

Likhet for loven? Isolasjonsfradrag for varetektsfengsling med eksempel fra 22. juli-saken

Av førstelektor Birgitte Langset Storvik og forsker I dr. scient. Berit Johnsen

Etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum har siktede som i varetektstiden har sittet i fullstendig isolasjon i anledning av saken, rett til ekstra varetektsfradrag (isolasjonsfradrag). Lovforarbeidene presiserer at kravet er absolutt. I denne artikkelen ser vi nærmere på virkeområdet for bestemmelsen og stiller spørsmål om domstolene blir gjort kjent med og tar hensyn til alle omstendigheter som gir rett til isolasjonsfradrag, og om forsvarer følger dette tilstrekkelig opp. Vi tar spesielt for oss isolasjonsfradraget i 22. juli-saken og vurderer hvorvidt dette er korrekt fastsatt.

Nøkkelord: 22. juli-saken, fradrag, isolasjon, varetekt

Birgitte Langset Storvik, født 1968, cand.jur. 1993, er førstelektor ved Kriminalomsorgens høyskole og utdanningscenter KRUS.

Berit Johnsen, født 1965, dr. scient. 2001, er forskningsleder og forsker I ved Kriminalomsorgens høyskole og utdanningscenter KRUS.

1 Om varetektsfradrag¹

Det følger av straffeloven § 83 første ledd at den tiden siktede har vært berøvet friheten i anledning av saken, alltid skal komme til fradrag i straffen så lenge frihetsberøvelsen har vart ut over fire timer. Dette gjelder ikke bare frihetsberøvelse i forbindelse med pågrepelse og varetekt, men også andre former for berøvelse av frihet, blant annet tvangsinnleggelse på psykiatrisk institusjon som varetektsurrogat.² Også frihetsberøvelse i utlandet gir rett til fradrag, jf. straffeloven § 83 første ledd andre punktum. Det avgjørende for å få rett til varetektsfradrag er at frihetsberøvelsen har vært utholdt i «anledning av saken», det vil si i anledning av de forholdene som kommer til pådømmelse i den aktuelle saken, jf. straffeloven § 83 første ledd første punktum. Fradraget skal i utgangspunktet være like langt som frihetsberøvelsen har vart. Det betyr at siktede får én dag fradrag for hvert påbegynte døgn vedkommende har vært frihetsberøvet ut over fire timer, regnet fra tidspunktet for pågripelsen, jf. straffeloven § 83 andre ledd første punktum.³

¹ Takk til fagfelle for gode tilbakemeldinger under skriveprosessen.

² Se straffeprosessloven § 188 andre ledd, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 474 og Rt. 1995 s. 64. Se også straffeprosessloven § 167 andre ledd.

³ Kravet om fire-timers grense ble innført ved straffeloven 2005, med virkning fra 01.10.15, se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 378. Begrunnelsen var at en kortvarig pågrepelse normalt ikke er så belastende at det er naturlig å gi rett til fradrag i straffen. Dette er også i samsvar med regler om erstatning etter strafforfølgning, der grensen for oppreisning etter uberettiget frihetsberøvelse først gis når

Dersom siktede i varetektsperioden har sittet i fullstendig isolasjon utover fire timer, har vedkommende krav på ytterligere én dag fradrag for hvert påbegynte tidsrom av to døgn i isolasjon (heretter kalt *isolasjonsfradrag*), jf. straffeloven § 83 andre ledd andre punktum. Det betyr at en person som for eksempel løslates etter 14 dager i fullstendig isolasjon, har krav på et samlet fradrag på 21 dager. Bakgrunnen for bestemmelsen om isolasjonsfradrag er at lovgiver ønsker å gi kompensasjon for den økte belastningen det er å bli holdt i fullstendig isolasjon. Det fremheves i forarbeidene at «varetekt i isolasjon er vesentlig mer byrdefullt enn annen varetekt, særlig sammenliknet med varetekt uten noen form for restriksjoner».⁴ Det er grundig dokumentert at isolasjon kan føre til helsemessige skader, både fysiske og psykiske.⁵ I proposisjonen presiseres det at «domfelte skal ha et absolutt krav på fradraget; spørsmålet er ikke overlatt til rettens skjønn».⁶

Bestemmelsen om isolasjonsfradrag ble tilføyd straffeloven 1902 § 60 første ledd ved lov 28. juni 2002 nr. 55, etter dansk mønster. Den kom samtidig med bestemmelsen om fullstendig isolasjon i straffeprosessloven § 186 a.⁷ Denne gir domstolen adgang til å beslutte at varetektsinnsatte skal holdes fullstendig isolert fra andre innsatte når de er fengslet som følge av fare for bevisforspillelse og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken dersom vedkommende ikke holdes isolert.

Straffeloven § 83 andre ledd andre punktum anvender formuleringen «fullstendig isolasjon». Loven utdyper ikke nærmere hva fullstendig isolasjon er, og loven stiller ikke noe uttrykkelig krav til hvem som har besluttet isolasjonen. I forarbeidene til straffeloven 1902 § 60 siktes det primært til fullstendig isolasjon besluttet av domstolen etter straffeprosessloven § 186 a. Det fremgår imidlertid at også innsettelse i politiarrest gir grunnlag for fradrag så lenge den siktede har blitt holdt fullstendig isolert.⁸ Dette kommer enda klarere frem i forarbeidene til § 83, hvor det presiseres at det ikke er et vilkår for isolasjonsfradrag at fullstendig isolasjon er bestemt i medhold av straffeprosessloven § 186 a, men at «[d]ersom opphold i politiarrest i realiteten innebærer fullstendig isolasjon, skal det gjøres fradrag for dette».⁹ En likestilling mellom isolasjon besluttet av retten og faktisk isolasjon i politiarrest ble lagt til grunn av Høyesterett i flere saker i tiden etter at straffeloven 1902 § 60 ble endret i 2002.¹⁰

I senere saker har Høyesterett presisert og til dels utvidet anvendelsesområdet for straffeloven § 83 andre ledd andre punktum. Det avgjørende er «virkningen for den varetektsfengslede, ikke årsaken til isolasjonen».¹¹ I artikkelen skal virkeområdet for særregelen om isolasjonsfradrag drøftes nærmere. Sentrale spørsmål er: Har det betydning hvem som besluttet isolasjon eller hvor personen holdes isolert? Hvilken tilknytning må foreligge mellom straffeforfølgningen og isolasjonen? Hvilken betydning har samvær med andre personer for om «fullstendig isolasjon» foreligger?

frihetsberøvelsen har vart i mer enn fire timer, jf. forskrift 12. desember 2003 nr. 1472 om standardsatser for oppreisning etter uberettiget strafforfølgning § 2.

⁴ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)* s. 56.

⁵ Se blant annet Peter Scharff Smith, «Solitary Confinement. An Introduction to the Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement», *Torture Journal*, 2008 s. 56–62 og Flora Fitzalan Howard, «The Effect of Segregation», *Prison Service Journal*, 2018 nr. 236, s. 4–11.

⁶ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130.

⁷ Den opprinnelige fristen for å få isolasjonsfradrag var at tiltalte hadde sittet isolert utover 24 timer. Fristen ble endret til fire timer i forbindelse med innføring av straffeloven 2005, av hensyn til sammenhengen i regelverket, se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 378.

⁸ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130.

⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 474.

¹⁰ Se for eksempel Rt. 2005 s. 1718 avsnitt 10 og Rt. 2005 s. 1651.

¹¹ Se Rt. 2006 s. 1469 avsnitt 8 med henvisning til Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 56.

2 Isolasjonsfradrag i tilknytning til avgjørelser som ikke er besluttet av retten eller påtalemyndigheten

2.1 Betydningen av hvem som har besluttet isolasjonen

Et spørsmål som reiser seg, er om bestemmelsen om isolasjonsfradrag i straffeloven § 83 andre ledd andre punktum gjelder ikke bare når domstolen eller påtalemyndigheten har truffet avgjørelse om isolasjon i forbindelse med en varetektsfengsling, men også når det er bestemt av *kriminalomsorgen*. Spørsmålet ble behandlet i Rt. 2006 s. 1469, der Høyesterett tok stilling til om isolasjonsfradrag skulle gis til en person som i deler av varetektsperioden etter beslutning av kriminalomsorgen hadde vært plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå etter straffegjennomføringsloven § 11 andre ledd. En slik plassering kan besluttes når sikkerhetsmessige grunner gjør det påkrevet. Avdelingen har strengere sikkerhets- og kontrollrutiner enn øvrige avdelinger, og innsatte har ingen kontakt med innsatte som er plassert utenfor avdelingen. Lagmannsretten hadde bare gitt isolasjonsfradrag for den perioden siktede hadde sittet fullstendig isolert etter beslutning av retten i medhold av straffeprosessloven 186 a, ikke for den tiden han hadde vært plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå.

Høyesterett fremhevet i dommen at ordlyden i loven¹² tyder på at det ikke har noen betydning for isolasjonsfradraget hvilken myndighet som har besluttet isolasjonen i varetektstiden. Det avgjørende er at «den dømte [har] vært undergitt frihetsberøvelse i anledning av saken».¹³ Videre viste Høyesterett til forarbeidene til loven, som ikke inneholder uttalelser om at det er noe vilkår at isolasjonen er besluttet av en domstol. Høyesterett viste også til begrunnelsen for bestemmelsen om isolasjonsfradrag, som er virkningen av isolasjonen for den varetektsfengslede, ikke årsaken til isolasjonen.¹⁴ Høyesterett la derfor til grunn at isolasjon besluttet av fengselsmyndighetene måtte likestilles med isolasjon besluttet av retten eller politiet.¹⁵

Et annet spørsmål er om isolasjonsfradrag etter § 83 andre ledd andre punktum gjelder for isolasjon som er besluttet av *utenlandske myndigheter* i forbindelse med varetektsfengsling i utlandet. Det følger av straffeloven § 83 første ledd andre punktum at varetektsfengsling i utlandet i anledning av saken gir rett til varetektsfradrag. Underrettspraksis har lagt til grunn at tilsvarende gjelder for isolasjonsfradrag, dersom siktede har sittet fullstendig isolert. I LB-2005-19097 (Borgarting) ble isolasjonsfradrag gitt en makedoner som hadde sittet ni måneder fullstendig isolert i et fengsel i Serbia-Montenegro. Grunnen til isolasjonen var hensynet til hans egen sikkerhet, i det han som makedoner var utsatt i forbindelse med krigen på dette tidspunktet. Lagmannsretten så ingen grunn til å trekke i tvil tiltaltes forklaring. Oslo tingrett kom imidlertid i TOSLO-2010-66593 til motsatt resultat. Tiltalte hevdet at han hadde sittet fullstendig isolert under varetektsopphold i Ungarn. Retten hadde ingen opplysninger om forholdene i Ungarn, slik at ordinært varetektsfradrag ble lagt til grunn. Den rettsoppfatningen underrettspraksis bygger på, samsvarer godt med lovens oppbygning, der presiseringen knyttet til utlandet kommer i første ledd, mens særregelen om fullstendig isolasjon kommer i andre ledd. Det kan imidlertid være vanskelig å dokumentere isolasjon i utlandet. Retten må primært forholde seg til tiltaltes forklaring.

2.2 Når er siktede «underlagt» isolasjon?

Etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum skal isolasjonsfradrag gis når den siktede har vært «underlagt» fullstendig isolasjon. Spørsmålet er hva som ligger i ordet «underlagt». Gjelder bestemmelsen når siktede mer eller mindre frivillig sitter isolert? Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt. 2006 s. 1147. Siktede ble ved innsettelse i fengsel plassert i såkalt eneromsavdeling, helt utelukket fra

¹² I dagjeldende straffelov 1902 § 60.

¹³ Se Rt. 2006 s. 1469 avsnitt 8. Vilkåret står i første punktum, som andre punktum knytter an til.

¹⁴ Se Rt. 2006 s. 1469 avsnitt 8, med henvisning til Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 56.

¹⁵ Se avsnitt 10.

fellesskap med andre innsatte. Etter seks dager fikk han tilbud om overflytting til ordinær fellesskapsavdeling,¹⁶ noe han ikke ville av frykt for andre navngitte innsatte i fengslet.

Lagmannsretten innrømmet siktede isolasjonsfradrag kun for den første perioden han hadde sittet isolert, ikke for perioden etter at han fikk tilbud om overflytting til ordinær fellesskapsavdeling. Etter lagmannsrettens syn var han ikke «underlagt» fullstendig isolasjon i den siste perioden, og det måtte antas at isolasjon ikke var en like stor påkjenning når den var selvvalgt som når den ble påtvunget den innsatte. Høyesterett kom til motsatt resultat, og innrømmet siktede isolasjonsfradrag for hele isolasjonsperioden, både før og etter at han fikk tilbud om overflytting til ordinær fellesskapsavdeling. Det ble lagt vekt på at tilbudet om overflytting til ordinær fellesskapsavdeling falt bort samme dag som det ble fremsatt, fordi fengselsmyndighetene aksepterte at siktede ikke ville flytte av frykt for andre innsatte i fengslet. Etter Høyesteretts oppfatning kunne det da ikke sies at isolasjonen hadde vært gjennomført på frivillig grunnlag.

I spørsmålet om den siktede var «underlagt» isolasjon, la retten avgjørende vekt på om isolasjonen var å anse som selvvalgt. Grensen mellom frivillig og ufrivillig isolasjon kan være vanskelig å trekke i praksis, da det kan være uklart hva som er den reelle årsaken til at innsatte ønsker å holdes isolert. Frykt for å være til stede i fellesskapet kan for eksempel være resultat av at fengslet ikke har sørget for et trygt miljø for den innsatte.

2.3 Isolasjon «i anledning av saken»

Det følger av straffeloven § 83 første ledd første punktum at varetektsfradrag skal gis for frihetsberøvelse «i anledning av saken». Det samme må gjelde isolasjonsfradrag etter andre ledd andre punktum.

Spørsmålet er hva som ligger i formuleringen «i anledning av saken». Gjelder straffeloven § 83 andre ledd andre punktum når den siktede er undergitt isolasjon som et fengselsmessig virkemiddel i medhold av straffegjennomføringsloven §§ 37–40? I HR-2018-1261-A drøftet Høyesterett isolasjonsfradrag som følge av at siktede i perioder hadde vært utelukket fra fellesskapet etter beslutning av kriminalomsorgen i medhold av straffegjennomføringsloven §§ 37 og 39. Siktede hadde sittet utelukket fra fellesskapet ett døgn etter § 37 niende ledd, pga. bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold. Utelukkelsen var en følge av mangel på ledig celle. Han hadde også sittet utelukket etter § 37 første ledd bokstav a og e som følge av «vedvarende frekk og nedlatende atferd». I en annen periode hadde han vært utelukket etter § 39 fordi han hadde forsøkt å forsyne seg fra medisintrallen og fysisk måtte tas bort.

Spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var om bestemmelsen om isolasjonsfradrag etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum gjelder i tilfeller hvor fengselsmyndighetene har besluttet at varetektsinnsatte skal utelukkes fra fellesskapet med andre innsatte, og dette skyldes kritikkverdige forhold fra den fengsledes side under varetektsfengslingen. Spørsmålet ble ikke berørt under behandlingen i lagmannsretten.

Høyesterett fremhevet at isolasjon som besluttes for å hindre at innsatte gjør skade, bidrar til opptøyer eller liknende eller som følge av at innsatte har begått disiplinærbrudd, kommer i en annen kategori enn frihetsberøvelse «i anledning av saken». I slike tilfeller er årsaken til isolasjonen siktedes kritikkverdige forhold under varetektsoppholdet, ikke det påståtte straffbare forholdet eller etterforskningen av dette. Høyesterett fant ingen høyesterettspraksis som kunne tillegges avgjørende vekt for denne saken, men viste til en dom fra Agder lagmannsrett (LA-2017-119300) der isolasjon etter reglene i straffegjennomføringsloven § 38 hadde blitt behandlet. Saken gjaldt en siktet som hadde sittet isolert på sikkerhetscelle som følge av at han hadde truet en tjenestemann og slått han i hodet. Lagmannsretten var av den oppfatning at bruk av tvangsmidler på dette grunnlaget ikke kunne anses som frihetsberøvelse i anledning av saken som gir grunnlag for isolasjonsfradrag. Den uttalte at «[d]et ligger helt utenfor rammen av formålet med bestemmelsen, og må kunne oppfattes som en helt ubegrunnet ‘premiering’ av klanderverdig atferd». Høyesterett var enig i lagmannsrettens uttalelse, og fremhevet i avsnitt 26:

¹⁶ Avdeling med tilrettelagt samvær mellom innsatte.

«En regel om at det skal gis isolasjonsfradrag for denne typen isolasjon ville gi innsatte mulighet for selv å forkorte straffen ved å opptre slik at det ble fattet vedtak om utelukkelse fra fellesskap med andre innsatte. I tillegg til å gi gale insentiver, ville det kunne gjøre det vanskeligere for fengselsansatte å holde ro og orden i fengslet.»

Høyesterett konkluderte med at isolasjon som følge av siktedes kritikkverdige forhold under varetektsoppholdet ikke kunne gi grunnlag for isolasjonsfradrag. Siktete ble bare gitt isolasjonsfradrag for det ene døgnet i isolasjon hvor han hadde sittet utelukket som følge av bygnings- og bemanningsmessige forhold etter straffegjennomføringsloven § 37 niende ledd. Høyesterett presiserte i avsnitt 27 at

«ekstra varetektsfradrag etter straffeloven § 83 andre ledd ikke skal gis i de tilfeller der isolasjon er besluttet i medhold av straffegjennomføringsloven §§ 37–40, med mindre den varetektsinnsatte selv er uten skyld i tiltaket».

Konsekvensen av denne lovtolkningen er etter vår oppfatning at det i praksis normalt bare vil være aktuelt å gi isolasjonsfradrag ved utelukkelse etter § 37 (eventuelt § 17 andre ledd), da utelukkelse i medhold av § 38 (sikkerhetscelle), § 39 (umiddelbar utelukkelse) og § 40 (disiplinærreaksjon) normalt vil skyldes omstendigheter som varetektsinnsatte selv er skyld i. Isolasjonsfradrag vil først og fremst være aktuelt når siktete har sittet utelukket etter § 37 niende ledd som følge av akutte bygningsmessige og bemanningsmessige forhold.

I HR-2019-609-A kom Høyesterett til at fastsettelse av isolasjonsfradrag fastsatt av lagmannsretten ikke var i overensstemmelse med føringene i HR-2018-1261-A, fordi den varetektsfengslede selv var skyld i isolasjonen. Siktete hadde sittet isolert etter straffegjennomføringsloven §§ 37 og 39 pga. rømningsforsøk og etter § 37 pga. funn av sats. Varetektsfradraget ble av Høyesterett redusert med fire dager.

2.4 «Faktisk» og ulovlig isolasjon

I dette underpunktet skal vi drøfte hvorvidt straffeloven § 83 andre ledd andre punktum også gjelder der isolasjonen ikke bygger på en rettslig beslutning, men bare er en faktisk realitet. Må § 83 andre ledd andre punktum eventuelt anvendes analogisk i slike situasjoner? Videre er spørsmålet hvor omfattende en faktisk isolasjon må være hvis den skal gi grunnlag for ekstra fradrag. Vi drøfter også hvorvidt menneskerettighetene kan gi rett til ekstra isolasjonsfradrag ved uhjemlet faktisk isolasjon, som en kompensasjon for krenkelsen.

En rekke innsatte i norske fengsler er underlagt faktisk isolasjon,¹⁷ det vil si at de er utelukket fra fellesskapet uten at det er fattet noe formelt vedtak. Utelukkelsen skjer da ikke som resultat av konkrete vurderinger knyttet opp mot regelverket, men er som regel en konsekvens av bygningsmessige forhold og manglende bemanning.

Norske myndigheter har gjentatte ganger blitt kritisert av FNs torturkomité for manglende oversikt over omfanget av faktisk isolasjon i fengslene.¹⁸ Sivilombudsmannen har også i en særskilt melding til Stortinget¹⁹ kritisert kriminalomsorgen for mangel på pålitelige og relevante tall som gir oversikt over det totale omfanget av isolasjon. Selv om det ikke foreligger noe pålitelig tallmateriale, er det på det rene at omfanget er stort. I Sivilombudsmannens rapport vises det til tre dagsmålinger foretatt av Kriminalomsorgsdirektoratet i 2018 som angir at over 200 personer ved de fengslene som deltok i

¹⁷ Problemet med faktisk isolasjon var tema i lederen i *Lov og Rett* nr. 7/2019, skrevet av sivilombudsmann Falkanger.

¹⁸ Se FNs torturkomités avsluttende merknader til Norges 5. rapport om gjennomføring av FNs torturkonvensjon CAT/C/NOR/CO/5, avsnitt 8, til Norges 6./7. rapport CAT/C/NOR/CO/6-7, avsnitt 11 og til Norges 8. rapport CAT/C/NOR/CO/8, avsnitt 17–18.

¹⁹ Se Sivilombudsmannen (2019). *Særskilt melding til Stortinget om isolasjon og mangel på menneskelig kontakt i norske fengsler*. Dokument 4:3 (2018/19) s. 32.

målingene, satt isolert på sin celle mer enn 22 timer i døgnet.²⁰ Blant disse var minst halvparten isolert uten vedtak og begrunnelse. Tallene gjelder alle innsatte, men vi antar at en stor andel angår varetektsinnsatte fordi flere av tilfellene skyldtes plassering på mottaksavdelinger som ikke er tilrettelagt for fellesskap.²¹

Spørsmålet om kompensasjon for faktisk isolasjon ble behandlet av Høyesterett i HR-2019-2048-A. Saken gjaldt en varetektsinnsatt som på grunn av bygningstekniske begrensninger hadde sittet faktisk isolert i en periode på 60 dager. Fellesskap med andre innsatte hadde vært begrenset til to timer daglig eller mindre. Det forelå ingen administrative beslutninger om utelukkelsen.

Det første spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var om det var grunnlag for å gi kompensasjon for de dagene siktede hadde sittet faktisk isolert i 22 timer eller mer i døgnet. Høyesterett presiserte at det bare er «fullstendig isolasjon» som gir rett til isolasjonsfradrag etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum.²² Innlåsing på cellen i store deler av døgnet sto etter Høyesteretts oppfatning i en mellomstilling sammenliknet med fullstendig og delvis isolasjon²³ (se nærmere redegjørelse for skillet mellom fullstendig og delvis isolasjon under punkt 3). Med henvisning til FNs standard minimumsregler for behandling av innsatte (Mandelareglene)²⁴ mente Høyesterett at slik faktisk isolasjon i 22 timer eller mer i døgnet var å anse som isolasjon som bare skulle benyttes i helt spesielle tilfeller. Regel 44²⁵ kategoriserer tilfeller der innsatte sitter uten meningsfull menneskelig kontakt i 22 timer eller mer i døgnet, som isolasjon, og etter regel 45 skal isolasjon kun benyttes i ekstraordinære tilfeller, som en siste utvei og for så kort tid som mulig.²⁶ Reglene er ikke juridisk bindende, men Høyesterett fremhevet at de gir uttrykk for generelle minstestandarder for behandling av innsatte.

I likhet med lagmannsretten kom Høyesterett enstemmig til at belastningen for siktede ved faktisk isolasjon i 22 timer per døgn hadde så store likhetstrekk med annen isolasjon at den måtte kompenseres. Høyesterett vektla at isolasjonen ikke var foranlediget av den siktedes eget forhold, men av bygnings- og ressursmessige begrensninger. Det hadde også betydning at utelukkelsen ikke var basert på et forutsigbart regelverk eller var begrunnet i vedtak med informasjon om klagemuligheter. Høyesterett fremhevet videre at varetektsinnsatte tilhører en ekstra sårbar gruppe, særlig med tanke på fremtidig rettssak og hva fremtiden vil bringe, og at vidtrekkende restriksjoner under slike omstendigheter øker belastningen for den fengslede. Høyesterett stilte spørsmål om kompensasjonen for faktisk isolasjon skulle gis ved selve straffutmålingen eller gjennom varetektsfradraget, og kom til at kompensasjonen mest hensiktsmessig ble gitt gjennom varetektsfradraget, som beregnes i dager.²⁷

Det neste spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var hvor stort fradraget burde være. Av hensyn til likhetsbetraktninger la Høyesterett til grunn at straffeloven § 83 andre ledd andre punktum måtte

²⁰ Se Sivilombudsmannen (2019) s. 36. Se også *Tiltaksplan for forebygging av isolasjon i kriminalomsorgen*, anbefalinger fra arbeidsgruppe oppnevnt av Kriminalomsorgsdirektoratet, avgitt mai 2019, s. 22.

²¹ Se Sivilombudsmannen (2019) s. 39.

²² Se avsnitt 61.

²³ Se avsnitt 66.

²⁴ Se United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules), vedtatt av FNs generalforsamling 17. desember 2015. Mandelareglene er utviklet gjennom mellomstatlig samarbeid og på grunnlag av internasjonal rettspraksis. De er ikke juridisk bindende, men gir uttrykk for enighet om minstestandarder for behandling av innsatte.

²⁵ «For the purpose of these rules, solitary confinement shall refer to the confinement of prisoners for 22 hours or more a day without meaningful human contact. Prolonged solitary confinement shall refer to solitary confinement for a time period in excess of 15 consecutive days.»

²⁶ «Solitary confinement shall be used only in exceptional cases as a last resort, for as short a time as possible and subject to independent review, and only pursuant to the authorization by a competent authority. It shall not be imposed by virtue of a prisoner's sentence.»

²⁷ Se avsnitt 77.

anvendes analogisk.²⁸ Det ville sikre standardiserte regler for fradrag og sørge for at alle som er underlagt faktisk isolasjon, får samme fradrag. En dag for to døgn faktisk isolasjon ble ansett som tilstrekkelig kompensasjon. Det ble gitt 30 dager isolasjonsfradrag for de 60 dagene siktede hadde sittet faktisk isolert.

Et annet spørsmål er hvorvidt faktisk isolasjon innebærer brudd på menneskerettighetene, og om en krenkelse gir rett til ekstra isolasjonsfradrag. Etter Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 har innsatte rett til respekt for sitt privatliv. Offentlig inngrep i denne retten kan bare gjøres når det er i samsvar med loven, er et legitimt formål eller er nødvendig i et demokratisk samfunn. Uhjemlet isolasjon, slik som faktisk isolasjon, kan være brudd på denne folkerettslige forpliktelsen. Etter EMK artikkel 13 må en eventuell krenkelse repareres. Spørsmålet er om et fradrag etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum vil være en adekvat kompensasjon for ulovlig isolasjon, eller om det bør gis et større fradrag enn det som følger av denne bestemmelsen. Det foreligger ingen dom fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som bekrefter at mangel på fellesskap/aktivitet gir rett til ekstra varetaktsfradrag. Underrettspraksis har imidlertid innrømmet både isolasjonsfradrag og ekstra fradrag som følge av ulovlig isolasjon.

Bergen tingrett konstaterte i TBERG-2018-153795-2 brudd på EMK artikkel 8 på grunn av ulovlig isolasjon. I mangel av sammenliknbar praksis ble det gitt både isolasjonsfradrag og ekstra fradrag for den perioden siktede hadde sittet faktisk isolert. Tingretten økte det særskilte isolasjonsfradraget etter straffeloven § 83 andre ledd andre punktum til 150 %, slik at isolasjonsfradrag for 12 dager ga et særskilt tillegg på 18 dager. Tilsvarende ble straffeloven § 83 benyttet analogisk i en gjenopptagelsessak i Sogn og Fjordane tingrett (TSOFT-2018-164558) der domfelte hadde gjennomført fengselsstraff. Retten la betydelig vekt på de prinsipper og formålsbetraktninger som begrunner bestemmelsen hva gjelder isolasjonens betydning for den konkrete straffutmålingen. Domfelte ble gitt én måned straffereduksjon for ti dager med faktisk isolasjon med begrensede muligheter for fellesskap og lufting.

Spørsmål om ekstra kompensasjon for brudd på menneskerettighetene ble også reist i ovennevnte sak i HR-2019-2048-A. Forsvarer anførte at EMK artikkel 8 var krenket, og at siktede hadde krav på reparasjon etter artikkel 13. Høyesterett tok ikke stilling til hvorvidt tilfellet var en krenkelse av EMK artikkel 8, men presiserte i avsnitt 79 at en eventuell krenkelse av siktedes rett til privatliv var reparert gjennom det varetaktsfradraget som var innrømmet. Høyesterett holdt det åpent om det i vurderingen av fengsledes privatliv i artikkel 8 også skulle tas hensyn til innsattes kontakt med andre personer enn innsatte, som familiemedlemmer, fengselsbetjenter og helsepersonell, samt hvorvidt innsatte har eget bad og fasiliteter som radio og TV. Slike forhold ble i liten grad berørt i denne saken. Det vi imidlertid kan trekke ut av dommen, er at slike omstendigheter uansett ikke vil ha noen innvirkning på innrømmelse av isolasjonsfradrag. Det avgjørende er hvorvidt siktede har vært faktisk utelukket fra samvær med andre innsatte i 22 timer eller mer i døgnet.

En utfordring i saker om faktisk isolasjon kan være å gjøre retten kjent med isolasjonen. Et sentralt spørsmål er: Hvem skal sørge for at informasjonen blir fremlagt? Påtalemyndigheten har en utrednings- og bevisføringsplikt, som kan forankres i straffeprosessloven § 55 a fjerde ledd.²⁹ Bestemmelsen pålegger påtalemyndigheten å opptre objektivt og ta upartisk stilling på alle trinn av straffesakens behandling. Denne objektivitetsplikten innebærer blant annet at alle bevis av betydning for sakens opplysning fremskaffes, og at de bedømmes objektivt.³⁰ Faktum som er relevant for om isolasjonsfradrag skal gis, må være omfattet, i alle fall der siktede anfører at han har vært undergitt isolasjon, eller det på annet vis er konkrete indikasjoner på dette. Et annet spørsmål er om siktede kan pålegges en anførselsbyrde når det gjelder faktisk isolasjon. Etter vår oppfatning vil det være urimelig tidkrevende dersom påtalemyndigheten i enhver straffesak uoppfordret må foreta undersøkelser rundt fellesskapsrutinene der siktede har sittet varetaktsfengslet.

Videre kan det spørres hvilket beviskrav som gjelder. Det kan ikke være opp til siktede selv å bevise at han har sittet isolert for å få rett til fradrag, men påtalemyndigheten må eventuelt godtgjøre at siktede har hatt fellesskap eller mulighet for dette. Beviskravet knyttet til den delen av reaksjonsspørsmålet som

²⁸ Se avsnitt 78.

²⁹ Endret paragrafnummer fra § 55 ved lov 1. november 2019 nr. 71.

³⁰ Se bl.a. Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, 2. utgave, Oslo 2019, s. 287.

omhandler varetektsfradrag, er såpass strengt at tvil knyttet til faktum relevant for spørsmål om isolasjonsfradrag må komme siktede til gode.

En slik oppfatning ble lagt til grunn i lagmannsrettens bevisvurdering i LG-2018-1207858.³¹ I tillegg til siktedes forklaring la lagmannsretten vekt på en fremlagt hendelsesjournal fra fengslet som dokumenterte hvilke avdelinger siktede hadde oppholdt seg i. Ved disse avdelingene var det begrenset fellesskap mellom innsatte. Det var uklart for lagmannsretten hvor mange timer per dag varetektsinnsatte hadde hatt mulighet for fellesskap. Som følge av at det reiste seg mye tvil rundt spørsmålet om isolasjonens omfang, ble forsvarers anførsel gitt medhold fullt ut.

3 «Fullstendig» eller delvis isolasjon

Straffeloven § 83 andre ledd andre punktum gjelder bare ved «fullstendig» isolasjon. Det betyr at delvis isolasjon ikke gir rett til isolasjonsfradrag. Det er naturlig, siden slik isolasjon normalt ikke vil være like inngripende som fullstendig isolasjon.³² Høyesterett har uttalt at innlåsing på cellen 22 timer i døgnet uten formelt vedtak anses som en mellomting mellom fullstendig og delvis isolasjon.³³ Men hvor går skillet mellom fullstendig og delvis isolasjon der det er fattet vedtak om isolasjon? Spørsmål som kan stilles, er hvor mange personer siktede kan ha kontakt med før isolasjonen bare er delvis, og hvor mye kontakt siktede må få ha med personen eller personene hvis kontakten skal være relevant. Og hvilke personer er relevante kontaktpersoner i denne sammenheng?

Hva som ligger i formuleringen «fullstendig isolasjon», er ikke nærmere presisert i loven. I forarbeidene til straffeloven 1902 § 60 defineres fullstendig isolasjon som at «den siktede har vært utelukket fra fellesskap med alle andre innsatte».³⁴ Forarbeidene til straffeloven § 83 uttaler at «Delvis isolasjon etter straffeprosessloven § 186 er ikke omfattet»,³⁵ og i forarbeidene til straffeprosessloven § 186 andre ledd (delvis isolasjon) og § 186 a (fullstendig isolasjon) defineres skillet på følgende måte: «Fullstendig isolasjon vil det bare være når den innsatte nektes samvær med alle andre innsatte.»³⁶ Denne tolkningen har fått tilslutning av Høyesterett, både når det gjelder straffeloven § 83 andre ledd andre punktum og straffeprosessloven § 186 a.³⁷

Formuleringen «andre innsatte» og Høyesteretts aksept av denne definisjonen trekker klart i retning av at isolasjonen bare er delvis hvis siktede får ha tilstrekkelig kontakt med minst én annen innsatt. Retten til isolasjonsfradrag faller altså ikke bort selv om siktede har kontakt med personalet, forsvareren, familie mv.

I Høyesterett i HR-2017-290-A gjaldt saken en siktet som under varetektsopphold på en ungdomsenhet var plassert i en spesielt tilrettelagt avdeling. Siktede hadde ingen kontakt med andre innsatte på enheten. Til gjengjeld hadde vedkommende døgkontinuerlig tett oppfølging av fengselsansatte og helsepersonell. Siktede var også i en periode innlagt på psykiatrisk sykehus. Også der var vedkommende delvis avskåret fra kontakt med andre pasienter, men hadde til dels døgkontinuerlig oppfølging av ansatte, i perioder med 3:1.

Høyesterett presiserte at ordlyden i straffeloven § 83 første ledd og forarbeidene ikke tar noe forbehold om at regelen om isolasjonsfradrag ikke gjelder når siktede har hatt kontakt med andre personer enn innsatte. Videre viste Høyesterett til rettspraksis knyttet til straffeprosessloven § 186 a.³⁸ Høyesterett uttalte i avsnitt 93:

³¹ Se HR-2019-2048-A avsnitt 55.

³² Det fremgår imidlertid i lovforarbeidene at «retten kan om den finner grunn til det, ved straffutmålingen legge vekt på økt belastning ved slik [delvis] isolasjon», se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130.

³³ Se HR-2019-2048-A avsnitt 66 og punkt 2 ovenfor.

³⁴ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130.

³⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 474.

³⁶ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 134.

³⁷ Se hhv. Rt. 2004 s. 1899 avsnitt 9 og 10 og HR-2017-290-A avsnitt 89, og Rt. 2002 s. 1543 og Rt. 2005 s. 1226 avsnitt 21.

³⁸ Se Rt. 2005 s. 1226 avsnitt 21.

«[d]ersom regelen ikke skulle gjelde der den innsatte har et visst tilsyn og oppfølging av ansatte, oppstår dessuten raskt spørsmålet om hva som skal til for at isolasjonsreglene ikke skal få anvendelse. Dette lar seg vanskelig fastsette i rettspraksis.»

I likhet med lagmannsretten kom Høyesterett til at siktede hadde krav på fullt isolasjonsfradrag for hele den perioden vedkommende var isolert fra andre innsatte, både i arresten, i fengslet og på sykehuset. Legger man en slik tolkning av regelverket til grunn, må det bety at siktede har krav på isolasjonsfradrag selv om fengslet iverksetter tiltak i form av meningsfull menneskelig kontakt med andre personer enn medinnsatte for å redusere isolasjonsskader og hindre ulovlig isolasjon. Det avgjørende for skillet mellom fullstendig og delvis isolasjon er om siktede har hatt adgang til fellesskap med andre innsatte.

Så kan det spørres hvor *omfattende* samværet med andre innsatte må være før isolasjonen er å anse som delvis. Vil for eksempel siktede ha rett til isolasjonsfradrag hvis vedkommende under varetektsoppholdet har begrenset samvær med noen få innsatte på avdelingen, men ellers sitter isolert? Ordlyden i § 83 trekker i retning av at isolasjonen må være hele døgnet, jf. ordet «fullstendig».

Spørsmålet ble drøftet av Høyesterett i Rt. 2006 s. 1469, der siktede var plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå (se nærmere omtale av dommen under punkt 2.1). Høyesterett tok stilling til hva vilkåret «fullstendig isolasjon» innebar for beregning av isolasjonsfradraget i den konkrete saken. Skulle siktede få ekstra fradrag for hele perioden han hadde vært plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, eller bare for den perioden han var totalt utelukket fra fellesskap med andre innsatte? Siktede hadde i perioder hatt samvær med inntil tre medinnsatte om gangen både under lufting og i boenheten. Høyesterett viste til uttrykket «fullstendig isolasjon», i straffeprosessloven § 186 a, som er forklart som at den innsatte er «utelukket fra fellesskap med alle andre innsatte».³⁹ Høyesterett anså det naturlig å legge det samme i uttrykket i de to bestemmelsene, med henvisning til Rt. 2005 s. 1718 avsnitt 11. Isolasjonsfradrag ble bare gitt for de dagene siktede ikke hadde hatt noe fellesskap med andre. Selv om oppholdet på avdelingen hadde vært tungt for den siktede, mente Høyesterett at de periodene han hadde hatt delvis fellesskap med noen få innsatte, ikke kunne anses som annet enn «delvis isolasjon».

Et spørsmål som reiser seg, er når et samvær er såpass begrenset at det ikke er relevant. Spørsmålet synes ikke nærmere drøftet i Rt. 2006 s. 1469, men Høyesteretts uttalelser i HR-2019-2048-A (omtalt ovenfor under punkt 2.4) er av interesse. I den saken la Høyesterett til grunn at faktisk utelukkelse fra fellesskapet 22 timer i døgnet sto i en mellomstilling mellom fullstendig og delvis isolasjon, men at isolasjon av et slikt omfang likevel måtte kompenseres. Gode grunner taler for at samme grense gjelder når isolasjon bygger på en rettslig beslutning. Det er uansett belastende for varetektsinnsatte å være utelukket fra fellesskapet 22 timer i døgnet. Høyesteretts begrunnelse for å gi kompensasjon ved faktisk isolasjon kan langt på vei legges til grunn for varetektsinnsatte generelt. Vedtak om isolasjon kan dessuten forlenges, slik at det likevel kan være uforutsigbart for siktede hvor lenge isolasjonen vil være. Begrunnelsen for bestemmelsen om isolasjonsfradrag, som er virkningen for den varetektsfengslede, ikke årsaken til isolasjonen,⁴⁰ trekker også i denne retning.

4 Systemsvikt ved beregning av varetektsfradrag?

Gjennomgangen ovenfor under punkt 2 og 3 viser en stadig klargjøring og delvis utvidelse av når et forhøyet varetektsfradrag er berettiget. Det som er klargjort gjennom rettspraksis, er betydningen av hvem som har besluttet isolasjonen,⁴¹ når siktede er «underlagt» isolasjon,⁴² og når isolasjon har skjedd «i anledning av saken».⁴³ Vi ser imidlertid at selv om begrepet «fullstendig isolasjon» er godt drøftet av

³⁹ Se Ot.prp. nr. 66 (2002–2002) s. 130.

⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 56.

⁴¹ Se for eksempel Rt. 2006 s. 1469.

⁴² Se for eksempel Rt. 2006 s. 1147.

⁴³ Se for eksempel HR-2018-1261-A.

Høyesterett,⁴⁴ kan manglende dokumentasjon på isolasjon gjøre det vanskelig å fastsette riktig varetektsfradrag. Dette gjelder ikke bare manglende dokumentasjon fra varetektsopphold i utenlandske fengsler, men også mangelfulle rutiner i norske fengsler.

Felles for sakene vi har referert til, er at isolasjonsfradraget er drøftet og begrunnet i domspremissene, noe som gjør det mulig å spore hvordan retten har resonnert i beregningen av det totale varetektsfradraget, og å påpeke eventuelle feil. Dette er imidlertid ikke vanlig i rettspraksis. I de fleste dommer fastsettes varetektsfradraget i domsslutningen, og det oppgis kun som et tall som kommer i fratrekk ved utmåling av straffen. Så lenge dette ikke er omtvistet, vil partene normalt ikke føre bevis om omfanget av varetektsfradraget, og retten vil ikke se noe behov for å beslutte bevisføring av eget tiltak.

I vår gjennomgang kan det synes noe tilfeldig hva underrettspraksis har lagt til grunn ved beregning av varetektsfradrag. Hva kan være årsaken til dette? Skyldes det en noe vag regulering av temaet varetektsfradrag ved isolasjon av varetektsinnsatte, for dårlige registrerings- og dokumentasjonsrutiner, tidvis for dårlig etterforskning rundt temaet fra politi og påtalemyndighet, passivitet hos enkelte forsvarere eller at domstolene normalt legger til grunn aktors tall for varetektsfradrag så lenge forsvareren ikke protesterer? 22. juli-saken⁴⁵ kan synes å være et eksempel på en svikt i systemet.

Anders Behring Breivik (ABB)⁴⁶ ble i Oslo tingrett dømt til forvaring med en tidsramme på 21 år og minstetid på ti år for terrorhandlinger begått 22. juli 2011. Ved idømming av forvaring gis varetektsfradraget fullt ut både i minstetiden og tidsrammen, jf. straffeloven § 83 femte ledd.⁴⁷ Varetektsfradrag i minstetiden får betydning for hvor tidlig den forvaringsdømte tidligst kan prøveløslates, eventuelt få prøvd saken om prøveløslatelse for retten.⁴⁸ Fradrag i tidsrammen får betydning for når påtalemyndigheten må begjære eventuell forlengelse dersom den mener at vilkårene for idømmelse av forvaring fortsatt er til stede (senest tre måneder før tidsrammens utløp).⁴⁹ Det fremgår av domsslutningen i 22. juli-saken at det i tidsrammen og minstetiden fragår 445 dager for varetektsfengsel, men det står ikke hvordan varetektsfradraget er beregnet.

Etter vår beregning må tingretten ha lagt til grunn at ABB var frihetsberøvet fra pågripelsen 22. juli 2011 til domsavsigelse 24. august 2012. Dette gir rett til 400 dager alminnelig varetektsfradrag før dom, etter straffeloven § 83 første ledd. I tillegg er det gitt 45 dager fradrag, trolig for den tiden han satt fullstendig isolert i forbindelse med arrestasjonen og etter rettens beslutning om fullstendig isolasjon etter straffeprosessloven § 186 a, frem til 17. oktober 2011. ABB hadde da sittet fullstendig isolert i 88 dager, noe som gir rett til 44 dager ekstra fradrag.

Spørsmålet er om ABB har krav på ytterligere isolasjonsfradrag som følge av at han etter beslutning av kriminalomsorgen var plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå i medhold av straffegjennomføringsloven § 11 andre ledd. Selv om han etter 17. oktober 2011 ikke lenger satt fullstendig isolert etter straffeprosessloven § 186 a, var han i resten av varetektsperioden avskåret fra kontakt med andre innsatte som følge av plassering på særlig høyt sikkerhetsnivå. Siden han var den eneste innsatte på de avdelingene med særlig høyt sikkerhetsnivå han var plassert i (IIa fengsel og Telemark fengsel avdeling Skien) under varetektsperioden, hadde han ikke fellesskap med andre innsatte på avdelingen.⁵⁰ Vi er ikke kjent med begrunnelsen for innsettelse på avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, men antar at det har sammenheng med de påståtte straffbare handlingene og ikke kritikkverdige forhold under varetektsoppholdet. Så lenge utelukkelsen har skjedd i anledning av

⁴⁴ Se for eksempel HR-2017-290-A.

⁴⁵ Se RG 2012 s. 1153 (Oslo).

⁴⁶ Anders Behring Breivik skiftet navn til Fjotolf Hansen i 2017. Siden han er best kjent som Anders Behring Breivik, vil vi referere til han ved å benytte initialene ABB.

⁴⁷ Denne bestemmelsen ble tatt inn i ny straffelov 2005, og er en lovfesting av prinsippene for beregning av varetektsfradrag som Høyesterett har fastsatt i Rt. 2002 s. 889.

⁴⁸ Jf. straffeloven § 44 første ledd.

⁴⁹ Jf. straffeloven § 43 første ledd.

⁵⁰ Se HR-2017-1127-U avsnitt 20.

straffesaken, har innsatte i henhold til rettspraksis krav på ekstra fradrag.⁵¹ Det betyr at ABB er berettiget isolasjonsfradrag både for den tiden han satt fullstendig isolert etter beslutning av retten og for den tiden han ut over dette var plassert i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, dvs. hele vareteksperioden.

Han satt vareteksfengslet i 400 døgn før domsavsigelse. Det betyr at han i tillegg til et ordinært fradrag på 400 dager har krav på 200 dager isolasjonsfradrag, dvs. 155 dager mer enn de 45 dagene som fremgår i tingrettens dom. Siden vareteksfengslingen gjelder frem til rettskraftig dom, må han også ha krav på 13 dager ekstra isolasjonsfradrag for de 26 dagene han satt isolert fra domsavsigelse frem til rettskraftig dom 19. september 2012.⁵² Legger man våre beregninger til grunn, innebærer det at minstetiden utløper 20. desember 2020 i stedet for 5. juni 2021. Søknad om prøveløslatelse kan fremmes allerede ett år før denne dato.⁵³ Tidsrammen vil da utløpe 20. desember 2031 i stedet for 5. juni 2032.

5 Rettelse av varetektsfradrag

Hva skjer hvis domfelte av ulike omstendigheter, som i 22. juli-saken, går glipp av berettiget varetektsfradrag? Vi antar at kriminalomsorgen og domstolen i en sak om løslatelse eller prøveløslatelse i utgangspunktet er bundet av det som står i dommen om omfanget av varetektsfradraget, i alle fall når et fravik vil være til skade for domfelte. Spørsmålet er om det som står i dommen, kan fravikes når det er til gunst for domfelte. Vanlig lære er at straffedommer ikke har positiv rettskraft, og hele rettskraftlæren knytter seg uansett bare til den prosessuelle virkningen i en senere sak for domstolene. Kan for eksempel kriminalomsorgen i forbindelse med vurdering av prøveløslatelse ta hensyn til at varetektsfradraget er beregnet feil? Prøveløslatelse fra fengselsstraff kan som hovedregel skje etter at innsatte har gjennomført to tredjedeler av straffen, jf. straffegjennomføringsloven § 42 første ledd. Etter § 42 tredje ledd kan domfelte prøveløslates mellom halv og to tredjedels tid dersom *særlige grunner* tilsier det. Retningslinjene⁵⁴ punkt 42.6 til loven presiserer at en slik prøveløslatelse må være begrunnet med sterke og tungtveiende, godt dokumenterte momenter.⁵⁵ Bestemmelsen tar primært sikte på situasjoner der innsattes helse, skolegang eller hensyn til innsattes nærstående tilsier en tidligere løslatelse. Feil beregning av varetektsfradrag vil etter vår oppfatning kunne være en særlig grunn dersom dette er godt dokumentert. Når det gjelder forvaringsdømte, kan vi imidlertid vanskelig se at prøveløslatelse kan skje før den minstetiden som fremgår av dommen, jf. straffeloven § 44 første ledd andre punktum, som sier at den domfelte ikke kan prøveløslates før minstetiden er utløpt.

Et annet spørsmål er om en rettelse kan gjøres av domstolen etter straffeprosessloven § 44. Den sier at hvis det i en dom er skrivefeil, regnefeil eller andre åpenbare uriktigheter eller utelatelser, skal retten selv eller den høyere rett som får saken, rette dem av eget tiltak. Spørsmålet er om mulige feil ved fastsettelse av isolasjonsfradrag kan rettes opp etter § 44. Så vidt vi kan se, har Høyesterett ikke tatt stilling til om § 44 åpner for å rette et uriktig fastsatt varetektsfradrag der feilen knytter seg til faktum eller lovtolkning.

Straffeprosessloven § 44 omhandler formalfeil, slik som skrivefeil, regnefeil o.l. Materielle feil i form av feil faktum eller uriktig rettsanvendelse kan i utgangspunktet ikke rettes i medhold av denne bestemmelsen. Etter kommentarutgaven til straffeprosessloven⁵⁶ er det likegyldig om feilen skyldes en forglemmelse eller en misforståelse. Det avgjørende er om feilen er «åpenbar», dvs. at «det må være klart

⁵¹ Jf. Rt. 2006 s. 1469.

⁵² Jf. straffeprosessloven § 50 og forskrift 3. mai 2004 nr. 481 om gjennomføring av særreaksjonen forvaring (forvaringsforskriften) § 5.

⁵³ Se LB-2011-10034 (Borgarting).

⁵⁴ Retningslinjer til straffegjennomføringsloven fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 med hjemmel i forskrift om straffegjennomføring 22. februar 2002 § 8-1. Revidert i sin helhet 27. oktober 2008, oppdatert 10. oktober 2017.

⁵⁵ Se også Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) s. 167.

⁵⁶ Se H.K. Bjerke, E. Keiserud og K.E. Sæther, *Straffeprosessloven, Kommentarutgave*, 4. utgave, Bind I, Oslo 2011.

for enhver med innsikt i reglene på området at det er gjort en feil».⁵⁷ I kommentarutgaven presiseres det at det vil være adgang til å foreta retting når det er glemt å gi varetektsfradrag eller fradraget er beregnet feil.⁵⁸ Adgangen er begrunnet med at det her ikke er tale om noen skjønsmessig avgjørelse, men at hver dag i varetekt skal gå til fradrag. Andenæs har også uttalt at feil beregning av varetektsfradrag må anses som en åpenbar uriktighet som gir adgang til rettelse etter § 44.⁵⁹ Det antas at både lovkommentaren og uttalelsen fra Andenæs knytter seg til ordinært varetektsfradrag etter straffeloven § 83 første ledd, der det ikke knytter seg noen tvil til antall dager siktede har sittet i varetekt. Selv om forarbeidene til § 83 presiserer at fastsettelse av isolasjonsfradrag ikke er overlatt til rettens skjønn,⁶⁰ forutsetter beregningen ut fra våre analyser både lovtolkning og bruk av skjønn. Feil isolasjonsfradrag vil således være en materiell feil, som etter vår oppfatning ikke kan rettes etter § 44. Tilsvarende gjelder den eventuelle feilen som er gjort i 22. juli-saken, som antas å være knyttet til lovtolkning og manglende faktum.

Dersom domfelte mener at det i dommen er fastsatt feil isolasjonsfradrag, antar vi at disse dommene må begjæres gjenopptatt for å få fastsatt rett fradrag, jf. straffeprosessloven § 391 nr. 3. Etter denne bestemmelsen kan gjenåpning til gunst for siktede kreves «når det opplyses en ny omstendighet eller skaffes frem et nytt bevis som synes egnet til å føre til frifinnelse eller avvisning eller til anvendelse av en mildere strafferegulering eller en vesentlig mildere rettsfølge». Formuleringen «mildere rettsfølge» omfatter lavere straff, men både ordet «vesentlig» i loven og Høyesteretts kjæremålsutvalgs uttalelse i Rt. 1992 s. 698 (side 710) viser at terskelen er høy. Utvalget uttalte der: «det skal svært meget til for at gjenopptakelse kan kreves p g a feil som antas å ha hatt betydning ved straffutmålingen». Gjenåpning på grunn av et uriktig varetektsfradrag er derfor lite aktuelt. Så lenge dommen ikke blir gjenopptatt, vil varetektsfradraget som er fastsatt i dommen, være gjeldende, selv om det ikke er riktig.

6 Avslutning

Vi antar at fullstendig isolasjon fastsatt av retten og påtalemyndigheten er godt dokumentert og normalt blir tatt hensyn til ved beregning av varetektsfradrag, siden denne formen for isolasjon har vært mye omtalt og debattert.⁶¹ Spørsmålet vi har drøftet, er om det samme gjelder fullstendig isolasjon besluttet av kriminalomsorgen eller utenlandske myndigheter. Og hva med faktisk og ulovlig isolasjon – blir slike omstendigheter fremlagt for retten, og blir de tatt hensyn til?

Vår gjennomgang av rettspraksis kan tyde på at beregning av isolasjonsfradrag har vært noe tilfeldig. Det er uvisst om retten har fått kjennskap til og om aktørene er gjort kjent med alle de omstendighetene som gir rett til isolasjonsfradrag. Videre kan det synes som at regelverket er tolket ulikt, og at domstolene har stilt ulike krav til dokumentasjon. Avgjørelsen i HR-2019-2048-A har kanskje vært en «oppvåkning» i så måte. Vi har vist at varetektsfradraget i 22. juli-saken kan være feil. Dette gjelder trolig flere andre saker.⁶²

Det er oppsiktsvekkende at Oslo politikammer i høring av delutredning VII til ny straffelov uttaler at «reglene om varetektsfradrag medfører et ikke ubetydelig merarbeid for politijuristene og at det ikke sjelden gjøres feil».⁶³ Forarbeidene til straffeloven § 83 fremhever imidlertid at siktede har et absolutt krav på isolasjonsfradrag, og at spørsmålet ikke er overlatt til rettens skjønn. Dette kan synes enkelt, men det kan fort bli omstendelig og komplisert. For å kunne fastsette et korrekt isolasjonsfradrag må retten

⁵⁷ *Ibid.* s. 162.

⁵⁸ *Ibid.*, med henvisning til Helge Røstad, *Utvalgte emner innen strafferetten og straffeprosessen*, Oslo 1983, s. 82.

⁵⁹ Se Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009, s. 151, jf. Røstad (1983) s. 82.

⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130.

⁶¹ Se for eksempel Thomas Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse: rettspolitiske vurderinger*, Bergen 2017.

⁶² Se for eksempel HR-2019-619-A avsnitt 19.

⁶³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 377.

først og fremst gjøres kjent med hvordan siktedes varetektsopphold har vært. Når det gjelder fradrag som følge av opphold i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, må retten ha kjennskap til om siktede i perioder har hatt kontakt med andre innsatte på avdelingen. Ved utelukkelse fra fellesskapet etter straffegjennomføringsloven § 37 eller § 17 må retten gjøres kjent med hva som var årsaken til isolasjonen, hvorvidt siktede selv var skyld i tiltaket, om vedkommende ønsket det selv, og hvor mye siktede eventuelt har hatt kontakt med andre innsatte. Det kan også være vanskelig å frembringe tilstrekkelig dokumentasjon ved isolasjon under varetektsopphold i utlandet. Faktisk isolasjon er dessuten utfordrende å fange opp.

Først og fremst vil bedre rutiner når det gjelder registrering av isolasjon i fengslene sikre at aktørene lettere gjøres kjent med omfanget av isolasjonen. Manglende registrering som gjennom lengre tid har funnet sted i kriminalomsorgen, skyldes delvis utfordringer med å føre korrekte registreringer av vedtak i kriminalomsorgens IKT-system.⁶⁴ I tillegg har manglende regelverk om hvor mange timer innsatte normalt kan være utenfor cellen, ført til at vedtak om utelukkelse registreres ulikt ved forskjellige fengsler. I en rekke situasjoner har fengslene ikke fattet vedtak om isolasjon når innsatte er plassert på avdelinger der det alminnelige, daglige fellesskapet er sterkt begrenset på grunn av bygnings- eller bemanningsmessige hensyn som ikke er akutte.⁶⁵

Kriminalomsorgsdirektoratet har satt i gang en rekke tiltak for å redusere omfanget av isolasjon og forbedre rutiner for registrering og fastsettelse av vedtak. Etter dommen i HR-2018-1261-A sendte direktoratet ut et brev til kriminalomsorgens regioner der det understrekes viktigheten av at det utformes vedtak ved utelukkelse etter straffegjennomføringsloven § 37 niende ledd på grunn av akutte bygningsmessige og bemanningsmessige forhold eller når innsatte selv ønsker det, og at grunnlaget for og varigheten av utelukkelsene registreres i datasystemet.⁶⁶ Videre presiseres det at enhetene må etablere gode rutiner for å gi nøyaktige opplysninger om antall timer varetektsinnsatte har vært utelukket på forespørsel fra påtalemyndigheten og forsvarer. Med bakgrunn i kritikk fra nasjonale og internasjonale overvåkingsorganer foreslår direktoratet i høringsnotat fra september 2019 at det skal fastsettes en standardisering av utlåsningstid for samtlige fengselsenheter, og at unntak fra dette må begrunnes i vedtak.⁶⁷ Med gode rutiner blir det lettere å fastslå omfanget av isolasjonen og hvorvidt den siktede er underlagt isolasjon i anledning av saken.

I tillegg til at kriminalomsorgen må sørge for at isolasjon kan dokumenteres, må det kunne stilles strengere krav til aktor og forsvarer for å sikre at retten gjøres kjent med omstendigheter som gir rett til isolasjonsfradrag. Det må regnes som en klar oppgave for forsvareren å etterprøve påtalemyndighetens beregning av varetektsfradraget. Allerede under saksforberedelsen bør forsvarer samtale med siktede om temaet varetekt, herunder klarlegge om vedkommende varetektsinnsatt har vært undergitt isolasjon. Videre må forsvarer under hovedforhandlingen stille tiltalte spørsmål om temaet i den grad aktor ikke synes å ha hensyntatt isolasjon fra fengselsmyndighetene i sitt forslag til varetektsfradrag. Et hovedproblem i dag er kanskje at enkelte forsvarere tar for lett på denne oppgaven, slik at påtalemyndigheten og retten ikke får en oppfordring til å undersøke temaet nærmere.

Vi har nevnt at Norge tidligere har sett hen til Danmark vedrørende isolasjonsfradrag. I Danmark gir retten bare varetektsfradrag for isolasjon som er besluttet av retten. I tillegg er det gitt regler som pålegger fengselsmyndighetene å trekke fra for isolasjon ved beregning av gjenstående straff. Det skal gjøres «når den innsatte ufor skylt har vært [...] udelukket fra fællesskab», jf. den danske straffullbyrdelsesloven § 18 stk. 3. Kunne det være en idé å overlate til kriminalomsorgen i Norge å gi ekstra fratregg for de dagene tiltalte har sittet fullstendig isolert etter beslutning av kriminalomsorgen? En forutsetning for dette er at kriminalomsorgen har gode systemer for å fange opp fullstendig isolasjon av varetektsinnsatte. Hvis dette er tilfellet, bør det imidlertid være relativt enkelt å kommunisere informasjonen til aktor og forsvarer. En

⁶⁴ Se Sivilombudsmannen (2019) s. 32.

⁶⁵ Se Sivilombudsmannen (2019) s. 32.

⁶⁶ Brevet er datert 6. juli 2018.

⁶⁷ Se Kriminalomsorgsdirektoratet: Høringsnotat. Utkast – redusert bruk av isolasjon og økt fellesskap for innsatte i norske fengsler, herunder forslag til endringer i regelverket. 16. september 2019.

fastsetting av isolasjonsfradrag fra rettens side i dommen er en mer rettssikker ordning enn en forvaltningsmessig avgjørelse fra kriminalomsorgen. Dels kan det sikre god og effektiv kontradiksjon under hovedforhandlingen, ikke minst fordi tiltalte er til stede sammen med en forsvarer. Dels kan en dom ankes til lagmannsretten med den begrunnelse at fradraget er fastsatt uriktig, enten fordi faktum eller rettsanvendelsen er uriktig.

Konklusjonen må være at rettssikkerheten blir best ivaretatt ved at domstolen beregner isolasjonsfradraget, men at kriminalomsorgen etablerer gode rutiner for registrering og formidling videre til retten. Dette krever god koordinering mellom kriminalomsorgen, forsvarer, påtalemyndigheten og retten.