

RETTSSIKKERHET OG RETTSLIG KONTROLL UNDER FULLBYRDELSE AV FRIHETSBERØVENDE SANKSJONER

AV BYRÅSJEF ARILD KJERSCHOW, OSLO

1. *Innledning*

Gerd Benneche har i sin innledning gitt en så fullstendig oversikt over elementene i rettssikkerhetsbegrepet, at jeg kan nøye meg med variasjoner over *enkelt* deler av temaet. Jeg har m. a. o. plukket ut noen få emner og problemstillinger som jeg vil forsøke å utdype noe. De problemstillinger jeg har valgt er nok preget av at jeg til daglig arbeider i det norske fengselsvesenets sentraladministrasjon – men også i noen grad av øyeblikkets innskytelser. Og – som dere er gjort oppmerksomme på – som »stand in« har jeg ikke hatt mye tid til å øve selvkritikk overfor slike innskytelser.

På flere punkter berører jeg forøvrig problemstillinger som det har vært snakket om før på denne kongressen. Også for rettssikkerhetsproblematikken har nemlig »ny-klassisismen« relevans.

2. *Reglens utforming i norsk fengselslovgivning*

Som kjent er utforming av mest mulig klare og presise regler et viktig mål fra et rettssikkerhetssynspunkt. Hvorledes står vårt regelverk i forhold til dette kravet?

Det hevdes undertiden – og Gerd Benneche har også vært inne på det – at et typisk trekk ved de fleste av reglene i fengselsretten er at de overlater svært meget til fengselsmyndighetenes frie skjønn. Og jeg tror det må innrømmes at det er riktig – især hvis man begrenser studiet til de skrevne reglene. Jeg skal nøye meg med et par eksempler.

Hvis man ser på lovbestemmelsen om prøveløslatelse ved 2/3 straffetid, (§ 35 i fengselsloven av 1958), fremgår det at løslating på prøve *kan* tilstås etter fire måneders frihetsberøvelse, hvis gjenstående straffetid er minst 30 dager.

Dessuten fremgår det at løslating ikke skal tilstås hvis omstendighetene gjør løslating utilrådelig eller den innsattes forhold under frihetsberøvelsen taler imot det. Fengselsmyndighetene har m. a. o. når de tidsmessige vilkår er oppfylt, frihet til å prøveløslate en innsatt hvis det ikke er *utilrådelig* eller oppførselen hans taler imot det. Satt på spissen kunne en slik regel like gjerne lede til 90 % avslag, som 90 % innvilgelser. Regelen er heller ikke i seg selv på noen måte egnet til å sikre likebehandling.

For løslating på prøve ved *halv straffetid* og ved prøveløslating av livstidsdømte etter 12 år kreves det at løslating anses »*særlig begrunnet*«. Heller ikke disse bestemmelser gir mye vegledning, utover at vedkommende innsattes situasjon eller forhold må avvike fra det som er det vanlige. *Hvor* markert avvik som skal til og *hvilke forhold* som har betydning får man ikke vite noe om. Det er forsåvidt illustrerende at det til tross for den identiske ordlyden i de to bestemmelsene på dette punkt, skal svært meget til for å oppnå prøveløslating ved halv straffetid, mens det er ganske kurant for livstidsdømte å oppnå løslating når tidskravet er oppfylt.

Som et annet eksempel kan nevnes reglene om *disiplinærtiltak og refselsler*. Etter gjeldende regler kan refselsler og andre disiplinærtiltak brukes når en innsatt har brutt gjeldende regler om orden og disiplin, eller har vist dårlig forhold ved brudd på andre bestemmelser. Når det foreligger slike regelbrudd er det opp til fengselsmyndighetene om refselse skal anvendes. Og de midler som står til rådighet dekker hele registret fra en enkel irettesettelse til plassering i enrom eller til og med ekstra frihetsberøvelse i inntil 1 måned. Det gis ingen anvisning på overfor hvilke regelbrudd de ulike refselsler skal anvendes.

I tillegg til dette kommer at flere refselsformer kan kombineres, og at man, *i tillegg* til det som formelt betraktes som refselsler, også kan anvende andre tiltak, f. eks. tap av såkalte »begunstigelser«. Og endelig – for å dramatisere enda et hakk – kan forholdet i tillegg til bruk av refselsler o. l. også gjøres til gjenstand for anmeldelse og strafforfølgning hvis det er tale om et straffbart forhold.

Det står ikke til å nekte at dette er eksempler på regler som ikke nettopp er preget av presisjon. Og det er klart, at dersom man bare skulle holde seg til det som her er sagt, ville forutberegneligheten bli helt uforutsvarlig liten.

Nå vil kanskje noen mene at jeg setter tingene på spissen og at jeg dramatiserer forholdene. Det er jeg på sett og vis enig i.

For det første finnes det nok enkelte andre regler i fengselslovgivningen som er langt mindre vide og ubestemte, selv om hovedinntrykket er regler preget av lavt presisjonsnivå. Og for det annet er det på de fleste av de felter hvor man har skrevne regler av denne type, etablert en praksis som innsnevrer skjønnet tildels ganske betydelig og gjør forutberegneligheten tilsvarende større. Et godt eksempel er saker om løslating på prøve etter 2/3 straffetid, hvor forutberegneligheten er ganske god, ettersom slik prøve i praksis bare nektes i meget bestemte grupper av tilfelle. Noe liknende, om enn i betydelig mindre grad, gjelder i refselsessaker.

Uansett dette, har det konkret rettslig betydning at de skrevne reglene til dels har fått en så løs og skjønnsmessig karakter. Det innebærer blant annet at det er grenser for hvor langt det er rettslig adgang til å binde

skjønnet gjennom regeldannelse i praksis. Det er så og si bygget inn et krav om »nedsatt forutberegnelighet«.

Hva kan tenkes å ligge bak at reglene er gitt en så skjønnsmessig utforming?

Et moment som undertiden fremheves i debatten, er at fangene er en svaktstilt gruppe som gjennom fengslingen settes enda mer ut av spill. Samtidig har de heller ingen sterk og etablert gruppe ute i samfunnet til å hevde sine interesser. Jeg tror nok at nettopp dette er en av flere grunner til at reglene ikke er »skarperne i kantene«.

Et annet moment i denne forbindelse er at myndighetene nok i sin alminnelighet ofte ser det som en fordel med forholdsvis »åpne« regler, blant annet fordi slike regler uten hyppige lovendringer gir rom for en utvikling over tid. At det har skjedd en slik utvikling fra fengselslovens tilblivelse og innen lovens ramme er heller ikke tvilsomt.

Et ytterligere moment som springer i øynene er at verdiene var andre da loven ble gitt i 1958 enn i dag, blant annet slik at behandlingstankegangen sto langt sterkere den gang. Jeg skal komme tilbake til sammenhengen mellom synet på frihetsberøvelsens formål og kravene til rettsikkerhet senere.

Hvis man skulle forsøke å spå hvorledes en fengselslov anno 1980 ville se ut, tror jeg nok man kunne vente seg en god del klarere regler.

Det er imidlertid et åpent spørsmål *hvor* langt man er villig til å gå i retning av å begrense fengselsmyndighetenes muligheter til på fritt grunnlag »å fordele goder og onder«. Det forhold at de innsatte er frihetsberøvet og under tvang, og at fengselsvesenet har til oppgave å påse at frihetsberøvelsen skjer fyldest og at det ikke voldes personlig eller materiell skade, setter nok visse grenser for hvor langt en kan gå i presise og dermed maktbegrensende regler.

3. Enkelte overprøvings- og kontrollspørsmål

Jeg tror det er et hovedproblem å få til et system med tilfredsstillende overprøving og kontroll i institusjonssammenheng.

I Norge er det den øverste fengselsadministrasjon – Fengselsstyret – som behandler klager over avgjørelser truffet i den enkelte anstalt, og som også ellers har det primære ansvar for å kontrollere og instruere den ytre etat. Regjeringen behandler klager over de avgjørelser som Fengselsstyret har truffet i første instans.

Et hovedproblem når det gjelder overprøvings- og kontrollansvaret er Fengselsstyrets dobbelte funksjon, noe Gerd Benneche allerede har vært inne på:

Fengselsstyret har ikke bare til oppgave å behandle klager fra de innsatte, og ellers se til at innsatte blir behandlet i samsvar med gjeldende regler

og at det utøves et rimelig skjønn. Fengselsstyret har også et alminnelig administrativt ansvar som blant annet innebærer *personalforvaltning*. Det er en fersk norsk erfaring at i den utstrekning reell overprøving av fengslenes avgjørelser leder til at innsatte gis medhold, kan forholdet mellom Fengselsstyret som arbeidsgiver og de ansatte bli satt på en alvorlig prøve.

Det er særlig to argumenter som går igjen når den sentrale administrasjon kritiseres for å ha gitt innsatte medhold i klagesaker. Dels hevdes det at omgjøringer rent generelt er egnet til å undergrave den ytre etats og den enkelte tjenestemanns autoritet i forhold til de innsatte, og dels hevdes det at bestemte avgjørelser på grunn av sitt innhold fratar det enkelte fengsel reaksjonsmuligheter og undergraver tjenestemennenes sikkerhet. Jeg skal ikke gå nærmere inn på den interessante diskusjon i hvilken utstrekning dette er holdbart, og hvilke forholdsregler som kan være egnet til å redusere slike uheldige sidevirkninger av at overinstansen foretar en reell overprøving. Jeg vil bare peke på at det antakelig er vesentlig i hvilken utstrekning etaten er *innstilt på og aksepterer* at det skal foretas en reell overprøving. Antakelig har tidligere tradisjon og stil i vedkommende forvaltningsgren stor betydning for hvorledes slike forhold betraktes og håndteres.

Ellers kan det i denne sammenheng også være grunn til å understreke at *»forhåndsinstruksjer«* – i form av mer presise regler og retningslinjer – som regel vil være å foretrekke fremfor en etterfølgende overprøving av skjønnsmessige avgjørelser. Det er imidlertid ikke alltid man står overfor noe slikt valg. Og i alle tilfelle vil ikke forhåndsinstruksjer noengang helt kunne erstatte en etterfølgende reell overprøving. Men det ligger antakelig ikke det samme konfliktstoff i det å tilsidesette et underordnet organs avgjørelse på grunn av regelbrudd, som på grunn av uenighet i skjønnsutøvelsen. Man ser her hvordan ulike sider ved rettssikkerheten henger sammen: Mer presise regler bidrar antakelig til en både mer effektiv og en mer konfliktfri kontroll.

Når det gjelder den øverste fengselsadministrasjons dobbeltfunksjon som *»kontrollør«* og arbeidsgiver, har det for øvrig i den senere tid vært reist spørsmål om klagefunksjonen bør legges til andre, mer uavhengige organ. Tanken kan blant annet være å få en mer effektiv, upartisk overprøving, uten at fengselsetaten utsettes for indre spenninger. Men det har også vært lansert tanker som peker hen mot partsrepresentasjon. Disse tanker vil det antakelig bli arbeidet videre med i tiden som kommer. Men jeg må jo si – dersom man skal bygge på de erfaringer man har med tilsynsråd, kontrollkommisjoner, domstolskontroll og ombudsmannsordninger – at det blir problematisk å finne fram til et system med uavhengig kontroll som gir vesentlig bedre rettssikkerhet. Med slike løsninger vil man lett støte på det problem at personene i det uavhengige organ kan komme til å føle seg inkompetente til å overprøve faglige avgjørelser truffet av personer som steller

med problemene til daglig. I tillegg kommer naturligvis at det kan bli vanskelig å avgrense et slikt organs virksomhet mot de *alminnelige* tilsynsoppgaver som vel fortsatt må ligge hos den øverste faglige myndighet. Det er nok en viss fare for at en slik ansvarsdeling også kan lede til *ansvarspulverisering*.

Dette får være tilstrekkelig om problemene når det gjelder reell overprøving og kontroll. Så et par ord om forvaltningsloven og saksbehandling mer i sin alminnelighet.

Som nevnt av Gerd Benneche gjelder loven om behandlingsmåten i forvaltningssaker – forvaltningsloven av 1967 – også for avgjørelser etter fengselsloven. Den innsatte skal blant annet som regel ha varsel før vedtaket treffes, gis rett til å uttale seg og til å se sakens dokumenter. Videre kan man kreve begrunnelse for vedtaket. I fengselsloven er det imidlertid gjort et par viktige unntak fra de alminnelige regler, som innskrenker den innsattes rettigheter i forhold til det som gjelder i andre forvaltningssaker. Blant annet kan forhåndsvarsel unnlates, og behandlingen av hele saken foregå muntlig, når det tilsies av *praktiske grunner*. Videre er de omfattende unntak fra retten til å se dokumenter som følger allerede av forvaltningsloven ytterligere noe innsnevret i fengselsforhold. I virkeligheten er det bare et fåtall av de dokumenter som vanligvis produseres i slike saker som den innsatte har et ubetinget krav på å få se.

Jeg tror ikke jeg overdriver når jeg trekker omtrent følgende konklusjon:

Selv om saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven og fengselsloven naturligvis har sin betydning som middel til å etablere en betryggende og »fair« behandling av saker, skal det likevel ikke svært meget til for å oppfylle lovens minstekrav. Saksbehandling i samsvar med loven er derfor ikke ensbetydende med god eller tilfredsstillende saksbehandling. Hvor tilfredsstillende forholdene på dette felt skal bli, beror derfor i stor grad på aktørenes *holdning* til saksbehandling og rettsikkerhetsspørsmål i det hele tatt. Etter min oppfatning er det ikke her bare tale om å følge, men også om å videreføre intensjonene i regelverket.

4. Spredte mer generelle betraktninger

Jeg har allerede antydnet at synet på rettsikkerhet har utviklet seg i løpet av de siste 10-år. Dette er en tendens som ikke bare – og ikke en gang først og fremst – gjelder i fengselsforhold.

Jeg skal ikke gå inn på de mer alminnelige trekk i samfunnet og i forvaltningen som kan ha bidratt til en slik utvikling. Derimot synes jeg det er nødvendig å understreke et i og for seg banalt forhold som antakelig har *særlig* betydning for spørsmålet om rettsikkerhet under straffullbyrdelse:

Jeg skal ikke gjøre noe forsøk på å fortelle dere noe dere ikke vet på forhånd om de endringer som er skjedd i synet på *straffens formål* i løpet

av de siste 20 år. Det er i denne sammenheng nok å minne om det viktige faktum at mens behandlingstanken sto sterkt i Norden for 20 år siden, står den svakt i dag.

Hva har så dette med rettssikkerhet å gjøre?

Det må vel være slik at for et system som bygger på det syn at et fengselsopphold er til for å oppdra og behandle lovbrøyteren ut av sine sosiale problemer og sin kriminalitet, må det være sentralt at de tiltak som treffes må være *individuell* forankret. Spørsmålene blir: Hva er best for denne innsatte? Skal vi sette grenser eller gi ham friheter? Skal vi være »slemme« eller »snille« eller litt av hvert? Vil faren for ny kriminalitet reduseres ved en permisjon? Med andre ord: Ulik behandling fra ende til annen.

Alle mennesker er jo ulike og har ulike problemer – også innsatte mennesker. For å få gjennomført den mest hensiktsmessige oppdragelse og behandling må man derfor ha regler som gir vidt spillerom for individuell behandling. Et vidt spillerom for myndighetsutøvelsen er heller ikke »så farlig«, siden tiltakene forutsettes å være til alles beste. For en slik tankegang i sin rendyrkede form blir krav om å ha visse verdier i fred, om presise regler og likebehandling irriterende og byråkratiske hindringer for det som er det primære mål.

Annerledes i dag: Den innsatte settes *ikke* inn for at han skal forbedre seg. Han eller hun straffes med fengsel for å beskytte samfunnet, for å opprettholde den alminnelige respekten for lovene osv. Fengslingen av den enkelte blir således et middel til å nå mål som ligger langt fra den enkelte innsattes umiddelbare interesser.

Fra det øyeblikk man erkjenner at det eksisterer en klar konflikt mellom samfunnets ønske om beskyttelse og den innsattes egne interesser blir meget et spørsmål om *avveining* av motstridende hensyn. Konfliktløsning og interesseavveining er en juristmetode, og det er her krav som rettferdighet, likebehandling, forutberegnelighet, kontradiktorisk behandling osv., med andre ord typiske rettssikkerhetskrav, igjen kommer inn i bildet.

Jeg har her gitt de ulike syn på straffens formål og betydningen for kravene til rettssikkerhet en tilspisset form som ikke holder i virkelighetens verden. Jeg er imidlertid ikke i tvil om at det er dekning for å si følgende: Mens en behandlingstankegang er egnet til å tilsøre konflikter og svekke rettssikkerheten, er andre straffeteorier egnet til å avdekke at det eksisterer konflikt og til å *styrke* krav av rettssikkerhetsmessig karakter.

Dersom rettssikkerhetsgarantier skal få den plass de etter min mening har krav på, er det derfor nødvendig å erkjenne at det eksisterer motsatte interesser, og at mange av de beslutninger som treffes er av vidtrekkende betydning for de innsatte også *innen* rammen av frihetsberøvelsen.

Hensynet til rettssikkerhet kan tenkes å komme i konflikt med flere andre verdier eller behov, noe jeg allerede har berørt. Jeg skal bare kort berøre enkelte forhold.

For det første kan klart nok hensynet til *orden og sikkerhet* tenkes å bli skadelidende. Den ferske diskusjonen i Norge om innføring av en adgang for fengselsmyndighetene til å foreta intime kroppsundersøkelser for å hindre innsmugling av narkotika i fengslene er eksempel på en konflikt av denne type. Kravet om at fanger bør ha visse verdier i fred taler klart nok *mot* f. eks. rectumundersøkelser. På den annen side står de ordens- og sikkerhetsmessige problemer som narkotika i fengslene medfører.

Ved en tilføyelse til fengselsloven nylig lot man de sistnevnte hensyn få fortrinnet. En tilsvarende konflikt vil man stå overfor på en rekke andre områder, men det er naturligvis slett ikke gitt at de hensyn som gikk av med seieren i det eksemplet jeg nevnte, alltid bør gis forrang. Jeg tror at endret utdanning, endrete krav til de ansatte og nye holdninger bør lede til at hensynet til orden og sikkerhet gis forrang i mindre utstrekning enn forholdet er i dag. En slik utvikling vil også bedre mulighetene for å gi presise regler.

Etter min oppfatning består det også en viss fare for at rettsikkerhetskravene tillegges så stor betydning at andre viktige forhold blir trent i bakgrunnen. Det er derfor grunn til sterkt å understreke at det naturligvis er en rekke andre forhold som må vies vel så stor oppmerksomhet: Det kan dreie seg om tiltak som er egnet til å bryte ned isolasjonen og bringe de innsatte ut av fengslet, om den materielle standard i fengslet, om tilgangen på de tilbud andre i samfunnet nyter godt av, f. eks. helsestell, sosiale ytelser og opplæring, og om noe så enkelt, men grunnleggende, som omgangsformer.

En mer nærliggende fare tror jeg er at kravene til rettsikkerhet gis en slik utforming at resultatet blir at *rettferdighet* og skjematisk likhet gis forrang i forhold til mildhet og medopplevelse. Eller slagordmessig: At det blir viktigere å være rettferdig, enn å være snill. En slik rigid oppfatning av hva rettsikkerhet er, vil virke konserverende på systemet og hindre en utvikling som er ønskelig. F. eks. tror jeg at det iallfall på enkelte områder har ligget et betydelig utviklingspotensial nettopp i de upresise regler som ble gitt ved fengselsloven. Hvis man f. eks. tar for seg permisjonsregelen i fengselslovens § 34, har den en slik upresis formulering. Jeg føler meg sikker på at det ville vært en umulighet i 1958 å vedta en regel som ga uttrykk for permisjonsordningen slik den i praksis fungerer idag. Derimot ville det ikke i dag være noe til hinder for å formulere loven slik at alle innsatte skulle gis permisjon. Riktignok måtte det oppstilles visse viktige unntak, men disse kunne være relativt presise. Grunnen til dette er naturligvis at man i dag vet langt mer om hvilke ulemper og fordeler permisjoner har. Og man vet også endel mer, antakelig, om hvilke omkostninger man er villig til å ta med »på kjøpet«.

Etter min oppfatning kan man generalisere disse synspunktene: Nye ordninger som innebærer redusert kontroll og økt frihet vil ofte måtte introdu-

seres gjennom prøveordninger, og gjennom vide regler som gir fengselsmyndighetene gode muligheter for å styre utviklingen. Når man har vunnet erfaring og tenkt gjennom hvilke skadevirkninger man er villig til å ta med på kjøpet, kan reglene strammes inn og presiseres. Jeg er klar over at en slik metode – hvis man kan kalle det det – lett vil kunne føre til at innsatte med den beste prognosen og de største ressursene lett kan komme til å bli privilegert, og at det kan oppstå en systematisk sosial skjevhet i praktiseringen av reglene. Uten å ha undersøkt det nærmere ville jeg f. eks. tro at en slik skjevhet ville kunne konstateres i praktiseringen av reglene om permisjon og om løslating på prøve etter 2/3 straffetid for ti eller 20 år siden. Dess mer kurante disse sakene er blitt, dess vanskeligere tror jeg det er å konstatere slike skjevheter.

Et ytterligere synspunkt som kan ses som et forsvar for løsere regler så lenge det er tale om å utvikle nye tiltak til fordel for de innsatte, er at det neppe er så alvorlig å behandle et mindretall bedre enn flertallet, som det er å behandle et mindretall dårligere enn et flertall.

Dermed er jeg tilbake der jeg startet – spørsmålet om ønskeligheten av klare og presise regler. Min påstand er altså denne: I et utviklingsperspektiv kan det være grunner som gjør at man bør akseptere og endog gå inn for skjønsmessige regler som i en fase av utviklingen gir goder til de få. Utviklingen fra fengselslovens vedtagelse til i dag viser at slike goder for de få har hatt en tendens til å bli til et gode for de mange. Dersom man i enhver situasjon er henvist til å stille opp presise rettighetsregler, er jeg redd man ville velge det alternativ ikke å etablere nye ordninger overhodet.

Når dette er sagt skal jeg villig innrømme at jeg kanskje har gjort et for stort nummer av dette synspunktet, og jeg vil understreke at man på svært mange områder ikke kan anvende det, kanskje på de aller fleste. De reservasjoner jeg har tatt kan derfor etter min mening ikke rokke ved det syn at man gjennomgående bør tilstrebe langt større presisjon i regelverket enn hittil.

Arild Kjerschow