



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 28. mai 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness

HR-2021-1155-A, (sak nr. 20-178462STR-HRET)
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 6. oktober 2020

A	(advokat Halvard Helle)
B	(advokat John Christian Elden)
C	(advokat Øivind Sterri)
mot	
Påtalemyndigheten	(førstestatsadvokat Hugo Henstein)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Bergh:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmål om kroppsvisitasjoner under varetektsfengsling medfører krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 3 eller artikkel 8, og hvordan dette i tilfelle skal kompenseres ved fastsettelsen av straff.
- (3) I 2019 ble B, A, C og tre andre personer tiltalt for ulovlig å ha innført, oppbevart, ervervet eller overdratt en meget betydelig mengde narkotika. Etter tiltalene var handlingene utført som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe.
- (4) Ved Nord-Troms tingretts dom 29. november 2019 ble B og A dømt i samsvar med tiltalen. De delene av domsslutningen som gjelder dem, lyder slik:

- «1. B, født 00.00.1978, dømmes for overtredelse av straffeloven § 232 annet ledd første punktum, jf. § 231 første ledd, jf. § 79 bokstav c, jf. § 15, til en straff av fengsel i 8 – åtte – år. Til fradrag går 636 – sekshundreogtrettiseks – dager for utholdt varetekt.
2. B dømmes til å tåle inndragning av 2 375 000 – tomillionertrehundreogsyttifemtusen – kroner, jf. straffeloven § 67.
3. A, født 00.00.1977, dømmes for overtredelse av straffeloven § 232 annet ledd første punktum, jf. § 231 første ledd, jf. § 79 bokstav c, jf. § 15, til en straff av fengsel i 9 – ni – år. Til fradrag går [766] – syvhundreogsekstiseks – dager for utholdt varetekt.»

- (5) Fordi C først på et sent tidspunkt ble utlevert til Norge, ble det for ham tatt ut en separat tiltalebeslutning og gjennomført en separat pådømmelse i tingretten. Ved Nord-Troms tingretts dom 29. januar 2020 ble han dømt i samsvar med tiltalen. Domsslutningen lyder slik:

«C, født 00.00.1987, dømmes for overtredelse av straffeloven § 232 annet ledd første straffalternativ, jf. § 231 første ledd, jf. § 79 bokstav c og § 15 til fengsel i 11 år og 6 måneder – elleve år og seks måneder.

Til fradrag går 531 dager for utholdt varetekt regnet til og med 29. januar 2020.

Videre dømmes C til å tåle inndragning av 900 000 – nihundretusen – kroner jf. straffeloven § 67.»

- (6) B, A og C anket til lagmannsretten. B anket opprinnelig over deler av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, men trakk denne delen av anken under ankeforhandlingen. Etter dette gjaldt anken fra ham straffutmålingen og inndragningen. Anken fra A gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og straffutmålingen. Anken fra C gjaldt straffutmålingen. Behandlingen i lagmannsretten skjedde samlet for alle de seks tiltalte.

- (7) Hålogaland lagmannsrett avsa 6. oktober 2020 dom, som for B, C og A har følgende domsslutning:
- «1. I Nord-Troms tingretts dom av 29. november 2019 gjøres følgende endringer for B, født 00.00.1978:
 - straffen settes til fengsel i 7 – sju – år og 10 – ti – måneder. Til fradrag i straffen går 955 – nihundreogfemtifem – dager for utholdt varetekt.
 - inndragningsbeløpet settes til 670 000 – sekshundreogsyttitusen – kroner.
 2. I Nord-Troms tingretts dom av 29. januar 2020 gjøres den endring at straffen for C, født 00.00.1987, settes til fengsel i 11 – elleve – år. Til fradrag i straffen går 782 – sjuhundreogåttito – dager for utholdt varetekt.
 3. A, født 00.00.1977, dømmes for overtredelse av straffeloven § 232 andre ledd første punktum, jf. § 231 første ledd, jf. § 79 første ledd bokstav c, jf. § 15, til en straff av fengsel i 10 – ti – år og 6 – seks – måneder. Til fradrag i straffen går 1 078 – ettusenogsyttiåtte – dager for utholdt varetekt.»
- (8) Alle de seks tiltalte anket til Høyesterett. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 16. februar 2021 ble ankene fra B, A og C tillatt fremmet så langt de gjelder varetektsfradrag på grunn av kroppsvisitasjon. For øvrig ble ankene ikke tillatt fremmet.
- (9) Kompensasjon for uberettigede kroppsvisitasjoner under varetektsfengslingen var ikke tema under behandlingen i lagmannsretten, men ble aktualisert blant annet som følge av Høyesteretts dommer 5. november 2020, HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A. B, A og C gjør gjeldende at de på samme måte som i disse dommene har krav på ekstra varetektsfradrag, beregnet slik at to tilfeller av ulovlig kroppsvisitasjon gir én dag fradrag.
- (10) Påtalemyndigheten gjør gjeldende at det i denne saken ikke foreligger en krenkelse av EMK, og at en eventuell krenkelse vil kunne kompenseres ved at krenkelsen konstateres.
- (11) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Mitt syn på saken

De faktiske forholdene

Generelt om bevisbedømmelsen

- (12) I og med at spørsmålene om kroppsvisitasjoner og betydningen av disse ved reaksjonsfastsettelsen ikke har vært behandlet i tingretten eller lagmannsretten, må Høyesteretts avgjørelse bygge på bevisførselen for Høyesterett. Det er fremlagt skriftlige forklaringer fra B, A og C og redegjørelser fra de fengslene der de har vært varetektsfengslet. Fengslene har likevel i liten grad kunnet legge frem dokumentasjon knyttet til de gjennomførte kroppsvisitasjonene. Deres opplysninger om antall visitasjoner er bygget på et usikkert grunnlag. Opplysningene om hvordan visitasjonene er gjennomført, bygger på de generelle rutinene som var gjeldende frem til september 2020.

- (13) Påtalemyndigheten har akseptert at Høyesterett bygger på de domfeltes opplysninger om antallet visitasjoner. Også når det gjelder gjennomføringen av visitasjonene, forstår jeg det slik at påtalemyndigheten aksepterer at Høyesterett i stor grad må bygge på det de domfelte har forklart. Dette er i samsvar med det utgangspunktet som følger av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) om bevis i saker som gjelder forholdene i et fengsel. Dersom den innsatte kan fremsette en detaljert og sammenhengende beskrivelse av de påklagde forhold, har staten bevisbyrden dersom forklaringen bestrides, jf. EMDs storkammerdom 20. oktober 2016 *Muršić mot Kroatia* avsnitt 128.
- (14) Som jeg kommer tilbake til, skjedde det fra september 2020 en praksisendring som følge av nye retningslinjer fra Kriminalomsorgsdirektoratet. Alle kroppsvisitasjonene som er tema i denne saken, og som jeg redegjør for i det følgende, er gjennomført før dette tidspunktet.

B

- (15) B ble arrestert i Serbia 26. mars 2018 og utlevert til Norge 18. april 2018. Han har siden sittet varetektsfengslet – det meste av tiden i Åna fengsel. I forbindelse med retts sakene har han vært fengslet i Tromsø fengsel.
- (16) B har forklart at han er blitt kroppsvisitert minst 129 ganger, herav minst 11 ganger i Åna fengsel og minst 118 ganger i Tromsø fengsel. Som nevnt har påtalemyndigheten akseptert at disse tallene legges til grunn.
- (17) Om kroppsvisitasjoner i *Åna fengsel* har han blant annet forklart følgende:

«Jeg har blitt **kroppsvisitert minst 11 ganger** under oppholdet i Åna fengsel. Herunder mener jeg at 7 av kroppsvisitasjonene skjedde ved inngang til og utgang fra fengselet, i forbindelse med overføring til/fra Tromsø fengsel. De resterende kroppsvisitasjonene mener jeg har skjedd i forbindelse med romsjekk.

Samtlige kroppsvisitasjoner skjedde rutinemessig, uten en forutgående konkret eller individuell vurdering. Ved transport mellom fengslene var jeg alltid fulgt og under oppsyn av minst to politibetjenter, også ved for eksempel toalettbesøk. Ved rutinemessige eller tilfeldige cellesjekker ble det tidvis også gjennomført kroppsundersøkelse.»

- (18) B har forklart blant annet følgende om kroppsvisitasjonene i *Tromsø fengsel*:

«Jeg mener jeg har blitt **kroppsvisitert totalt 118 ganger** under mitt opphold i Tromsø fengsel. Herunder mener jeg at 1 av kroppsvisitasjonene skjedde da jeg først ankom fengselet etter transport fra fengselet i Serbia, 7 ved innkomst til eller utgang fra fengselet i forbindelse med transport til og fra Åna fengsel. De resterende kroppsvisitasjonene skjedde i forbindelse med besøk fra min advokat eller fra politiet, og før og etter hvert rettsmøte i tingretten og lagmannsretten, samt fengslingsmøter.

Samtlige visitasjoner ble utført rutinemessig, og var ikke basert på konkrete vurderinger eller mistanker mot meg. Dette ble bekreftet av lappen man får utdelt ved visitasjon, der det er krysset av for 'rutine' som grunnlag for visitasjonen.»

- (19) Han har blant annet forklart følgende om gjennomføringen av visitasjonene:

«Kroppsvistasjonene har konsekvent blitt gjennomført ved at jeg har måttet kle av meg alle klær på både over- og underkroppen samtidig, og sette meg ned i knebøy under påsyn av to til tre fengselsbetjenter. En eller flere av fengselsbetjentene undersøker også klærne.

I Tromsø skjedde slik kroppsvistasjon minst to ganger med en kvinnelig betjent til stede. Selv om den kvinnelige betjenten snudde ryggen til når jeg var naken, undersøkte hun klærne mine, noe som var ubehagelig.»

- (20) Tromsø fengsel har i brev 25. mars 2021 til Bs forsvarer beskrevet gjennomføringen av kroppsvistasjoner på følgende måte:

«Hjemmel for visitasjonene var straffegjennomføringsloven § 28 og dens retningslinjer. Visitasjonene ble gjennomført rutinemessig, som var en praksis ved fengslet forut for 21.09.20. Kroppsvistasjonene ble i perioden gjennomført ved at innsatte måtte ta av seg alt av tøy for gjennomgang av tøyet og besiktelse av naken hud. Rutinen for visitasjonene var at de skulle bli gjennomført på en så skånsom måte som mulig og bruk av minst mulig tid. For eksempel så ble underbuksen det siste innsatte tok av seg og det første de tok på seg igjen. I flere tilfeller måtte innsatte kun ta underbuksen ned til knærne før de kunne trekke den på seg igjen. Det anslås at innsatte sto helt naken i maks 10–15 sekunder. Rutinen ved fengslet inneholdt ikke bruk av speil under kroppsvistasjonene eller at innsatte måtte stå på huk.»

- (21) Selv om fengselet opplyser at rutinen ikke innebar at innsatte måtte stå på huk, bygger jeg, ut fra det som er påpekt, på Bs forklaring om at han måtte sette seg i knebøy i forbindelse med visitasjonene.

A

- (22) A ble pågrepet 25. oktober 2017. Han satt først varetektsfengslet i Tromsø fengsel. Fra mars 2018 til juni 2019 var han i Vadsø fengsel. Fra juni 2019 har han igjen vært varetektsfengslet i Tromsø fengsel. I løpet av disse periodene har han vært kroppsvisitert 83 ganger i Tromsø fengsel og 57 ganger i Vadsø fengsel, til sammen 140 ganger. Visitasjonene ble gjennomført rutinemessig – i alle situasjoner der det fulgte av gjeldende retningslinjer.

- (23) A har forklart at han i begge fengslene måtte kle seg helt naken og sette seg på huk ved kroppsvistasjonene. Jeg bygger på denne forklaringen.

C

- (24) C ble pågrepet i Spania 23. august 2018 og utlevert til Norge 15. oktober 2019. Han har siden sittet varetektsfengslet ved Romerike fengsel, Ullersmo avdeling. I noen perioder har han likevel vært overflyttet til Tromsø fengsel. Det må bygges på at han totalt har vært kroppsvisitert 73 ganger.

- (25) Ullersmo har ført protokoll over gjennomførte kroppsvisitasjoner. Denne viser totalt 16 visitasjoner. C gjør likevel gjeldende at det totale antallet er 37. Ut fra det jeg har påpekt om bevisbyrden, legges Cs forklaring til grunn.
- (26) Ullersmo har opplyst at visitasjoner ble foretatt i de situasjonene retningslinjene tilsa dette, og at det ikke ble foretatt noen individuell vurdering. Fengselet gjennomførte etter en rutineendring i 2018 visitasjoner trinnvis – det vil si at den innsatte ikke var naken på både over- og underkroppen samtidig. C har forklart – og jeg bygger på – at han ved enkelte anledninger måtte foreta knebøy under visitasjon.
- (27) I Tromsø fengsel ble C kroppsvisitert 36 ganger. Alle visitasjonene ble gjennomført rutinemessig. I Tromsø måtte C kle seg helt naken. Hans forklaring om at han «ved flere anledninger» måtte bøye seg ned på huk (dyp knebøy), legges til grunn.

Rettslige utgangspunkter

Regelverk og generelle retningslinjer i Norge

- (28) Hjemmelen for kroppsvisitasjon i fengsler er straffegjennomføringsloven § 28. Det følger av første punktum at kriminalomsorgen kan «undersøke innsatte ... for å forebygge uorden eller straffbar handling». Etter andre punktum kan undersøkelsen blant annet skje ved «kroppsvisitasjon».
- (29) I forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring lyder § 3-25 første og femte ledd slik:

«For å forebygge eller kartlegge uorden eller straffbare handlinger kan det foretas undersøkelse av innsattes person, rom og eiendeler.

...

Undersøkelse kan foretas ved ankomst, til enhver tid under straffegjennomføringen og før og etter utganger. Undersøkelse av innsattes person eller eiendeler kan ved ankomst og før og etter utganger bare unnlates dersom sikkerhetsmessige grunner åpenbart ikke taler mot det. Innsatte som er løslatt, men som befinner seg på fengselets område og personer som ennå ikke har påbegynt straffegjennomføringen, men som oppholder seg på fengselets område, kan undersøkes.»

- (30) Utgangspunktet i regelverket er at altså at det skal foretas undersøkelse av den innsattes person før og etter utganger. Det er adgang til å foreta slik undersøkelse på et hvilket som helst tidspunkt. Forskriften regulerer ikke i hvilke tilfeller undersøkelse kan bestå i kroppsvisitasjon der den innsatte må kle seg helt eller delvis naken.
- (31) Frem til september 2020 ga gjeldende retningslinjer for kriminalomsorgen stor frihet til å gjennomføre undersøkelser av innsattes person, også ved kroppsvisitasjon. I retningslinjer til straffegjennomføringsloven § 28, revidert 27. oktober 2008, het det blant annet følgende:

«Undersøkelse kan foretas rutinemessig og som stikkprøver. Dette innebærer at det ikke er nødvendig med mistanke om slike forhold som nevnt over for å gjennomføre

en undersøkelse, og det er heller ikke nødvendig med konkret begrunnelse for undersøkelsen.

Undersøkelse kan foretas i form av ettersyn, visitasjon, kroppsvisitasjon og ransaking. ...

Undersøkelse må gjennomføres så hensynsfullt som mulig. ...»

(32) Ved Kriminalomsorgsdirektoratets brev 21. september 2020 ble det gitt anvisning på en praksisendring. I brevet viste direktoratet til Gulating lagmannsretts dom 10 juli 2020, LG-2019-161767, og ga uttrykk for at dommen «viser med tydelighet at kroppsvisitasjoner kan medføre krenkelse av EMK».

(33) Direktoratet viste også til United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela-reglene), der regel 52 nr. 1 lyder slik:

«Intrusive searches, including strip and body cavity searches, should be undertaken only if absolutely necessary. Prison administrations shall be encouraged to develop and use appropriate alternatives to intrusive searches. Intrusive searches shall be conducted in private and by trained staff of the same sex as the prisoner.»

(34) Direktoratet påpekte at selv om disse reglene ikke er ment å være juridisk bindende, er «de et uttrykk for konsensus om minimumsregler for behandlingen av innsatte på verdensbasis».

(35) Etter dette uttrykte direktoratet følgende:

«KDI har over lengre tid vært kjent med kritikken i forbindelse med praktisering av rutinemessige kroppsvisitasjoner av innsatte, herunder kritikken fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhet i forbindelse med besøk til fengsler med høyt sikkerhetsnivå. Kriminalomsorgen har tidligere ment at rutinemessige kroppsvisitasjoner kan begrunnes i generelle risikobetraktninger, og dersom det skal være slik at kun individuelle forhold ved innsatte og/eller besøkende utgjør relevante momenter i vurderingen, vil dette kunne langt på vei undergrave det sikkerhetsaspektet som slike undersøkelser er ment å ivareta. KDI mener imidlertid nå at omfanget av praksisen per i dag ikke kan forsvares ut ifra slike betraktninger.»

(36) På denne bakgrunn ga direktoratet anvisning på følgende praksis, betegnet som foreløpige føringer:

«Kroppsvisitasjon av innsatte, dvs. undersøkelse med avkledning og besiktigelse av naken kropp, skal ikke finne sted *rutinemessig*. Hvorvidt kroppsvisitasjon er nødvendig, skal i alle tilfeller bero på en konkret og/eller individuell vurdering. Videre må tiltaket være forholdsmessig. Dette innebærer at det alltid må foretas en avveining av nødvendigheten av tiltaket og tiltakets inngripende karakter.»

Grunnloven § 93 andre ledd og EMK artikkel 3

(37) De tiltalte gjør gjeldende at det i denne saken er gjennomført kroppsvisitasjoner i strid med forbudet mot nedverdiggende behandling i EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 andre ledd.

- (38) EMK artikkel 3 lyder slik:
- «Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»
- (39) Bestemmelsen gjelder som norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3. Det samme forbudet følger av Grunnloven § 93 andre ledd, som slår fast at ingen må utsettes for «tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Det er alternativet «nedverdiggende behandling» – på engelsk «degrading treatment» – som er det aktuelle i saken her.
- (40) EMDs praksis vil være avgjørende også ved tolkningen av Grunnloven § 93, og jeg vil derfor vurdere saken med utgangspunkt i EMK og foreliggende praksis fra EMD.
- (41) Som det er fremhevet i Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 8. juni 2017, HR-2017-1127-U, avsnitt 11, uttrykker EMK artikkel 3 fundamentale rettsstatlige verdier og respekt for den menneskelige verdighet, som begge deler også er bærende for EMK som sådan.
- (42) I avsnitt 12 beskrives det nærmere innholdet i artikkel 3 slik:
- «Menneskerettsdomstolen har i sin praksis understreket at for å rammes av forbudet i artikkel 3, så kreves det et minimum av alvor – ‘a minimum of severity’/’un minimum de gravité’, jf. for eksempel storkammerdom 26. oktober 2000 *Kudla mot Polen* avsnitt 91. Om grensen er overskredet, beror på en samlet vurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på behandlingens karakter og den sammenhengen den inngår i, varigheten, de fysiske og psykiske virkningene for den som rammes, og etter forholdene også vedkommendes kjønn, alder og helsetilstand, jf. storkammerdom 15. desember 2016 *Khlaifia og andre mot Italia* avsnitt 159–160. Formålet med behandlingen er viktig, især vil det veie tungt i retning brudd dersom intensjonen nettopp er å ydmyke eller krenke. Men også for tiltak som er legitimt begrunnet utgjør artikkel 3 en grense, i den utstrekning disse i form, intensitet eller varighet går lenger enn nødvendig eller på annen måte er uforholdsmessig belastende, jf. storkammerdom 28. september 2015 *Bouyid mot Belgia* avsnitt 86–88.»
- (43) I Høyesteretts dom 5. november 2020, HR-2020-2136-A, gjennomgås EMDs praksis om anvendelse av EMK artikkel 3 ved kroppsvisitasjoner i fengsel.
- (44) Førstvoterende understreker i avsnitt 100, slik det også fremgår av det har jeg sitert fra HR-2017-1127-U, at det for å konstatere krenkelse kreves en viss alvorgrad – «a minimum level of severity». Det må også være et inngrep som går utover de belastninger som uunngåelig følger av behandlingen eller straffen. I EMDs dom 22. oktober 2020 *Roth mot Tyskland*, som gjelder kroppsvisitasjon, uttrykkes dette slik i avsnitt 64:
- «Furthermore, the suffering and humiliation must in any event go beyond the inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment»
- (45) I HR-2020-2136-A avsnitt 108 foretar førstvoterende følgende oppsummering av EMDs praksis:

«Det fremgår av det jeg kort har vist til fra EMDs praksis at en rekke momenter må trekkes inn i vurderingen av om en innsatt har blitt utsatt for nedverdige behandling. Av særlig betydning for saken her nevner jeg at kroppsvisitering i fengsel kan godtas av sikkerhetsmessige grunner og for å opprettholde orden. Men det kreves en akseptabel begrunnelse. Rutinemessige kroppsvisitasjoner uten nærmere begrunnelse er funnet å være i strid med artikkel 3. Undersøkelsen må utføres med tilbørlig respekt for den menneskelige verdighet. Formålet må ikke være å nedverdige den innsatte.»

- (46) Jeg bygger på denne oppsummeringen, men vil tilføye og presisere på enkelte punkter.
- (47) EMD aksepterer at kroppsvisitasjon, selv om den isolert sett innebærer et betydelig inngrep overfor den enkelte, i mange tilfeller må godtas ut fra hensynet til sikkerhet og orden i institusjonen.
- (48) EMDs dom 12. juni 2007 *Frérot mot Frankrike* er etter mitt syn illustrerende. I avsnitt 40 beskrives de rutineene som var gjeldende, blant annet slik:

«The prisoner must undress completely. The officer in charge of the search examines the prisoner's hair, ears and mouth; the prisoner has to open his mouth, cough, lift his tongue and 'where necessary' remove any false teeth. The officer also checks the prisoner's armpits by making him raise and lower his arms, before inspecting the hands, asking him to keep the fingers apart; the feet are also examined, in particular the arch of the foot and the toes. The prisoner must also spread his legs apart so that the officer can ensure that no objects are being concealed in the crotch area. Lastly, 'in the specific case of searches for prohibited objects or substances', the prisoner may be required to bend over and cough (with the buttocks facing the officer carrying out the search, clearly in order to permit a visual inspection of the anus) ... »

- (49) EMD anerkjente i avsnitt 41 at innsatte kan oppfatte en slik kroppsvisitasjon som en krenkelse av deres verdighet. Ordningen ble likevel beskrevet som generelt akseptabel – «generally appropriate». I denne sammenheng uttalte EMD videre:

«Viewed in isolation, a strip-search conducted in that manner, which in practical terms is necessary to ensure prison security or prevent disorder or crime, is not incompatible with Article 3 of the Convention; unless there are special circumstances relating to the situation of the person undergoing them, it cannot be said that in principle such searches involve an element of suffering or humiliation going beyond what is inevitable ... »

- (50) Ordningen kunne altså ikke generelt anses som uakseptabel. Dette gjaldt selv om visitasjonene i dette fengselet fremsto som inngripende blant annet ved at de kunne omfatte en plikt til å bøye seg fremover og hoste for at det skulle gjennomføres en særlig inspeksjon av anus.
- (51) Om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 3, beror på en sammensatt vurdering. Som det er fremhevet i det jeg har sitert fra HR-2020-2136-A avsnitt 108, har EMD i denne sammenheng lagt stor vekt på den begrunnelsen som er gitt for gjennomføring av kroppsvisitasjon. Hvis visitasjoner gjennomføres rutinemessig uten noen vurdering av hvilken fare som foreligger, har EMD i mange tilfeller konstatert krenkelse. Det gjelder både der visitasjonene er gjennomført som en fast ordning, og der de bygger på tilfeldig uttrekning.

(52) Når EMD i Frérot-dommen kom til at det forelå krenkelse, var det bygget på en slik vurdering. Domstolen fremhevet i avsnitt 47 for det første at den innsatte hadde blitt holdt i mange fengsler, men at bare dette fengselet hadde den rutinen som var beskrevet. Videre var visitasjonene ikke bygget på noen konkret mistanke i det enkelte tilfellet. Domstolen bemerket i den sammenheng:

«In fact, it appears from the applicant's undisputed submissions that in the prison concerned, when detainees were searched after each visit, they were systematically ordered to 'bend over and cough'. In other words, there was a presumption in that prison that any prisoner returning from the visiting room was concealing objects or substances in the most intimate parts of his body.»

(53) Kroppsvisitasjon ble altså gjennomført som en fast ordning, etter hvert besøk.

(54) Også i den nyere Roth-dommen, avsagt 22. oktober 2020, synes EMD å ha lagt avgjørende vekt på at kroppsvisitasjonene ikke bygde på noen konkret farevurdering. EMD fremhevet i avsnitt 70 blant annet at «[n]o concrete security concerns relating to the applicant had either been discernible or brought forward by the domestic authorities». Det fremgår at i den saken ble kroppsvisitasjoner gjennomført ut fra et tilfældighetsprinsipp, slik at visitasjon ble gjennomført overfor én av fem fanger innenfor en bestemt tidsperiode. Visitasjonene ble gjennomført også ved besøk fra offentlige tjenestemenn, herunder fra ansatte i en domstol i forbindelse med forberedelse av straffesaken.

(55) At EMDs praksis retter seg mot rutinemessig gjennomføring av kroppsvisitasjon, kan ikke rekke så langt at det alltid kreves en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle og for hver enkelt innsatt. Det avgjørende må være at både utformingen av regler og rutiner og praktiseringen av disse bygger på en vurdering av hvilken fare som foreligger, holdt opp mot hensynet til den innsattes verdighet.

(56) Jeg nevner at de avgjørelsene fra EMD der det er konstatert krenkelse av EMK artikkel 3, i stor utstrekning gjelder rent rutinemessige undersøkelser etter besøk i fengselet. EMDs dom 4. februar 2003 *Van der Ven mot Nederland* omfattet riktignok også visitasjoner etter besøk hos frisør, tannlege og lignende, men det sentrale i saken synes å ha vært at klageren samlet var underlagt svært strenge sikkerhetstiltak. Så vidt jeg kan se, omhandler ingen av avgjørelsene første gangs innsettelse i varetekt eller passering ut eller inn der tiltalte ikke har vært under løpende oppsyn eller underlagt andre sikkerhetsrutiner.

Vurderingene i denne saken

Foreligger det krenkelse av Grunnloven § 93 andre ledd og EMK artikkel 3?

(57) Visitasjonene som denne saken gjelder, ble i hovedsak gjennomført på samme måte som i sakene i HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A. De tiltalte måtte kle seg helt nakne og sitte på huk. Måten visitasjonene ble gjennomført på her og i de tidligere sakene for Høyesterett, kan fremstå som noe mindre inngripende enn det som har vært tilfelle i sentrale saker for EMD, jf. blant annet min redegjørelse for saksforholdet i Frérot-dommen. Det er likevel tale om tiltak som setter den innsatte i en situasjon som kan oppleves som nedverdiggende. Slik også de nevnte avgjørelsene fra Høyesterett bygger på,

kan slike forskjeller i gjennomføringen ikke i seg selv være avgjørende ved vurderingen etter EMK artikkel 3.

- (58) Kroppsvisitasjonene i denne saken skjedde ut fra de rutinene som gjaldt for de aktuelle fengslene i de aktuelle tidsperiodene. Som påpekt er alle visitasjonene gjennomført før praksisendringen i september 2020. Alle de tre tiltalte har fortsatt sittet i varetekt etter dette tidspunktet, men ut fra det opplyste har ingen av dem i denne perioden vært utsatt for kroppsvisitasjoner.
- (59) For alle de tre tiltalte må det legges til grunn at visitasjonene skjedde rutinemessig ved passering ut eller inn av fengselet eller i forbindelse med besøk, uavhengig av hvilke kontrolltiltak som for øvrig var gjennomført. Visitasjon ble også gjennomført i forbindelse med overføring fra et fengsel til et annet, selv om den innsatte hele tiden hadde vært under bevoktning. Det er ikke påvist at visitasjonene bygget på noen konkret vurdering om at det forelå en fare for den tiltalte skulle bringe med seg noe inn i fengselet eller ut av fengselet. Det ble dermed ikke foretatt konkrete vurderinger knyttet til den enkelte innsatte eller til omstendighetene i det enkelte tilfellet, og heller ikke knyttet til situasjonen i fengselet.
- (60) De tre var tiltalt i en alvorlig narkotikasak. Det kan hevdes at dette generelt ga en forhøyet risiko for at de ville forsøke å bringe narkotika inn i fengselet. Ut fra det jeg har påpekt, kan imidlertid ikke en slik generell antakelse gi grunnlag for å gjennomføre rutinemessige kroppsvisitasjoner uten at det er foretatt en konkret vurdering. Det foreligger heller ikke dokumentasjon fra fengslene av at mistanken om deltakelse i alvorlig narkotikakriminalitet faktisk ble vektlagt i forbindelse med beslutningene om å gjennomføre kroppsvisitasjoner.
- (61) For C foreligger det enkelte særlige forhold. Det er opplyst at han 23. oktober 2019 avga urinprøve med positivt utslag på THC-syre. Videre viste en alkoholtest gjennomført 16. november 2019 en alkoholkonsentrasjon i blodet på 0,46 promille. Slike omstendigheter vil utvilsomt kunne inngå som en del av en konkret begrunnelse for å gjennomføre kroppsvisitasjon av en innsatt i bestemte situasjoner innenfor en viss periode. I dette tilfellet er det imidlertid ingen holdepunkter for at de positive prøvene var noen del av grunnlaget for gjennomføring av kroppsvisitasjoner av C ved Romerike fengsel, Ullersmo avdeling.
- (62) Det er videre opplyst fra Ullersmo at visitasjonene av C der skjedde trinnvis. En slik fremgangsmåte må anses å gjøre visitasjoner noe mindre inngripende. Kriminalomsorgsdirektoratets foreløpige føringer 21. september 2020 bygger også på dette når det i punkt 3 der heter:
- «I tilfeller der kroppsvisitasjon anses som nødvendig, skal undersøkelsen alltid gjennomføres trinnvis. Dette innebærer at innsatte aldri skal være helt naken, men at vedkommende skal få tilbake klær på overkroppen før plagg nedentil fjernes.»
- (63) At denne fremgangsmåten er benyttet for enkelte av de kroppsvisitasjonene C er utsatt for, kan likevel ikke være tilstrekkelig til at disse visitasjonene holdes utenfor ved vurderingen av om det foreligger krenkelser av EMK artikkel 3.
- (64) For alle de tre tiltalte må det det sentrale for vurderingen opp mot EMK artikkel 3 være at kroppsvisitasjonene er gjennomført i et stort antall på et rent rutinemessig grunnlag. At antallet er lavere enn i HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A, der det var tale om

henholdsvis 617 og 506 visitasjoner, kan etter mitt syn ikke utgjøre noen avgjørende forskjell så lenge antallet kroppsvisitasjoner uansett er meget stort.

- (65) Min konklusjon etter dette er at det for de tre tiltalte foreligger en krenkelse av Grunnloven § 93 andre ledd og EMK artikkel 3.
- (66) Det er på det rene at kroppsvisitasjon også kan innebære brudd på EMK artikkel 8, se HR-2020-2136-A avsnitt 107 med videre henvisning til EMDs dom 1. juni 2017 *Dejneki mot Polen*. I og med at jeg er kommet til at det her foreligger brudd på artikkel 3, er det ikke grunn for meg til å gå inn på artikkel 8.

Kompensasjon og den nærmere beregningen av varetektsfradrag

- (67) Når det foreligger brudd på EMK artikkel 3, har de tiltalte krav på «an effective remedy», jf. EMK artikkel 13 og drøftelsen i Roth-dommen avsnitt 75 følgende. Med det høye antallet kroppsvisitasjoner som det er tale om her, kan en ren konstatering av krenkelsen ikke være tilstrekkelig.
- (68) I HR-2020-2136-A og HR-2020-2137-A ble kompensasjon gitt gjennom ekstra varetektsfradrag på én dag for to ulovlige kroppsvisitasjoner, se drøftelsen i HR-2020-2136-A avsnitt 113 og 114. Partene er enige om at i den utstrekning det i denne saken konstateres brudd på EMK artikkel 3, bør det gis kompensasjon på tilsvarende måte.
- (69) Kompensasjonen settes etter dette til 65 dager ekstra fradrag for B, 70 dager for A og 37 dager for C.
- (70) De tiltalte sitter fortsatt i varetekt.
- (71) For B er partene enige om at varetektsfradraget per 12 mai 2021 utgjorde 1 173 dager. Med tillegg av 16 dager frem til domsavsigelsen og kompensasjon med 65 dager blir fradraget for ham 1 254 dager.
- (72) For A er partene enige om at varetektsfradraget per 12 mai 2021 utgjorde 1 296 dager. Med tillegg av 16 dager frem til domsavsigelsen og kompensasjon med 70 dager blir fradraget for ham 1 382 dager.
- (73) For C er partene enige om at varetektsfradraget per 12 mai 2021 utgjorde 1 000 dager. Partene er videre enige om at han skal ytterligere fradrag for 6 dager som følge av isolasjon i forbindelse med covid-19-pandemien. Med tillegg av 16 dager frem til domsavsigelsen og kompensasjon med 37 dager blir fradraget for ham 1 059 dager.

Konklusjon

(74) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, gjøres for B den endring at varetektsfradraget settes til 1 254 dager.
2. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 3, gjøres for A den endring at varetektsfradraget settes til 1 382 dager.
3. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2, gjøres for C den endring at varetektsfradraget settes til 1 059 dager.

(75) Dommer **Thyness:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(76) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.

(77) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(78) Dommer **Webster:** Likeså.

(79) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, gjøres for B den endring at varetektsfradraget settes til 1 254 dager.
2. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 3, gjøres for A den endring at varetektsfradraget settes til 1 382 dager.
3. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2, gjøres for C den endring at varetektsfradraget settes til 1 059 dager.