relevant å drøfte, da det er anerkjent at diskriminering på bakgrunn av statsborgerskap etter omstendighetene kan utgjøre en indirekte diskriminering.¹⁴⁹

3.3.6 Indirekte diskriminering

I paragrafens tredje ledd, første punktum, er det inntatt en legaldefinisjon på indirekte diskriminering: "[m]ed indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer (...) blir stilt særlig ufordelaktig sammenlignet med andre". Også her vises det til diskrimineringsgrunnlagene i paragrafens første ledd. Bestemmelsen må leses i sammenheng med unntaket for saklig forskjellsbehandling.¹⁵⁰ Indirekte diskriminering er et resultat av lik behandling av ulike tilfeller. Dersom denne behandlingen fører til at personer tilhørende bestemte grupper kommer systematisk dårligere ut enn andre, er dette indirekte diskriminering. Dette kommer av at personer med en svakere utgangsposisjon kommer dårligere ut av en gitt situa-

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.1.8.3, side 88

¹⁵⁰ Dette punktet blir behandlet i avhandlingens punkt 3.3.7

sjon, selv om de formelt sett blir likt behandlet.¹⁵¹ Det er etter bestemmelsens ordlyd ikke tilstrekkelig at en person blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon. Det kreves at han blir behandlet *kvalifisert dårligere* for at situasjonen skal omfattes av diskrimineringsforbudet.¹⁵² Med dette understrekes at det skal noe mer til for å konstantere indirekte diskriminering enn for direkte diskriminering.

Paragraf 4 er lovens sentrale materielle bestemmelse. Lovens øvrige bestemmelser er bygget opp rundt denne paragrafen. Med diskriminering menes i loven "lovstridig forskjellsbehandling".¹⁵³ For å konstantere indirekte forskjellsbehandling kreves at det foreligger årsakssammenheng mellom den aktuelle handlingen mv. og etnisiteten, religionen mv.¹⁵⁴

Vurderingstemaet etter § 4 annet ledd er etter dette om utenlandske innsatte, på bakgrunn av at de ikke har norsk statsborgerskap, blir stilt "særlig ufordelaktig" i forhold til norske innsatte ved anvendelse av straffegjennomføringslovens bestemmelser. Det må først drøftes om utenlandske innsatte er å anse som en særlig svak gruppe, og etter dette om straffegjennomføringslovens nøytrale bestemmelser fører til at utenlandske innsatte i sum får et vesentlig dårligere tilbud enn norske innsatte etter samme regelverk.

For det første anerkjennes i NOU 2009:14 "et helhetlig diskrimineringsvern" at straffedømte og rusavhengige tilhører grupper som er sosialt sårbare, vanskelig stilt og utsatt for forskjellsbehandling på mange områder.¹⁵⁵ Videre anerkjenner sentrale kilder rundt straffegjennomføringsloven at utenlandske innsatte er en gruppe som har særlig behov for tilrette-

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 9.1.5 side 69

¹⁵² Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 4, note 20, ved Christel Kirkøen, sist hovedrevidert 03.07.2012

¹⁵³ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 4, note 12, skrevet av Christel Kirkøen, sist hovedrevidert 03.07.2012

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) Side 206

¹⁵⁵ NOU 2009:14 punkt 12.14, side 142

legging.¹⁵⁶ Dette blant annet fordi innsatte gjennomgående har en ”tyngre” straffegjennomføring sammenlignet med flertallet av de norske innsatte”.¹⁵⁷ Ved såkalte ”fra det generelle til det spesielle” betraktninger, kan det ut fra sies at utenlandske innsatte er en særlig utsatt gruppe som det kan tenkes at det diskrimineres mot. Kriminalomsorgen anerkjenner således i egne kilder at utenlandske innsatte er en særlig utsatt gruppe, uten at utenlandske innsatte er gitt et eget vern i lovverket. Det er således slik at utenlandske innsatte er ”vanskeligstilt” i utgangspunktet, et utgangspunkt som opprettholdes av straffegjennomføringsloven, på grunn av lovens generelle karakter.

Utenlandske innsatte er videre svakt stilt i forhold til at man mangler interesseorganisasjoner som ivaretar denne gruppens rettigheter. Når det gjelder utenlandske innsatte er dette imidlertid en uensartet gruppe, i form av at de kommer fra svært mange ulike nasjoner. Det vises i denne anledning til det rettspolitiske bildet, som entydig går i retning av å frata utenlandske innsatte rettigheter, og langt fra en bevisstgjøring om at denne gruppen skal vernes. Når det gjelder varetektsinnsatte, og bruken av isolasjon i norske fengsler, har kriminalomsorgen gjentatte ganger blitt kritisert av FNs torturkomité for overdreven bruk av isolasjon.¹⁵⁸ Dette vil ha hatt en viktig betydning for at varetektsinnsatte har fått et særlig sterkt vern, i form av en egen lovregulering i straffegjennomføringsloven § 2 annet ledd.

Enda videre er varetektsinnsatte pekt på som en egen utsatt gruppe i de samme kildene knyttet til straffegjennomføringsloven.¹⁵⁹ Varetektsinnsatte har imidlertid, som nevnt, fått et sterkt rettslig vern. Videre er forvaringsdømte omtalt som en egen gruppe med behov for særlig tilrettelegging. Denne gruppen er regulert både etter egen forskrift, og i egne ret-

¹⁵⁶ St.meld. nr. 37 (2007-2008) s. 147, pkt. 11.4

¹⁵⁷ St.meld. nr. 27 (1997-98) s. 45, pkt. 4.7.4

¹⁵⁸ Jfr. blant annet en artikkel publisert på VGs nettutgave den 26.11.12, link: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10048179>

¹⁵⁹ Se blant annet St.meld. nr. 27 (1997-1998) punkt 4.10 side 57-60 og St.meld. nr. 37 pkt. 11.1, side 140-142

ningslinjer.¹⁶⁰ Utenlandske innsatte har imidlertid ikke fått et eget vern. Dette understreker utenlandske innsatte særlig vanskeligstilte utgangsposisjon.

Enda videre pekes det på det i forslaget til statsbudsjett for 2012-2013, hvor det ble vedtatt at Kongsvinger fengsel skulle bli et rent utlendingsfengsel. I forslaget punkt 4 er likestilling omtalt. I punkt 4.1 omtales "likeverdig straffegjennomføring for kvinner og menn", hvor det fastslås at målet for kriminalomsorgen er likestilling mellom kvinner og menn.¹⁶¹ Det er imidlertid ikke, på noen steder, omtalt likestilling i straffegjennomføringen på bakgrunn av statsborgerskap. Med tanke på at det var politisk bestemt at det skulle opprettes et eget utlendingsfengsel, for første gang i Norge, hadde det således vært naturlig å påpeke utfordringene med hensyn til forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap. Dette understreker igjen utenlandske domfeltes særlige svake stilling. Enda videre er det grunn til å stille spørsmålsteget ved at et så inngripende forslag har vært gjenstand for offentlig høring over hodet.

Et annet argument for at utenlandske innsatte er i en særlig utsatt posisjon, er at det tidligere var gitt en egen bestemmelse for å avhjelpe denne gruppens særlige tunge straffegjennomføring. Det var tidligere i straffegjennomføringsloven en adgang for utenlandske innsatte til å bli prøveløslatt på 7/12-dels straffetid på nærmere angitte kriteriet. Prøveløslatelse for norske innsatte var, og er fortsatt, først mulig etter oppnådd 2/3-straffetid, jfr. straffegjennomføringsloven § 42.¹⁶² Ordlyden i bestemmelsen var at "[u]tlendinger som gjennomfører norsk straffedom i Norge (...) kan prøveløslates etter syv tolvtedeler av straffen er gjennomført. Slik prøveløslatelse forutsetter at domfelte som en følge av sin utlendingsstatus har hatt en særlig tung gjennomføringssituasjon sammenlignet med norske domfelte, blant annet forårsaket av språkproblemer og manglende permisjoner og besøk". Ordningen

¹⁶⁰ Forskrift 3. mai 2004, om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

¹⁶¹ Prp. 1 S (2012-2013) s. 217, punkt 4.

¹⁶² Det finnes imidlertid en snever hjemmel for å prøveløslates etter oppnådd halv straffetid etter straffegjennomføringsloven § 42 tredje ledd.

ble imidlertid opphevet ved KSFs rundskriv 2/2009 av 28. april 2009.¹⁶³ Grunnlaget for at bestemmelsen ble fjernet var imidlertid at dette ble ”normalordningen for innsatte med utvisningsstatus”.¹⁶⁴ Dette innebærer at flesteparten av de utenlandske innsatte oppfylte lovens krav om at de som følge av sin utlendingsstatus har hatt en ”særlig tung straffegjennomføring”.

I følge rundskrivet hadde også forholdene for utenlandske forbedret seg fra ordningen ble innført, slik at det ikke lenger ble ansett som nødvendig å ha denne regelen i lovteksten. Dette til tross for at flertallet av de utlandske innsatte oppfylte bestemmelsens krav. Det ble videre stilt spørsmål om praksisen hadde virket etter sin hensikt, og om denne typen praksis innebar en forskjellsbehandling i forhold til de øvrige innsatte.¹⁶⁵ Bestemmelsen, som innebar en positiv særbehandling for utenlandske innsatte i forhold til norske innsatte, ble altså ansett å være et brudd på det grunnleggende likebehandlingsprinsippet.

Spørsmålet ble forelagt Stortinget, som sluttet seg til Innst. S. nr 169 (2008-2009) til departementets forslag om å se nærmere på ordningen og uttalte følgende:

"Komiteen ønskjer ein gjennomgang av ordninga med 7/12-soning for utanlandske innsette med det siktemål at denne ordninga skal avviklast heilt. Komiteen støttar ei slik avvikling. *Det er viktig at norske og utanlandske innsette vert handsama likt etter lova.* Forhold som gjer [straffegjennomføringa] for utanlandske statsborgarar særleg tyngande, bør avhjelpast med andre midlar, deriblant overføring til soning i eige heimland og betre tilrettelegging for kontakt med familie i heimlandet."¹⁶⁶ (min kursivering)

Begrunnelsen for fjerningen av bestemmelsen var således på den ene side at løslatelse på syv tolvtedeler ble normalordningen, fordi flertallet av de utenlandske innsatte oppfylte

¹⁶³ KSFs rundskriv 2/2009 av 28.04.09

¹⁶⁴ KSFs rundskriv 2/2009 av 28.04.09

¹⁶⁵ KSFs rundskriv 2/2009 av 28.04.09

¹⁶⁶ KSFs rundskriv 2/2009 av 28.04.09

bestemmelsen kriterier. På andre siden fordi det var viktig at norske og utenlandske innsatte skal være like for loven.

Det er i redegjørelsen overfor slått fast at kriminalomsorgen er forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte, på lik linje som med norske innsatte. Imidlertid er det pekt på flere ting som gjør at de nøytrale reglene i straffegjennomføringsloven kan anvendes slik at utenlandske innsatte i praksis får et vesentlig dårligere tilbud sammenlignet med utenlandske innsatte.

Det er pekt på at det ikke finnes rettskildefaktorer som er relevant eller vektige nok til å begrunne at straffegjennomføringsloven tolkes innskrenkende, slik at rehabiliteringsplikten ikke gjelder for utenlandske innsatte. De nevnte rettskildefaktorer kan imidlertid føre til at reglene blir anvendt på en måte som er indirekte diskriminerende overfor utenlandske innsatte.

For det første er det rettspolitiske både samlet og entydig. Eckhoff legger, som nevnt, til grunn at det er relevant å favorisere interesser som et politisk parti tar til ordet for.¹⁶⁷ Selv om det rettspolitiske bildet ikke kan begrunne en innskrenkende tolkning av straffegjennomføringslovens regler, vil det kunne være relevant å legge vekt på et entydig rettspolitisk bilde ved anvendelsen av reglene. Særlig gjelder dette uttalelsene fra justisministeren. Selv om uttalelsene ikke kan oppfattes som instruksjoner til underordnet forvaltningsorgan, vil det kunne få store konsekvenser ved lovanvendelsen av kriminalomsorgens øverste leder uttaler seg så bastant i retning av at det ikke er hensiktsmessig å bruke ressurser på rehabilitering av utenlandske innsatte. Underordnede forvaltningsorganer vil i stor grad anvende loven lojalt i tråd med de føringer som legges av overordnet forvaltningsorgan.

¹⁶⁷ Eckhoff (5. utgave ved J.E. Helgesen 2000) kapittel 14, side 375

Dersom man foretar en oppsummering av de ovenfornevnte argumenter, er utenlandske innsatte en ”svak gruppe” med behov for et eget vern. Man står i tillegg i fare for vil underordnet forvaltningsorgans anvendelse av loven i stor grad føre til at utenlandske innsatte blir særlig ufordelaktig stilt i forhold til utenlandske innsatte.

3.3.7 Forholdet til saklig forskjellsbehandling etter § 4 tredje ledd

”Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her”, jfr. § 4 tredje ledd.

Forskjellsbehandling som er saklig, er etter dette ikke å anse som diskriminering. I henhold til forarbeidene kan denne bestemmelsen ses på som en presisering av diskrimineringsbegrepet.¹⁶⁸ Spørsmålet blir etter dette om det er saklig begrunnet for kriminalomsorgen å forskjellsbehandle utenlandske innsatte i forhold til norske innsatte med tanke på rehabilitering i norske fengsler. Det er en utbredt oppfatning av det er noe større grunnlag for å gjøre unntak fra bestemmelsen om indirekte diskriminering, i forhold til regelen om direkte diskriminering.¹⁶⁹ Det må foretas en vurdering i tre ledd for å fastslå om det er saklig begrunnet ikke å tilby utenlandske innsatte rehabilitering under straffegjennomføringen. For det første må det undersøkes om formålet med forskjellsbehandlingen anses som rimelig og legitimt, og om det er av en slik art at hensynet til likebehandling bør vike. For det annet må det undersøkes om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål, herunder om man kan oppnå samme resultat med andre, mindre inngripende midler. Her må det også vurderes om andre aktuelle tiltak er uforholdsmessig ressurskrevende. Endelig

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 10.4.8.1, side 101

¹⁶⁹ Hellum, Ketscher (2008) Kapittel 5, skrevet av Professor dr. juris Gudrun Holgersen, punkt 5.4.4.1, side 174

må det foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom det målet som søkes oppnådd, og middelet som er tatt i bruk for å nå dette målet.¹⁷⁰

For det første må det altså undersøkes om det må anses som rimelig eller legitimt at utenlandske innsatte ikke tilbys rehabilitering etter straffegjennomføringsloven. Det målet som tenkes tilsiktet er en hensiktmessig fordeling av knappe ressurser.

Det er alminnelig anerkjent at en stat til en viss grad har rett til å forskjellsbehandle på bakgrunn av statsborgerskap. En stats egne borgere har som utgangspunkt en bedre posisjon enn andre stats borgere. Dette gjelder først og fremst en stats rett til å bestemme hvem som skal oppholde seg, arbeide i landet, og også hvem som skal utvises fra landet. Denne retten gjelder også en velferdsstats fordeling av knappe ressurser.¹⁷¹ Selv om det kan være gode grunner til å trekke et skille i en del tilfeller, kan det også forekomme tilfeller hvor det synes umotivert og kan innebære et element av ubegrunnet forskjellsbehandling.¹⁷²

Spørsmålet er først om den såkalte alminnelige rettsoppfatning taler for at det er saklig begrunnet ikke å tilby utenlandske innsatte rehabilitering etter straffegjennomføringslovens regler. Det vises til at forskrift til lov om straffegjennomføring § 1-2 direkte oppstiller et krav om at man blant annet skal ta hensyn til den alminnelige rettsoppfatning dersom den domfelte skal gis mulighet til ”å endre livsførsel og hindre tilbakefall”.¹⁷³ Videre står det i forarbeidene at ”hensynet til allmennhetens rettsfølelse” skal vurderes i alle situasjoner.¹⁷⁴

Man må imidlertid trå med stor varsomhet med hensyn til å fastslå hva som er den alminnelige rettsoppfatning. Det vil nok imidlertid ofte være et visst samsvar mellom det rettspoli-

¹⁷⁰ Hellum, Ketscher (2008) kapittel 5, ved professor dr. juris Gudrun Holgersen, punkt 5.4.4.1, side 174

¹⁷¹ Hellum, Ketscher (2008) kapittel 1, ved professor dr. juris, Kirsten Ketscher, punkt 1.6, side 47-48

¹⁷² Hellum, Ketscher (2008) kapittel 5, ved professor dr. juris Gudrun Holgersen, punkt 5.3.4, side 163-164

¹⁷³ Forskrift til straffegjennomføringsloven 22. februar 2002 nr. 183, § 1-2

¹⁷⁴ Ot.prp. nr 5 (2000-2001) punkt 13.1, side 149, under overskriften ”Til § 2 Formål”

tiske bildet og den såkalte alminnelige rettsoppfatning. At et samlet og entydig rettspolitisk bilde hevder at man ikke skal bruke ressurser på rehabilitering av utenlandske innsatte, vil kunne påvirke den alminnelige rettsoppfatning. Man må etter dette, og for avhandlingen, forutsette at den alminnelige rettsoppfatning i dette tilfellet er i samsvar med det øvrige rettspolitiske bildet. Spørsmålet er således om det er saklig grunn for ikke å rehabilitere utenlandske innsatte, fordi dette anses å være i tråd med den alminnelige rettsoppfatning.

I forlengelsen av dette må det undersøkes om straffens overordnede begrunnelser gir holdepunkter for at det er saklig begrunnet ikke å rehabilitere utenlandske domfelte. Det vises til at straffegjennomføringslovens formålsparagraf uttrykkelig gir anvisning på at det skal tas hensyn til formålet ved straffen når det skal bestemmes hva straffegjennomføringen skal inneholde for den enkelte. Dersom man tar tak det rettspolitiske bildet, er spørsmålet om det er saklig begrunnet ikke å rehabilitere utenlandske innsatte dersom straffens overordnede begrunnelser gjennomgående ikke oppnås for denne gruppen. Dette gjelder både anførselene om at straffen ikke oppleves avskrekkende for utenlandske innsatte, og at straffens forberedende ikke vekt ikke gjelder for denne gruppen, fordi de uansett ikke skal tilbakeføres til det norske samfunnet.

For å undersøke om det er saklig forskjellsbehandling ikke å tilby utenlandske innsatte rehabilitering, må det undersøkes hvilken del av kriminalomsorgens sammensatte oppgaver som veier tyngst i forhold til straffens overordnede begrunnelser. Dersom det er straffens avskrekkelseskomponent som skal veie tyngst i straffegjennomføringens innhold, på bekostning av rehabiliteringskomponenten, kan dette i prinsippet være et saklig argument for å frata utenlandske innsatte rehabiliteringstilbud i deres straffegjennomføring.

Utgangspunktet er at det sentrale rettslige innhold i en dom som innebærer dom om fengselsstraff er *selve frihetsberøvelsen*. Straffegjennomføringsloven bygger på en klar forutsetning om at det ikke er adgang til å legge vekt på allmennpreventive forhold, herunder

den avskrekkende virkning, ved utformingen av fengselsstraffens innhold. Dette støttes av uttalelser i NOU 1988:37.¹⁷⁵ Her diskuteres noen prinsipielle synspunkter på fengselsstraffens innhold. Etter utvalgets mening kan fengselsstraffens innhold bare i begrenset grad bestemmes ut fra straffens overordnede formål og virkninger. Med bakgrunn i dette søker man andre generelle grunnprinsipper enn de tradisjonelle straffeteoriene som bakteppe for lovgivningen om straffegjennomføringens innhold og utforming.¹⁷⁶ Synspunktet støttes også av Ståle Eskeland. Han skriver i sin bok "Fangerett" at det ligger en klar forutsetning i straffegjennomføringsloven, om at det ikke kan legges vekt på straffens allmennpreventive begrunnelser når innholdet i straffegjennomføringen til den enkelte skal bestemmes.¹⁷⁷ Uttalelsen er knyttet til den gamle fengselsloven. Uttalelsene i NOU 1988:37 gjelder imidlertid det aller første arbeidet med straffegjennomføringsloven. Dette utgangspunktet må anses å gjelde også for straffegjennomføringsloven. Dette taler for at det ikke kan anses som legitimt eller rimelig ikke å tilby rehabilitering til utenlandske innsatte.

For å undersøke om vi her taler om en saklig forskjellsbehandling må etter dette undersøkes hvor sentral plass rehabiliteringstanken har i straffegjennomføringens innhold. Jo mer sentral plass rehabiliteringstanken anses å ha i straffegjennomføringen, jo mindre saklig blir forskjellsbehandlingen overfor utenlandske innsatte dersom utenlandske innsatte ikke rehabiliteres. I St.meld. 37 uttales det at "ensidig vekt på å straffe i liten grad medvirker til forandring i kriminell atferd, mens rehabiliteringsanstrengelser kan gi positive effekter."¹⁷⁸ Dette er en del av resonnementet rundt diskusjonen om hvilke av de individualpreventive sidene ved straffegjennomføringen som bør vektlegges – avskrekkelse eller forbedring. Det uttales også i Stortingsmeldingen at lovgiver i de senere år "har lagt større vekt på straffens forbedrende virkning".¹⁷⁹ Enda videre uttales at "[k]riminalomsorgens straffegjennomfø-

¹⁷⁵ Ståle Eskeland, *Fangerett*, 2. utgave (1989), punkt 5.3.3 side 112

¹⁷⁶ NOU 1988:37 side 46-47

¹⁷⁷ Ståle Eskeland, *Fangerett*, 2. utgave (1989), punkt 5.3.3 side 112

¹⁷⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.10, side 81

¹⁷⁹ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.1, side 20

ring har et bredere formål enn formålet med straffen. For kriminalomsorgen er det sentralt å ivareta samfunnets sikkerhet, men også i bidra til mindre framtidig kriminalitet gjennom individuelle forebyggende tiltak”.¹⁸⁰

Det vises også til at det i St.meld.37 eksplisitt uttales at: ”[b]åde forbedring av levekår og atferdspåvirkning *skal* innta en sentral plass under gjennomføring av fengselsstraff. Det gjelder å danne seg et helhetlig bilde av den innsatte og rette inn rehabiliteringstankene etter det”.¹⁸¹ Videre står det i forarbeidene til straffegjennomføringsloven at ”innsatte flest” skal sikres et godt grunn tilbud.¹⁸² Dersom man tolker alle relevante kilder rundt straffegjennomføringen, er det klart at rehabiliteringstanken inntar en sentral plass med tanke på hva straffegjennomføring av straff skal inneholde for den enkelte domfelte.¹⁸³

Dersom man godkjenner at det til en viss grad anerkjennes at fordeling av knappe ressurser er et legitimt formål, må det foretas en proposjonalitetsvurdering. Med dette menes hvor inngripende det vil være for den enkelte innsatte å nektes tilbud om rehabilitering. Det må i den anledning undersøkes hva som gjenstår av straffegjennomføringens innhold dersom man stripper den for rehabiliterende tiltak. Jo mer inngripende det vil være for utenlandske innsatte ikke å tilbys rehabilitering, jo mindre saklig blir forskjellsbehandlingen overfor denne gruppen. Spørsmålet er om man kan sies at utenlandske innsatte gjennomfører straff under ”tilfredsstillende forhold” dersom de ikke skal rehabiliteres under straffegjennomføringen.¹⁸⁴ Hva menes med ”tilfredsstillende forhold” er imidlertid relativt, og må tolkes i lys av den situasjonen hver enkelt innsatt befinner seg i under straffegjennomføringen. Dette innebærer at kriminalomsorgen etter lovverket er forpliktet til å holde seg innenfor en

¹⁸⁰ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 3.1, side 20

¹⁸¹ St.meld. nr 37 (2007-2008) punkt 7.4.8, side 78

¹⁸² Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) punkt 5.3.5, side 31

¹⁸³ Se også Mathiesen (2007) side 64

¹⁸⁴ Jfr. strgfjl. § 2 første ledd, og forskrift 22. februar 2002 nr. 183 til lov om straffegjennomføring § 1-2.

viss minstestandard for samtlige innsatte.¹⁸⁵ Ståle Eskeland introduserer, i boken ”Fangerett” fra 1989, begrepet ”kvalitativ minstestandard” som en del av innsattes krav på retts-sikkerhet.¹⁸⁶ Med kvalitativ minstestandard mener Eskeland visse minimumsprinsipper som enhver under straffegjennomføringen har krav på. Eskeland anerkjenner at knappe ressurser kan begrunne at kvaliteten av forvaltningens avgjørelser kan bli dårligere enn de burde ha vært. Likevel må det stilles krav om at alle avgjørelser ligger innenfor en kvalitativ minste-standard når sentrale rettigheter som ”(...)likhet og respekt for personlig integritet kan bli krenket”.¹⁸⁷ Dette innebærer, i tråd med Eskelands syn, at innholdet i straffegjennomføringen aldri kan bli så dårlig at det ikke tilfredsstiller kravene til kvalitativ minstestandard. Dersom straffegjennomføringen ikke tilfredsstiller den kvalitative minstestandarden, står man i fare for å bryte grunnleggende menneskerettigheter. Dette gjelder selv om det her er tale om en fordeling av knappe ressurser.

Det vises i denne anledning til at man blant annet under perioden med behandlingspessimisme gjorde forsøk på å løfte frem avskrekkelse i straffegjennomføringen innhold. Det ble lagt større vekt på at man skulle sitte i enerom og tenke over hva man hadde gjort. Man skulle ikke ha et innhold i straffegjennomføringen. Det ble gjort bruk av en omfattende mengde isolasjon av innsatte. Det er omfattende forskning på dette området som viser at å løfte avskrekkelseselementet opp og frem i straffegjennomføringen ikke har en positiv innvirkning på tilbakefallsraten, snarere tvert i mot.¹⁸⁸ Det vises i denne anledning til en artikkel skrevet av Hilde Sandvik, som er kultur- og debattredaktør i Bergens tidene. Hun be-

¹⁸⁵ Norsk lovkommentar til straffegjennomføringsloven § 2, note 4, skrevet av Elisabeth Barset, sist hovedredigert 20.01.2011, og Ot.prp. nr 5 (2000-2001) punkt 3.1, side 149.

¹⁸⁶ Eskeland, *Fangerett* (1989) punkt 4.2.2 side 63

¹⁸⁷ Eskeland, *Fangerett* (1989) punkt 4.2.2 side 66

¹⁸⁸ St.meld. nr. 37 (2007-2008) punkt 7.4.2, side 69

skriver den såkalte philadelphia-modellen som ”vår tids tortur”, og skriver at ”[d]et finst ikkje tydelegare uttrykk for ønske om total makt over eit anna menneske enn isolatet”.¹⁸⁹

Det som gjenstår av straffegjennomføringen, dersom man stripper den for rehabilitering, er ren oppbevaring av den enkelte innsatte. Ren oppbevaring vil også være betenkelig ut fra et sikkerhetsmessig synspunkt. Utgangspunktet er at fengselsstraffen skal være en innskrenking, eller frarøvelse av den domfeltes frihet, men ikke begrunne tap av andre grunnleggende menneskerettigheter. Kriminalomsorgen er maktutøver og representant for den utøvende makt overfor enkeltpersoner under frihetsberøvelsen.¹⁹⁰ Dersom man ikke skal tilby utenlandske innsatte vil dette være et klart brudd på det humanistiske menneskesyn, på det grunnleggende prinsippet om rettssikkerhet og likebehandling.

Etter denne redegjørelsen kan det ikke sies at det vil være saklig forskjellsbehandling ikke å tilby utenlandske innsatte rehabilitering. Dersom man anerkjenner at det i noen grad vil være saklig å legge vekt på en fordeling av knappe ressurser, vil det uansett være uforholdsmessig inngripende for den enkelte innsatte, dersom rehabiliteringen fjernes fra straffegjennomføringens innhold. Det vil imidlertid i noen tilfeller være saklig begrunnet ikke å tilby utenlandske innsatte *det samme* tilbudet som norske innsatte. Dette fordi det er en faktisk forskjell på tilbakeføring til det norske samfunnet og på det og skal bli uttransportert etter løslatelse.¹⁹¹

Det er ovenfor i oppgaven pekt på at det i noen tilfelle vil være saklig grunn til å forskjellsbehandle utenlandske innsatte i forhold til norske innsatte når det gjelder blant annet arbeidet med domfeltes levekårssituasjon, se punkt 2.3.4.3. Dette fordi det eksisterer enkelte

¹⁸⁹ <http://www.bt.no/meninger/kommentar/sandvik/article260126.ece>, publisert på Bergen tidenes nettutgave den 10. april 2006

¹⁹⁰ <http://www.kriminalomsorgen.no/straff-i-fengsel.237611.no.html>

¹⁹¹ I mange tilfeller vil denne gruppen uttransporteres mot sin vilje. Dette understreker deres sårbare og utsatte utgangsposisjon.

juridiske sperrer i forhold til å jobbe med tilrettelegging av en ideell løslatelsessituasjon med tanke på tiltak etter endt straffegjennomføring. Det er videre pekt på at det er en rekke tiltak kriminalomsorgen kan ta i bruk for å jobbe med domfeltes levekårssituasjon, herunder arbeidstrening og opplæring, som ikke rammes av de nevnte juridiske sperrer. Tilretteleggingsplikten i forhold til den enkelte utenlandske domfelte ligger således fast. Det er saklig begrunnet å forskjellsbehandle utenlandske innsatte i forhold til de rettigheter som omfattes av disse juridiske sperrene, men kriminalomsorgen plikter likevel å, innenfor sine budsjett- og handlingsrammer, å tilby også utenlandske innsatte et rehabiliteringsmessig innhold i straffegjennomføringen, som kvalitativt er like godt som det tilbudet norske innsatte har.

3.3.8 Statens aktivitetsplikt

Ved paragraf 3a første ledd er det i loven inntatt en aktivitetsplikt for offentlige myndigheter. Offentlige myndigheter er i tråd med paragrafens ordlyd forpliktet til å ”arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme lovens formål”.

Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2009,¹⁹² og hjemler en aktivitets- og rapporteringsplikt etter lovens § 3. Bestemmelsen er således tilføyd loven, fordi lovgiver mente at en lovregulering mot diskriminering, ikke alene var tilstrekkelig for å oppnå lovens formål. Departementet var således av den oppfatning at en aktivitets- og rapporteringsplikt ville kunne bidra til å ”styrke bevisstheten rundt diskriminering på grunnlag av etnisitet mv.”¹⁹³

Paragrafens første ledd første punktum gjelder statens generelle aktivitetsplikt med hensyn til tiltak mot diskriminering på bakgrunn av lovens oppstilte diskrimineringsgrunnlag. Myndighetene skal etter bestemmelsen arbeide aktivt for å oppnå lovens formål. Aktivitetsplikten angir et krav for myndighetene til å positivt å treffe, og iverksette konkrete tiltak

Comment [”1”]: Forarbeidene til endringen er Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Med aktivitetsplikt menes i denne sammenheng en plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme diskrimineringslovens og diskriminerings- og tilgjengelighetslovens formål. Det skal også rapporteres om hvilke tiltak man planlegger å gjennomføre, jfr. punkt 13.1, side 200. Det er bred enighet blant høringsinstansene om at offentlige myndigheter og offentlige arbeidsgivere har et særskilt ansvar for å sikre at formålet i diskrimineringslovgivningen nås, og således bør omfattes av en aktivitets- og rapporteringsplikt. Se pkt. 13.7.2, side 204. Offentlige myndigheter står i en særstilling og kan sies å ha et spesielt ansvar for å fremme formålet i diskrimineringsloven og i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, pkt. 13.8.2, side 208

¹⁹² Forskrift 20. juni 2008 nr. 631

¹⁹³ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 3a, note 11, ved Christel Kirkøen. Sist hovedrevidert 07.03.12

for å fremme lovens formål. Plikten er todelt i form at staten for det først skal legge til rette for at alle skal oppnå like muligheter uavhengig av etnisitet mv. For det andre skal de jobbe aktivt for å forebygge at diskriminering på bakgrunn av de grunnlag loven beskytter.¹⁹⁴

Man må etter dette stille spørsmålet om statens aktivitets- og rapporteringsplikt taler for at det bør gis et eget vern til utenlandske innsatte. Man må se aktivitetsplikten i sammenheng med lovens formålsparagraf. Formålet med diskrimineringsloven er ikke bare å forhindre diskriminering, men også å fremme likestilling og sikre like muligheter og rettigheter for alle uavhengig av etnisitet, nasjonal opprinnelse, mv., jfr § 1.. Det vises til at kriminalomsorgen er en statlig virksomhet, og derfor omfattes derfor at aktivitetsplikten. Det er oppstilt en ekstra streng aktivitetsplikt for offentlige myndigheter. I henhold til forarbeidene til endringen står offentlige myndighetene i en særstilling og har således et spesielt ansvar for å fremme lovens formål.¹⁹⁵ Diskrimineringsloven § 3a hjemler derfor en særlig streng aktivitetsplikt for kriminalomsorgen. Dette særlig straffegjennomføring i fengsel inneholder et betydelig element av maktutøvelse.

Det er etter dette redegjort for at staten har en særlig aktivitetsplikt på avhandlingens område. Det må videre undersøkes hvilket vern som bør gis for at statens aktivitetsplikt kan sies å være oppfylt.

Rettighetene som her krenkes er av grunnleggende betydning for den enkelte. Det er også redegjort for, og flere ganger bemerket, at utenlandske innsatte er en særlig svak gruppe. Det vises også til at KSF har gitt en forskrift som direkte anerkjenner utenlandske innsatte ikke prioriteres med tanke på behovskartlegging. At utøvende makt er delegert myndighet til å gi forskrifter og rundskriv, er kriminalomsorgen gitt et maktmonopol. Dette utgjør en konsentrasjon av makt som kan føre til at enkelte grupper, herunder utenlandske innsatte, blir særlig vanskeligstilte. I et representasjonsforslag uttaler stortingsrepresentantene be-

¹⁹⁴ Norsk lovkommentar til diskrimineringsloven § 3a, note 11, ved Christel Kirkøy, sist hovedrevidert 03.07.12

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) punkt 13.8.2, side 208

kymring overfor forvaltningens konsentrasjon av makt. Det uttales i forslaget at:

”Forslagsstillerne mener at rettssikkerheten overfor forvaltningen er under press. Enkeltmenneskets (...) stilling er utsatt under forvaltningens økende kontroll- og tvangsmiddelbruk. Det er i seg selv et sentralt problem at mer og mer forvaltningsmakt utøves ved at samme instans velger ut fakta, foretar rettsanvendelse, fastsetter straff – og i noen tilfeller, iverksetter tvangstiltak”¹⁹⁶ Videre uttales det i forslaget at ”[f]orslagsstillerne vil peke på at når den offentlige part er regelgiver, regeltolker, ”påtalemyndighet” og avsier dommer, smelter statsmakten sammen med funksjoner som landets konstitusjon har tiltenkt domstolene. Følgen er at de rettsgarantier man har i Grunnloven, svekkes for dem som har saker til avgjørelse i forvaltningen”.¹⁹⁷

Dette taler for at det kreves *lovs form* for at statens aktivitetsplikt kan sies å være oppfylt. Dette er også i tråd med forfatningsmessige prinsipper.

3.3.8.1 Delt bevisbyrde

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering etter loven har funnet sted, legges bevisbyrden på ”den som er ansvarlig for handlingen, unnlatelsen eller ytringen.” Det er således opp til den antatte lovbryster å sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet sted, jfr. § 10. Paragraf 10 fastsetter således en delt bevisbyrde. I følge forarbeidene til diskrimineringsloven ble bestemmelsen tatt med i loven for å styrke det helhetlige diskrimineringsvernet, og for å styrke effektiv håndheving av loven.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Jfr. Representantforslag fra stortingsrepresentantene Michael Tetzschner, Gunnar Gundersen, Frank Bakke-Jensen, Ingjerd Schou, André Oktay Dahl og Siri A. Meling om lov om rettssikkerhet ved forvaltningens bruk av tvangsmidler, dokument 8:30L (2012-2013), av 19.12.2012

¹⁹⁷ Representantforslag fra stortingsrepresentantene Michael Tetzschner, Gunnar Gundersen, Frank Bakke-Jensen, Ingjerd Schou, André Oktay Dahl og Siri A. Meling om lov om rettssikkerhet ved forvaltningens bruk av tvangsmidler, dokument 8:30L (2012-2013), av 19.12.2012

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 11.8, side 129

Det kreves etter ordlyden i bestemmelsen av omstendighetene skal gi ”grunn til å tro” at diskriminering har funnet sted. Hvor vidt det er grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, beror på en konkret vurdering i det konkrete tilfelle. Det kreves imidlertid ikke sannsynlighetsovervekt i klagers favør for at bevisbyrden snus.¹⁹⁹ Det er ovenfor i avhandlingen pekt på en rekke til som kan tyde på at straffegjennomføringsloven blir praktisert diskriminerende overfor utenlandske innsatte. Dette gir anvisning på at det er staten, som myndighetsutøver, som skal pålegges bevisbyrden for å bevise at diskriminering ikke har funnet, eller finner, sted. Det vil ofte i diskrimineringssaker, også på avhandlingens område, være staten som er den antatt sterkeste part, og som derfor har lettest for å fremskaffe den nødvendige dokumentasjon.

3.4 Diskrimineringsvernet etter folkerettslige regler

3.4.1 Vernet etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 14

Den sentrale konvensjonen om sivile- og politiske rettigheter i europeisk sammenheng, er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 1950. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er i tråd med det dualistiske prinsipp gjort til en del av norsk lov etter lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (mnskr.l.) § 2. Konvensjonen går ved motstrid foran annen norsk lovgivning og er gitt en egen forrangsbestemmelse i mnskr.l. § 3. Etter norsk rett er diskrimineringsgrunnlagene uttømmende angitt i diskrimineringslovverket. Dersom noen opplever usaklig forskjellsbehandling på bakgrunn av andre diskrimineringsgrunnlag enn de som er direkte regulert, vil de kunne påberope seg diskrimineringsvernet etter EMK som en sikkerhetsventil, dersom forholdet omfattes av bestemmelsene i konvensjonen. Man kan i så tilfelle kreve dom etter norske domstoler, og eventuelt påklage avgjørelsen inn til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.²⁰⁰

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 210, under kommentarer til de enkelte bestemmelsene

²⁰⁰ NOU 2009:14, punkt 13.4.2, side 158

Den viktigste ikke-diskrimineringsbestemmelsen i EMK er artikkel 14. EMK har følgende ordlyd:

”utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller *annen status*”. (norsk oversettelse, min kursivering.)

Listen er ikke uttømmende, og det er et dominerende syn at statsborgerskap er et grunnlag under ”annen status” etter EMK.²⁰¹ I følge bestemmelsens ordlyd kreves det at konvensjonsrettighetene skal sikres uten diskriminering.²⁰² Utgangspunktet er således at det er diskriminering på bakgrunn av konvensjonens øvrige bestemmelser som vernes. Fra dette snevre utgangspunkt har EMD imidlertid gradvis utvidet bestemmelsens betydning, og har gitt bestemmelsen et så vidt anvendelsesområde.²⁰³ Vernet har beveget seg i retning av et generelt saklighetskrav. I tråd med praksis er det tilstrekkelig for å konstantere diskriminering at forholdet ligger innenfor en av de øvrige rettighetenes ”område”.²⁰⁴ Etter EMDs praksis er det altså tilstrekkelig for å fastslå konvensjonsbrudd at det gjelder samme type rettighet som EMK gir.²⁰⁵

Også etter EMK må det skilles mellom den saklige og den usaklige forskjellsbehandling. EMDs praksis tilsier at dersom en forskjellsbehandling skal være saklig, må den objektivt sett ha et saklig formål.²⁰⁶ EMD har imidlertid ikke tolket artikkel 14 utvidende.²⁰⁷

²⁰¹ NOU 2009: 14, punkt 12.21, side 148

²⁰² Jørgen Aall, *rettsstat og menneskerettigheter*, 3 utgave, Bergen 2011, side 64, pkt. 4.2.2

²⁰³ Jørgen Aall (2011), punkt 4.2.1, side 63.

²⁰⁴ Jørgen Aall (2011) punkt 4.2.2, side 65.

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 4.3.2, side 33

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 4.3.2, side 33

For at utenlandske innsattes rett til rehabilitering skal vernes etter EMK, kreves det at ”rehabilitering” er rettigheter som ligger inn under en av de øvrige rettighetenes område. Det er ovenfor argumentert for at det kreves at også utenlandske innsatte som gjennomfører straff i norske fengsler har krav på en såkalt kvalitativ minstestandard. Det er videre pekt på hva som står igjen av innhold i straffegjennomføringen dersom rehabiliteringsaspektet fjernes.²⁰⁸ Det vises også til drøftelsen om forholdet til saklig forskjellsbehandling.²⁰⁹ EMK artikkel 3, har følgende ordlyd etter den norske oversettelsen:

”Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”.

Overskriften på bestemmelsen er ”forbud mot tortur”. På avhandlingens område er det forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff som kan være aktuelt. Det er ikke her nødvendig å gå inn på en omfattende drøftelse av om det kan anses som ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff” dersom utenlandske innsatte ikke tilbys rehabilitering i norske fengsel. Det må imidlertid kunne være nok å konstatere at forholdet må kunne sies å falle inn under ”området” til artikkel 3.

Etter dette kan det sies at utenlandske innsattes rett til rehabilitering også nyter et visst vern etter EMK artikkel 14.

²⁰⁷ NOU 2002: 12 kapittel 6.3.2.3, side 99

²⁰⁸ Jfr. avhandlingens punkt 3.3.7

²⁰⁹ Jfr. avhandlingens punkt 3.3.7

3.5 Vernet etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel

26

Også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) er gjort til en del av norsk lov etter mnskl.§ 2, og gitt forrang ved motstrid etter mnskl. § 3. Konvensjonens grunnleggende diskrimineringsforbud finnes i artikkel 26. Bestemmelsens ordlyd er:

”Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, kjønn språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling for øvrig.” (norsk oversettelse)

Diskrimineringsvernet omfatter vern mot forskjellsbehandling på grunn av blant annet nasjonal opprinnelse. ”Status for øvrig” er imidlertid også opplistet, og gir anvisning på at opplistningen ikke er uttømmende.²¹⁰ Det er en vanlig oppfatning av statsborgerskap omfattes av loven.²¹¹ Videre følger det av artikkel 26 at alle er like for loven, og at lovgivningen skal forby *enhver form for* forskjellsbehandling. Diskrimineringsforbudet i artikkel 26 er ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen. Bestemmelsen forbyr diskriminering på generelt grunnlag. Menneskerettighetskomiteen har lagt til grunn at statene har en aktivitetsplikt, og at det etter artikkel 26 kreves at statene må gjennomføre konkrete tiltak for å avskaffe eventuell diskriminering, og å sikre likebehandling. Det kreves etter artikkel 26 at det tilstrebes en reell likhet. Også her er det kun den usaklige forskjellsbehandling som forbys. Kjerneområdet for bestemmelsen er statens egen myndighetsutøvelse.²¹² Som nevnt har staten monopol på myndighetsutøvelse på avhandlingens område. Dette taler for

²¹⁰ NOU 2009: 14, punkt 24.5, side 297

²¹¹ NOU 2009: 14, punkt 12.21, side 148

²¹² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) punkt 4.23 side 32

at staten har en aktivitetsplikt i form av en positiv plikt til å fatte tiltak for å hindre diskriminering.

Etter dette kan man sies at utenlandske innsatte også har et vern mot diskriminering etter SP artikkel 26. En viktig forskjell på vernet etter SP, i forhold til vernet etter EMK er imidlertid håndhevingsmekanismene. Uttalelser (general comments) fra FNs menneskerettighetskomité er ikke rettslig bindende for statene, mens en dom fra EMD er rettslig bindende for den stat som blir domfelt.²¹³ SP gjelder imidlertid som norsk lov, og saker vedrørende diskriminering kan derfor bringes inn for de norske domstolene.

3.5.1.1 Grunnloven § 110 c

Stortinget vedtok 15. juni 1994 Grunnloven § 110 c.²¹⁴ Paragrafens første ledd fastslår at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene. Det kreves etter bestemmelsens ordlyd at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene. Med dette menes at det ikke er tilstrekkelig at staten ikke krenker menneskerettighetene, men det ligger også en forpliktelse til å ta aktive skritt for å hindre at andre krenker disse rettighetene.²¹⁵ Dette medfører at statlige myndigheter har en plikt til å hindre at underordnede forvaltningsorganer, herunder kriminalomsorgen, i sin virksomhet krenker menneskerettighetene.

Dette er med på å styrke avhandlingens påstand om at det kreves lovs form for at staten kan sies å oppfylle sin aktivitetsplikt med tanke på utenlandske innsattes rett til rehabilitering.

²¹³ NOU 2009:14, punkt 24.5, side 297

²¹⁴ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) punkt 3.2.2

²¹⁵ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) punkt 3.2.2

4 Avhandlingens konklusjon

Avhandlingens hovedproblemstilling er i hvilken grad kriminalomsorgen er rettslig forpliktet til å jobbe rehabiliterende med utenlandske innsatte som sitter fengslet i Norge. Det er redegjort for at straffegjennomføringsloven hjemler en generell rettslig plikt til å jobbe rehabiliterende innsatte under straffegjennomføringen. Det er videre redegjort for hva som ligger i denne rettslige rehabiliteringsplikten, og konkludert med at man kan dele rehabiliteringsplikten opp i henholdsvis arbeid med innsattes levekår, og i arbeid med sosial trening og med kognitiv atferdspåvirkning. Det er pekt på at det kan være saklig begrunnet ikke å arbeide med innsattes levekårssituasjon som er direkte rettet mot tilbakeføring til det norske innsatte. Men det er også pekt på at utenlandske innsatte har like stort krav på rehabilitering i form av sosial trening og kognitiv atferdspåvirkning som norske innsatte har.

Det er i avhandlingen pekt på en rekke ting som gjør at utenlandske innsatte har en særlig svak utgangsposisjon i forhold til av de norske innsatte. Dette gjelder for det første fordi de gjennomgående har en tyngre soning enn flertallet av de norske innsatte, på grunn av forskjeller knyttet til blant annet språk, kultur og religion. Herunder er det en viktig faktor at det er svært vanskelig for disse innsatte å opprettholde kontakten med familien, i form av at de har mindre muligheter for å motta besøk, og at de selv må bære kostnadene av å ringe til sine respektive hjemland. Videre er det pekt på at et samlet rettspolitisk bilde hevder at det ikke skal brukes ressurser på rehabilitering av utenlandske innsatte. Dette forsterkes uttalelser fra kriminalomsorgens øverste leder, samt uttaleser i den seneste Stortingsmeldingen på avhandlingens område. Enda videre vises det til at kriminalomsorgen har gått fra en positiv særbehandling av utenlandske innsatte, i form av regelen om løslatelse på 7/12-tid av straffegjennomføring, via opprettelse av et eget fengsel for utenlandske innsatte, til positivt å gi en forskrift som direkte fastslår at det innsatte som skal ut av landet etter endt straffegjennomføring ikke skal prioriteres med tanke på behovskartlegging. Dette fører i sum til at reglene i straffegjennomføring blir anvendt på en måte som fører til at utenlandske innsatte har kvalifisert dårligere rettigheter til rehabilitering sammenlignet med norske innsatte. En konsekvens av dette er at straffegjennomføringslovens regler blir anvendt på en måte som

gjør at utenlandske innsatte blir utsatt for indirekte diskriminering på bakgrunn av sitt statsborgerskap. Dette er et brudd på diskrimineringsloven § 4.

Det eksisterer helhetlig diskrimineringsvern i norsk rett. At utenlandske innsatte blir utsatt for usaklig forskjellsbehandling, støttes for det første av folkerettslige regler. Både de retningsgivende føringene i de europeiske fengselsreglene, vernet mot diskriminering i EMK artikkel 14, og det generelle vernet mot diskriminering etter SP artikkel 26, støtter avhandlingens drøftelser av om utenlandske innsatte blir utsatt for usaklig forskjellsbehandling etter anvendelsen av reglene i straffegjennomføringsloven. Endelig støtter det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsippet om rettssikkerhet og likebehandling avhandlingens konklusjon. Det er imidlertid viktig å understreke at det ikke kreves at utenlandske innsatte gis det samme tilbudet som utenlandske innsatte. Det kreves imidlertid at utenlandske innsatte kvalitativt har et like godt tilbud som norske innsatte, og at de ikke systematisk kommer dårligere ut med tanke på rehabiliteringsplikten.

Endelig har staten på avhandlingens område en særlig aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven § 3a. Paragrafen er tilføyd loven i etterkant av lovens ikrafttredelse fordi man mente av diskrimineringsvernet ikke var bredt eller godt nok slik loven sto før denne bestemmelsen. På bakgrunn av at staten har monopol på maktutøvelse på avhandlingens område, foreligger det en særlig handleplikt for å hindre at diskriminering forekommer. Dette støttes av regelen om delt bevisbyrde etter diskrimineringsloven § 10, ved at det er staten som har bevisbyrden for at det ikke foreligger indirekte diskriminering, med tanke på utenlandske innsattes særlig vanskelige utgangsposisjon.

For at staten kan sies å ha oppfylt sin aktivitetsplikt etter diskrimineringsloven § 3a, og etter folkerettslige regler, kreves det at staten *i lovs form*, slår fast at utenlandske innsatte i norske fengsel har krav på et rehabiliteringstilbud som kvalitativt er like godt som for norske innsatte.

5 Litteraturliste

Litteratur

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011).
- Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge*. 4. utgave (Oslo 1976).
- Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn (Oslo 2001).
- Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess Bind II*, 3. utgave 4. opplag. (Oslo 2007).
- Barsett, Elisabeth, *Norsk lovkommentar til straffegjennomføringsloven*. (Oslo 2007).
- Drægebø, Heidi (red) mfl, "Miljøarbeid i fengsel" *Krus Rapport 2/2006*.
- Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).
- Engbo, Hans Jørgen og Peter Scharff Smith, *Fængsler og menneskerettigheter*, 1 utgave, 1 opplag (København 2012).
- Eskeland, Ståle, *Fangerett*, 2. utgave (Oslo 1989).
- Hellum, Anne og Kirsten Ketscher (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett* (Oslo 2008).
- Joseph, Sarah mfl, *A Handbook on the individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies*, OMCT Handbook Series vol. 4 (Sveits 2006).
- Kirkøen, Christel, *Norsk lovkommentar: 3. juni 2005: Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv* (2005).
- Mathiesen, Thomas. *Kan fengsel forsvares?* 3. utgave (Oslo 2007).
- Ohnstad, Iversen mfl, *Psykologi for sosial- og helsefag*, 3. opplag (Oslo 2004).
- Strand, Vibeke Blaker, "Diskrimineringsvern og religionsutøvelse – hvor langt rekker individvernet?" (2012).

Lovregister og regler

- Lov 17. mai 1814 Grunnloven
- lov 12. desember 1958 om fengselsvesenet (Fengselsloven)

lov 21. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (Menneskerettsloven)

Lov 14. april 2000 nr.31 om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven)

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

lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (Diskrimineringsloven)

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsloven)

Forskrift 22. februar 2002 nr. 183: Forskrift til lov om straffegjennomføring.

Forskrift 3. mai 2004 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring.

Forskrift 20. juni 2008 nr. 631 om Ikrafttredelse av Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Forskrift 30.september 2011 nr. 978: Forskrift om forsøksprosjekt i Halden fengsel og Østfold friomsorgskontor om kartlegging av domfeltes behov for tiltak med sikte på å lette tilbakeføring til et kriminalitetsfritt liv.

For- og etterarbeider

NOU 1988:37 Ny fengselslov.

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff St.meld. nr. 27 om kriminalomsorgen (1997-98).

NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.

Prp. 1 S (2012-2013) Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak).

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr 5 (2000-2001) Justisdepartementets forslag til ny lov om gjennomføring av fengselsstraff med videre.

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (Straffeloven).

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (Diskrimineringsloven).

Ot.prp. nr. 44 (2007-2008) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Innst. S. nr 169 (2008-2009) Innstilling frå justiskomiteen om straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn (kriminalomsorgsmelding).

St.meld. nr. 37 (2007-2008) Om Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn.

Internasjonal lovgivning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK).

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

Recommendation Rec (1984) 12 of the committee of ministers to member states concerning foreign prisoners.

LOV av 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Recommendation No. R (1999) 22 of the Committee of Ministers to member states concerning Prison Overcrowding and prison population inflation.

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om EØS-borgere og deres familiemedlemmers rett til å bevege og oppholde seg fritt på medlemsstatenes område.

Ministerkomiteens rekommandasjon Rec (2006) 2 til medlemsstaten om de europeiske fengselsreglene.

Andre myndigheters praksis, forvaltningspraksis

Kriminalomsorgens strategi for faglig virksomhet (Fagstrategien 2004 – 2007).

KSFs rundskriv 2/2009 av 28.04.09 ” Oppheving av ordningen med prøveløslatelse når 7/12 av straffen er gjennomført”.

Representantforslag fra stortingsrepresentantene Michael Tetzschner, Gunnar Gundersen, Frank Bakke-Jensen, Ingjerd Schou, André Oktay Dahl og Siri A. Meling om lov om retts-sikkerhet ved forvaltningens bruk av tvangsmidler, dokument 8:30L (2012-2013), av 19.12.2012

Norsk og internasjonal rettspraksis

Rt. 1977 s. 1207 (s. 1209).

Stec vs Storbritannia avvisningskjennelse sak nr 65731/01, dom 6. juli 2005.

Carson vs Storbritannia, sak nr. 42184/05, dom 4. november 2008.

Sak i Likestillings- og diskrimineringsnemda, saksnummer 07/1057.

Internettsider

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Vil-ha-B-fengsel-for-utlendinger-6993843.html>
(sept.2012)

<http://www.aktuell.no/NFF-magasinet/article6241522.ece> (sept.2012)

<http://www.dagbladet.no/2011/10/14/nyheter/fengsel/utlendinger/kriminelle/frp/18599792/>
(okt.2011)

<http://www.dagbladet.no/2012/10/02/nyheter/innenriks/fengsel/23684456/> (okt.2012)

<http://www.frp.no/filestore/Programkomiteensfrsteutkast2.pdf>

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10048179> (nov 2012)

<http://www.glomdalen.no/bilder/article6388183.ece> (des.2012)

http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres_programmer/hoyres_stortingsvalgprogram_2013-2017/
<http://www.kriminalomsorgen.no>
<http://www.kriminalomsorgen.no/straff-i-fengsel.237611.no.html>
<http://www.krus.no/no/Etterutdanning/Programvirksomhet/>
http://www.nrk.no/ytring/ett-fengsel-for-oss-og-ett-for-dem_-1.8352039
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressesenter/pressemeldinger/2012/kongsvinger-fengsel-ny-avdeling-for-uten.html?id=709573>
<http://www.regjeringen.no/nb/dok/regpubl/meldst.html?id=1754>
http://www.statsbygg.no/prosjekter/prosjektkatalog/603_oslofengsel/html/infotekst/historiskbakgrunn.html
<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10034887> (juli 2007)
http://no.wikipedia.org/wiki/Melding_til_Stortinget
<http://www.bt.no/meninger/kommentar/sandvik/article260126.ece> (april 2006)