

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vilkårlig frihetsberøvelse etter sivile og politiske rettigheter art. 9 nr. 1 og nr. 3

En vurdering av sivile og politiske rettigheter art. 9 i lys av FNs
menneskerettighetskomité sin praksis

Kandidatnummer: 534

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17977



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens problemstillinger og aktualitet.....	1
1.2	Plassering av temaet i rettssystemet og avgrensning.....	2
1.3	Juridisk metode	5
1.3.1	Folkerettens kilder.....	5
1.4	Den videre fremstillingen.....	9
2	KOMPETANSEN TIL Å BESLUTTE TVANGSMIDLER ETTER NORSK RETT	10
3	SP ART. 9 NR. 1 – FORBUDET MOT VILKÅRLIG FRIHETSBERØVELSE	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Retten til personlig frihet etter SP. art. 9 nr. 1.....	13
3.3	Retten til personlig sikkerhet etter SP. art. 9 nr. 1.....	16
3.4	Rettmessig frihetsberøvelse etter SP. art. 9 nr. 1.....	16
3.4.1	Legalitetsprinsippet et lovlighetskrav	17
3.5	Forbudet mot vilkårlighet.....	20
3.5.1	Vilkårlighetsvurderingen	21
3.5.2	Frihetsberøvelsen er vilkårlig.....	28
3.5.3	Når er frihetsberøvelsen ikke vilkårlig?.....	33
4	SP ART. 9 NR. 3	36
4.1	Innledning.....	36
4.2	”Promptly”-kravet	36
4.2.1	Ordlyd i endring?	40
4.3	Judge or other officer authorized by law.....	42
4.4	Fortsatt varetekt.....	43
4.4.1	Within a reasonable time.....	43
4.5	Right to release pending trial.....	48
4.5.1	Garantier.....	49
5	AVSLUTNING	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstillinger og aktualitet

Jeg behandler utvalgte komitéuttalelser, hvor rekkevidden og vurderingen av sivile og politiske rettigheter¹ (heretter SP) art. 9 nr. 1 og 3 undersøkes.

Bestemmelsens forbud mot vilkårlighet er ikke klarlagt i menneskerettighetskomiteens (heretter HRC) generelle kommentarer, men er nærmere presisert i klagesaker. Det utarbeides et forslag til ny generell kommentar, som har til formål å klargjøre komiteens praksis. Avhandlingen har til formål å klargjøre dagens praksis.

Utgangspunktet for statenes adgang til pågripelse og fengsling er den såkalte ”uskyldspresumpsjonen”. Den innebærer at enhver skal anses uskyldig inntil det er bevist at han eller hun er skyldig. Uskyldspresumpsjonen verner enhver mot å bli ilagt skyld på annen måte enn ved fallende dom.

Staten har i enkelte situasjoner behov for å benytte tvangsmidler mot personer allerede når vedkommende er mistenkt for straffbare handlinger, altså før en domfellelse. Ett av disse tvangsmidlene er varetektsfengsling. ”Varetekt” er innsettelse i fengsel i forbindelse med etterforskning av straffbare forhold, uten at det foreligger endelig dom. Varetektsfengsling er reelt sett et unntak fra uskyldspresumpsjonen, i og med at siktede på en måte anses ”skyldig” uten å ha fått sin sak prøvd etter den mest betryggende saksbehandling. Dette tilsier at varetektsfengsling forutsetter en viss skyldvurdering, selv om beviskravene ikke er de samme som for fallende dom, og dessuten kreves en betryggende saksbehandling selv om kravene ikke nødvendigvis trenger å være de samme som for en fallende dom.

Spørsmålene rundt frihetsberøvelse er særdeles aktuelle både nasjonalt og internasjonalt. På nasjonalt plan er menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven,² på internasjonalt plan utarbeides en ny generell kommentar til SP-konvensjonen.

Merete Havre har nylig skrevet en Phd-avhandling om proporsjonalitetsprinsippet for varetektsfengsling etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen³ (heretter EMK) art. 5. Avhandlingen fikk meg til å undersøke nærmere hvor grensene til SP går i forhold til

¹ Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

² Kongeriket Norges Grunnloven 17.05.1814

³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950.

frihetsberøvelse. I juridisk teori er det skrevet omfattende om EMK og norsk rett, mens SP er utelatt eller kun kort nevnt i lærebøkene. EMK og SP er norsk rett, jf. menneskerettsloven.⁴ Hvorfor skrives det ikke i like omfattende grad om SP som om EMK?

Frihetsberøvelse er noe av det mest inngripende en stat kan utsette et menneske for. Hvilke plikter har den enkelte stat etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, og hvilke minimumsrettigheter har individet? Hvilke plikter pålegger bestemmelsen staten?

Avhandlingen har som formål å redegjøre for HRC sin praksis rundt bestemmelsen, dette for å belyse hvordan den generelle kommentaren som skal komme, kan bli. Hvordan har utviklingen fra den generelle kommentaren i 1982⁵ utviklet seg frem til dagens forslag i 2014?⁶

1.2 Plassering av temaet i rettssystemet og avgrensning

SP art. 9 nr. 1 og 3 lyder som følger:

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

Ved henvisning i lov om menneskerettigheter⁷ § 2 nr. 3 ble den internasjonale konvensjonen SP gjort til en direkte del av norsk rett. Paragraf 3 angir at konvensjonen ved motstrid med annen lov skal gis forrang. Dette innebærer at straffeprosesslovens⁸ bestemmelser vil bli underlagt en innskrenkende fortolkning dersom disse skulle være i strid med Norges

⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.05.1990 nr. 30.

⁵ General comment no. 8.

⁶ General comment no. 35.

⁷ Menneskerettsloven 21.05.1990 nr. 30.

⁸ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. Mai 1981 nr. 25.

folkerettslige forpliktelser. Dette følger også av ”sektormonismeprinsippet” som på dette punktet følger av straffeprosessloven § 4. Det betyr at SP var en del av norsk intern rett på straffeprosessens område også før menneskerettsloven av 1999.

I norsk rett har vi nettopp hatt et 200 års grunnlovsjubileum, hvor menneskerettighetene har vært gjenstand for stor diskusjon. Resultatet ble et helt nytt kapittel E. med overskriften ”Menneskerettigheter” i Grunnloven (heretter GrL).

Grunnloven § 92 henviser nå spesifikt til Norges bindende traktater om ”menneskerettigheter” i kapittel E. Den viktigste bestemmelsen i forhold til dette temaet er GrL. § 94. Bestemmelsen gjelder alle former for frihetsberøvelse. Den gjelder både etter straffeprosessloven, barnevernsloven, utlendingsloven og psykisk helsevernloven. Det oppstilles videre et lovkrav, som innebærer en materiell begrensning på frihetsinngrep. Videre må dette inngrepet være ”... nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep”. Ved straffeprosessuelle frihetsinngrep skal det foretas en domstolskontroll, mens det ved andre frihetsinngrep kan gis adgang til en slik kontroll. Bestemmelsen lister ikke opp hvilke tvangsinngrep som kan foretas, noe som gjør at den innholdsmessig likner på bestemmelsen i SP. art. 9.⁹

Proporsjonalitetskravet følger ikke direkte av ordlyden i SP. art. 9, men er blitt til etter tolkning av HRC. Dette er også en rettslig begrensning etter EMK art. 5, selv om det heller ikke her følger eksplisitt av bestemmelsen.¹⁰

SP art. 9 nr. 2 til nr. 5 stiller prosessuelle og personelle krav. SP art. 9 gir enhver som er frihetsberøvet rett til underretning om frihetsberøvelsesgrunnen og rett til domstolskontroll av lovligheten til inngrepet, se. nr. 2 og nr. 4.¹¹ SP art. 9 nr. 2 krever at det gis underretning om frihetsberøvelsen ”at the time of arrest” og underretning om siktelsen gjøres ”promptly”. Retten til domstolskontroll på et senere stadium av frihetsberøvelsen følger av SP art. 9 nr. 4, og effektiviserer vernet etter SP art. 9 nr. 3.¹² SP art. 9 nr. 5 gir rett til erstatning dersom det har skjedd en konvensjonsstridig frihetsberøvelse. Jeg avgrenser mot de spørsmål disse bestemmelsene reiser.

Det avgrenses videre mot avvsningsgrunnene hva gjelder den prosessuelle siden etter SP TP1 art. 1, 2, 3 og 5 og HRCs ”Rules of procedure” av hensyn til avhandlingens omfang.

⁹ <http://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1814-05-17/§94> - Havres merknad.

¹⁰ <http://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1814-05-17/§94> - Havres merknad.

¹¹ Jebens (2004) s. 86.

¹² Jebens (2004) s. 263.

Avhandlingen vil av hensyn til omfanget begrenses mot retningslinjer utarbeidet av WGAD¹³ og barns rettigheter. Det avgrenses mot FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, for oppgaven retter seg mot SP sin regulering av menneskerettighetene. Oppgaven er begrenset til å ta for seg noen aktuelle HRC avgjørelser i den grad de belyser oppgavens hovedspørsmål. EMK og norsk rett vil bli kommentert i den grad de kan belyse oppgaven, men vil ikke bli behandlet i et stort omfang.

Rettsåndhevelsesarrest gir hjemmel for pågrepelse og fengsling ved grove lovbrudd når det foreligger forhold som ”i særlig grad styrker mistanken”, selv om tilleggsvilkårene etter § 171 ikke er oppfylt. Utgangspunktet er at vedkommende ikke skal holdes fengslet jf. SP art. 9 nr. 3 annet punktum. Av hensyn til avhandlingens omfang vil det avgrenses mot spørsmålet som omfatter rettsåndhevelsesarrest.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ble vedtatt av FN i 1966. Konvensjonen ble ratifisert i 1972 av Norge og den trådte i kraft 1976.

Menneskerettighetskomiteens hovedoppgave er å overvåke og sikre gjennomføringen av SP.¹⁴ Komiteen har etter SP art. 40 nr. 4 kompetanse til å utarbeide ”general comments”. Kommentarene skal gjenspeile den internasjonale praksis på området og fortolkningen av denne. Kommentarene utdyper, forklarer, avgrenser og presiserer bestemmelsene i SP ut fra komiteens syn.¹⁵ Kommentarene er ikke rettslig bindende, men de gir verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av SP. Forarbeidene er kun ansett som et supplerende tolkningsmoment, og vil i avhandlingen kommenteres der det kan belyse problemstillinger nærmere.¹⁶

Et av oppgavens spørsmål blir da; Tolker HRC SP art. 9 på samme måte som Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter EMD) tolker EMK art. 5?

Likheter og forskjeller vil bli kommentert nærmere underveis i avhandlingen, men av hensyn til avhandlingens størrelse vil vurderingen primært knytte seg til HRC sin praksis.

Hvordan kan enkeltindivider få gjennomført disse rettighetene, hvordan plikter statene å gjennomføre disse, og hva kan skje dersom statene bryter disse pliktene de har etter SP? Det stilles her både prosessuelle og materielle krav.

Stater som har tilsluttet seg menneskerettighetskonvensjonen, er forpliktet til å følge

¹³ Report of the Working Group on Arbitrary Detention (A/HRC/22/44) avsnitt 61 – 24. desember 2012.

¹⁴ Høstmølingen (2012) s. 367.

¹⁵ Høstmølingen (2012) s. 373.

¹⁶ Høstmølingen (2012) s. 95.

konvensjonens bestemmelser. Staten plikter å fremlegge periodiske rapporter om hva den har gjort for å gjennomføre de forpliktelsene konvensjonene pålegger den. Individklageadgangen følger ikke av selve konvensjonen, til forskjell fra EMD, men følger av en valgfri tilleggsprotokoll. Det innebærer at en klage bare kan rettes mot stater som er tilsluttet klageordningen. Dette følger av statssuverenitetsprinsippet som er nedfelt i FN-pakten¹⁷ art. 2 nr. 1 og i statuttene til International Court of Justice¹⁸ (heretter ICJ) artikkel 38 nr. 1 bokstav a.¹⁹

Klageren må ha uttømt de nasjonale rettsmidler for å kunne foreta individklage, jf. SP art. 2. Komiteen kan behandle klager fra individer, men til forskjell fra EMD kan den ikke treffe bindende avgjørelser.

Komiteen har ikke kompetanse til å pålegge statene oppretting eller kompensasjon, i motsetning til EMDs kompetanse til å avsi bindende avgjørelser etter EMK art. 41. I praksis har denne forskjellen ikke hatt så stor betydning, for Komiteens standpunkt aksepteres som oftest.²⁰

Ved behandling av statsrapporter kan HRC be staten om å informere om hvilke tiltak som er blitt satt i verk etter konklusjonen fra klagesaken.

Ivaretar ikke staten sine plikter, bryter den sine internasjonale forpliktelser. Det vil for Norges del foreligge et brudd på nasjonal rett, for SP anses som tidligere nevnt som norsk rett jf. menneskerettsloven.

1.3 Juridisk metode

Avhandlingen vil følge folkerettens juridiske metode. Ved tolkning av traktater er formålet å bestemme partenes gjensidige rettigheter og plikter slik de fremgår av traktaten, jf. Wienkonvensjonen.²¹

1.3.1 Folkerettens kilder²²

Rettskildelæren inneholder retningslinjer for hvordan en rettsanvender skal gå frem for å ta standpunkt til rettsspørsmål de lege lata. Med ”rettsspørsmål” sikter rettskildelæren både til

¹⁷ Charter of the United Nations (26. Juni 1945).

¹⁸ Statute of the International Court of Justice (26. Juni 1945).

¹⁹ Høstmølingen (2012) s. 113.

²⁰ Høstmølingen (2012) s. 367 og 372 og Møse (2002) s. 139

²¹ Vienna Convention on the Law of Treaties (23. Mai 1969).

²² Ruud (2011) s. 66 flg.

*”... spørsmål om hvilke regler som gjelder, og hvilket innhold de har, og til spørsmål om hvordan enkelttilfeller rettslig sett skal bedømmes.”*²³

Etter norsk rett er disse rettskildeprinsippene i stor grad uskrevne prinsipper som må utledes av høyesterettspraksis. I folkeretten følger reglene av statuttene til ICJ art. 38. Den blir ansett for å gi et alminnelig uttrykk for hvilke rettskilder som anses relevante ved fastsettelsen av gjeldende folkerett, og kommer således til anvendelse også når andre organer enn ICJ (folkerettsdomstolen i Haag) skal klarlegge folkeretten. I henhold til bestemmelsens første ledd bokstav a-c skal konvensjoner, sedvanerett og alminnelige rettsprinsipper anses som primærkilder.

Wienkonvensjonen gir detaljerte regler om traktaters tilblivelse, gyldighet, forbehold og tolkning, mens ICJ-statuttene gir oversikt over alminnelig folkerettslig metode (hvor traktater kun er én av mange kilder).²⁴ ICJ slår fast at SP-konvensjonen er en rettskilde, mens Wienkonvensjonen gir retningslinjer for tolkningen av SP.²⁵ Wienkonvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men konvensjonen anses å uttrykke alminnelig folkerettslig sedvane for traktattolkning, og er på det grunnlaget relevant ved tolkningen av konvensjoner Norge har ratifisert.

Utgangspunktet vil være traktatens ordlyd, jf. Wienkonvensjonen art. 31. Ordlyden skal fortolkes etter ordets naturlige betydning, og må ses i lys av traktatens ”object and purpose”. Hovedkilden for enhver rettslig analyse av SP vil være konvensjonsteksten. Men ettersom det dynamiske tolkningsprinsipp ikke har en direkte forankring i konvensjonens tekst, vil hovedkilden for drøftelsen være avgjørelser fra HRC. For å tolke rettighetene i lys av samfunnsutviklingen, legger HRC til grunn en dynamisk tolkning av konvensjonen.²⁶

Hensynet til konsekvens og forutberegnelighet tilsier at egen praksis skal være relevant og tillegges vekt. HRC tolker SP, og med avgjørelser skaper de forutberegnelighet når det kommer til tolkningen av konvensjonen.²⁷

Det sikrer likebehandling, som innebærer at like saker skal behandles likt. Tidligere praksis kan derfor være en retningslinje ved tilsvarende problemstilling.

²³ Eckhoff (2012) s. 15.

²⁴ Høstmølingen (2012) s. 92.

²⁵ Ruud (2011) s. 88.

²⁶ Lukowski (2004) s. 2

²⁷ Ruud (2011) s. 77.

HRC kan sikre en rasjonell arbeidsfordeling. Hver enkelt stat vil ha sin tolkning og sin metode. HRC anvender den folkerettslig metode, og derfor er det mest hensiktsmessig at den som et uavhengig organ står for den videre utvikling av konvensjonen, for dette er dens primære arbeidsområde. Formålet med HRC er å ivareta konvensjonen og sikre at konvensjonspartene overholder den. Praksis fra HRC kan sikre en effektiv behandling av konvensjonen, ved at tidligere avgjørelser benyttes som retningslinjer for nye eller lignende spørsmål.

Motstykket til dynamisk tolking er restriktiv- og bokstavtolkning, som er strengt bundet til ordlyden og ivaretar hensynet til statenes suverenitet.²⁸ Dette taler mot at HRC skal anses som en relevant kilde. En dynamisk tolkning fra HRC kan få konsekvenser konvensjonsstatene ikke var i stand til å overskue ved tiltredelse av konvensjonen.²⁹

I *Judge mot Canada*³⁰ uttalte HRC ”*The Committee considers that the Covenant should be interpreted as a living instrument and the rights protected under it should be applied in context and in the light of present-day conditions.*”³¹ Her viser HRC at den benytter seg av en dynamisk tolkning. Det tilsvarende følger av EMD.

De generelle kommentarene har ikke rettskraft overfor partene, og har heller ikke den samme rettskildemessige tyngden som individavgjørelsene har. De generelle kommentarene kan gi uttrykk for rettslige utredninger eller betenknninger.³²

Et sentralt spørsmål blir derfor; Er HRC sin praksis en relevant rettskilde i folkeretten?

Verken Wienkonvensjonen eller ICJ kommenterer folkerettens forhold til konvensjonsorganenes praksis. Statuttene til ICJ omtaler ”judicial decisions” som en subsidiær rettskilde, på linje med teori i artikkel 38 nr. 1 bokstav d. Bestemmelsen henviser til art. 59, som presiserer at rettsavgjørelser ikke er bindende prejudikater. Det betyr at de kan gå tilbake eller at avgjørelsen ikke er til hinder for å gå ytterligere skritt fremover. Sistnevnte virkning er den viktigste på menneskerettighetenes område, for det er dette som medfører at det er mulig med en dynamisk tolkning. Det innebærer at selv om HRC på ett tidspunkt angir at det ikke foreligger brudd, så kan de noen år senere ved en tilsvarende situasjon komme til at det foreligger brudd, og følgelig er det skjedd en utvikling. Dersom de måtte bygge på den

²⁸ Lukowski (2004) s. 8 og Ruud (2011) s. 93.

²⁹ Høstmølingen (2012) s. 93.

³⁰ *Judge v. Canada* 829/1998

³¹ *Judge v. Canada* 829/1998 para. 10.3.

³² Høstmølingen (2012) s. 98-99.

tidligere avgjørelsen, så ville enhver sak som konstaterer brudd stanse utviklingen. Praksis etter HRC henviser i stor grad til tidligere avgjørelser, og tillegger disse betydelig vekt.

*Diallo-saken*³³ er et eksempel på at ICJ har vektlagt både HRC sine ikke-bindende avgjørelser, jf. ”great weight” og EMD sine bindende avgjørelser jf. EMK art. 33 og 34. Rettsavgjørelser er viktig for framveksten av nye regler i folkeretten. HRC avgjørelser er utfra dette en relevant kilde ved tolkning av SP.

I lys av det overstående kan det så stilles spørsmålstegn med hvilken betydning komiteens avgjørelser har når nasjonale domstoler skal fastsette innholdet i SP?

Utgangspunktet er at de heller ikke har bindende prejudikatsvirkning i nasjonal rett.

I avgjørelsen gjengitt i Rt. 2008 side 1764 avsnitt 81 uttalte imidlertid Høyesterett at det var ”... klart at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde.” med henvisning til forarbeidene til menneskerettsloven. Avgjørelser fra HRC gis derfor ”betydelig vekt” til tross for at den i utgangspunktet ikke er bindende.

”Soft law” er eksempelvis erklæringer, anbefalinger og retningslinjer. De er ikke rettslige bindende rettskilder, og vil falle utenfor straffeprosessloven § 4 og har varierende vekt som tolkningsfaktor. Jeg vil benytte ”soft law” i omfattende grad.

Jeg vil redegjøre for HRC avgjørelser, dens generelle kommentar, anbefalinger og observasjoner. Her fremkommer det mange argumenter for tolkningen av SP, og HRC henviser til slike observasjoner, anbefalinger og generelle kommentar. Eksempelvis i Kovalev mot Hviterussland³⁴ legger HRC vekt på den generelle kommentaren. Det kan utledes mange argumenter fra slike observasjoner og anbefalinger, for det er komiteen som utfører slike observasjoner. Her kan de regulere statens praksis i overensstemmelse med konvensjonens krav etter HRCs tolkning.

Et interessant spørsmål er hvordan påvirkning grunnlovsendringen kan ha på menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Hvor står menneskerettighetene i norsk rett nå?

Av forarbeidene til grunnlovsrevisjonen uttales det at formålet var å ”... styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett...”.³⁵

³³ Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (30. november 2010).

³⁴ Kovalev v. Belarus 2120/2011.

³⁵ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 11.

Utvalget uttaler at forslaget til grunnlovsfestingen av menneskerettighetene ikke vil "... *endre det materielle innhold i dagens rettstilstand.*"³⁶ Ved å oppstille menneskerettighetene i Grunnloven, medfører endringen at det vil bli vanskeligere å endre eller sette til side bestemmelsene. Etter Grl. § 121 kreves det 2/3 flertall for å foreta en grunnlovsendring. Utvalget kommenterer den videre utviklingen nærmere:

*"Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse."*³⁷

Grunnlovsendringen går i retning av mer omfattende menneskerettigheter. Det betyr at EMD og HRC sin praksis vil ha stor innflytelse på menneskerettighetens stilling i norsk rett også i fremtiden.

1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingen vil behandle de sentrale problemstillingene som oppstår ved tolkningen av SP artikkel 9 nr. 1 og 3. Jeg vil ikke foreta en uttømmende fremstilling av alle de avgjørelser som omhandler SP artikkel 9, men behandler avgjørelser som omhandler de sentrale problemstillingene etter SP artikkel 9 nr. 1 og 3.

En av hovedproblemstillingene er å ta standpunkt til om norsk rett er i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser etter SP art. 9. For å kunne ta standpunkt til det spørsmålet er det første nødvendig å redegjøre for norsk rett, derimot behandler avhandlingen de folkerettslige forpliktelsene i større grad enn vanlig nasjonal lovgivning.

I kapittel 2 redegjøres det kort for kompetansereglene etter nasjonal rett.

I kapittel 3 redegjøres det for rekkevidden til SP artikkel 9 nr. 1.

I kapittel 4 skal det redegjøres for SP art. 9 nr. 3 sin rekkevidde. En vurdering av HRC sine avgjørelser vil bli gjort etter hver enkelt avgjørelse eller der det anses hensiktsmessig.

I kapittel 5 vil det knyttes kommentarer til avhandlingen.

³⁶ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 55.

³⁷ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 107.

2 Kompetansen til å beslutte tvangsmidler etter norsk rett

Tvangsmidler etter straffeprosessloven bryter med den personlige frihet, og det kreves derfor hjemmel for å kunne foreta inngrep i den siktedes sfære, jf. legalitetsprinsippet.³⁸

I henhold til legalitetsprinsippet må statens inngripende vedtak ha hjemmel i lov, og følgelig må en beslutning om å benytte tvangsmidler ha hjemmel i lov. Et særskilt spørsmål er hvem som er tillagt personell kompetanse til å beslutte forskjellige tvangsmidler. Kompetansen til å beslutte bruk av tvangsmidler følger av de ulike bestemmelsene som hjemler det konkrete tvangsmiddel i norsk rett. Kompetansen er fordelt mellom påtalemyndigheten og domstolene. Ransaking (§ 197) og varetektsfengsling (§ 171) er som hovedregel underlagt domstolene.

De materielle reglene for varetekt og pågrep følger av straffeprosessloven § 184 jf. § 171. Det må foreligge bestemte faktiske forhold, som må oppfylle lovens beviskrav. Beviskravet er stort sett sannsynlighetsovervekt og det omtales i loven som ”skjellig grunn” til mistanke. Rettspraksis har tolket ”skjellig grunn” som et krav om at det må foreligge objektive omstendigheter som tilsier en overveiende grad av sannsynlighet for at den siktede har gjort noe galt, altså sannsynlighetsovervekt.³⁹ Kravet om skjellig grunn er et minstekrav, og hvor sterk mistanken er utover dette vil inngå i vurderingen av om forholdsmessighetsvilkåret er oppfylt.

Straffeprosessloven § 171 (1) lister opp flere tilleggsvilkår; disse er gjentakelsesfare, bevisforspillelsesfare, unndragelsesfare og at siktede selv begjærer seg fengslet. Tilleggsvilkårene forutsetter at de generelle vilkårene i § 171 er oppfylt, og gir uttrykk for hvilke formål frihetsberøvelsen kan tjene.

Straffeprosessloven § 170a stiller krav om at tvangsmiddelet må være begrunnet, og tvangsmiddelet må ikke være et uforholdsmessig inngrep. Det oppstilles her et proporsjonalitetskrav. Proporsjonalitetskravet følger også av Grunnlovens § 94, og gjelder generelt for alle tvangsmidler og frihetsberøvelser. Det innebærer en ytterligere begrensning i rettens og påtalemyndighetens kompetanse.

³⁸ Se punkt. 3.4.1. Se. Grunnloven § 113.

³⁹ Rt-1993-1302 (s. 1303) og Rt-2006-582 (avsnitt 19).

Av hensyn til spørsmålet om det er behov for fengsling, skal dette vurderes kontinuerlig. En varetektsfengsling skal alltid besluttes for et bestemt tidsrom, og skal som hovedregel ikke overstige fire uker, jf. straffeprosessloven § 185.⁴⁰

Utgangspunktet er at det ikke er mulig for siktede etter loven å gi samtykke til bruk av tvangsmiddel. Foreligger samtykke må retten fortsatt realitetsbehandle om alle vilkår for å benytte tvangsmidlet foreligger i samtlige situasjoner, uavhengig av et foreliggende samtykke.⁴¹

⁴⁰ Hov (2010) s. 474.

⁴¹ Andenæs (2010) s. 280.

3 SP art. 9 nr. 1 – Forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse

3.1 Innledning

SP art. 9 nr. 1 fastslår at ”*everyone has the right to liberty and security of person*”.

Bestemmelsen uttaler en positiv rett for alle til frihet og personlig sikkerhet.

Ordlyden ”liberty”, kan ved en vid fortolkning forstås som frihet generelt. Derimot er dette noe alle menneskerettighetene har til oppgave å realisere. SP art. 9 sier ”liberty ... of person” noe som begrenser ordlyden ned til det enkelte individ. Artikkelen må ses i sammenheng med staters suverenitet, og dens oppgave hva gjelder å beskytte borgeren. Grunnet statsuverenitet vil myndighetene ha den fulle rett til å beskytte og disiplinere sine borgere, noe som innebærer at ordlyden ”frihet” ikke gjelder fullstendig. Ordlyden skal forstås slik at enhver har frihet fra vilkårlighet og myndighetsmisbruk, varetektsfengslingen må være fastsatt ved lov, og begrunnet.

SP art. 9 nr. 1 tredje setning fastslår et legalitetsprinsipp. Den legger til grunn at ingen skal berøves friheten, unntatt når fremgangsmåten (”such procedure”) og grunnlaget er fastsatt ved lov (”established by law”). Legalitetsprinsippet etter tredjesetning og forbudet mot vilkårlighet (”arbitrary”) i annen setning, er kumulative krav.⁴² Forbudet mot vilkårlighet er ikke klarlagt i HRC sin generelle kommentarer, men har blitt nærmere presisert i klagesaker som jeg skal behandle nærmere. Forslaget til revidering av den generelle kommentarer ønsker å klarlegge tolkningen nærmere.

Spørsmålet blir om rettighetene i artikkel 9 nr. 1 gjelder alle former for frihetsberøvelse.

SP art. 9 nr. 1 inneholder ingen oppregning av tilfeller, men forbyr vilkårlige inngrep. Det er statene som derfor må fastsette hva som skal gi adgang til frihetsberøvelse. SP art. nr. 2 og 3 omhandler straffbare handlinger, noe som tilsier at bestemmelsen sett under ett kun omfatter straffbare handlinger.

I *Vuolanne mot Finland*⁴³ var det spørsmål om retten til personlig frihet også gjør seg gjeldene i saker vedrørende militæret. Komiteen uttaler at artikkel 9 ikke skiller mellom ulike typer personer, hva gjelder sivile kontra mennesker tilknyttet det militære. Konvensjonen var ikke ment å gjelde kun en viss kategori mennesker. Den uttaler videre at forarbeidene til

⁴² Van Alphen v. Netherlands 305/1988 para. 5.8.

⁴³ Vuolanne v. Finland 265/1987.

konvensjonen og de generelle kommentarene indikerer at bestemmelsen er til for å beskytte alle menneskers rett på beskyttelse.⁴⁴ Komiteen kan derfor avgjøre saker som omhandler retten til frihet, og avgjørelser fra interne rettssystemer, som for eksempel militære avgjørelser.

Detter er også lagt til grunn i kommentarene, hvor det presiseres at tvungen psykiatri, avrusning av alkoholikere eller narkomane og mottak av asylsøkere også er individer som er beskyttet av art. 9 nr. 1.⁴⁵

Kan derimot beviskravene tolkes mindre restriktivt ved mistanke om terror?

Forslaget til ny generell kommentar tar ikke stilling til dette. Terrorsaker innebærer ofte store etterforskningsmessige problemstillinger. Bekjempelsen av terrorisme er et voksende problem i dagens samfunn, som taler for at kommentaren bør sette reelle rammer på dette punktet.

Ordlyden ”everyone” i bestemmelsen taler mot en restriktiv tolkning, i likhet med ”all individuals” etter SP artikkel 2 nr. 1 som regulerer hvem konvensjonen gjelder for. Ordlyden og praksis tilsier derfor at beviskravet ikke tolkes mindre restriktivt ved terrormistanke.

3.2 Retten til personlig frihet etter SP. art. 9 nr. 1

Det er klart at retten for et menneske til å bevege seg fritt har stor betydning. Personlig frihet etter artikkel 9 referer seg til frihet mot fysisk begrensning, og ikke en generell frihet.⁴⁶ Den setter ikke opp et komplett forbud mot statlig inngrep, men den representerer prosessuelle garantier.⁴⁷ Med personlig frihet menes friheten til fysisk bevegelse.⁴⁸

Spørsmålet er om det foreligger brudd på retten til personlig frihet hvor vedkommende har samtykket til det? Foreligger frivillig samtykke, foreligger heller ingen frihetsberøvelse i utgangspunktet. Vedkommende har selv frasagt seg friheten, vedkommende har selv en valgmulighet.

⁴⁴ Vuolanne v. Finland 265/1987 para. 9.3.

⁴⁵ General comments no. 8. Para. 1.

⁴⁶ Wackenheim v. France 854/1999 punkt 6.3.

⁴⁷ Novak (2005) s. 211.

⁴⁸ Novak (2005) s. 212.

I *Jessop mot New Zealand*⁴⁹ ble klageren frivillig med til politistasjonen og deltok i etterforskningen. Vedkommende ble underrettet to ganger om at hun var fri til å gå når som helst. HRC uttaler:

*”It is only at the end of the second interview, in which the author confessed guilt, that she was formally charged with aggravated robbery. It therefore cannot be sustained, within the meaning of article 9, paragraph 1 of the Covenant, that the author was arrested, detained, or otherwise deprived of her liberty.”*⁵⁰

Komiteen kom til at klageren ikke var berøvet sin rett til personlig frihet, ved å ha samtykket til politiavhøret. Samtykket medførte at avhøret var i samsvar med artikkelen. Komiteen uttalte også at det først forelå siktelse etter det andre intervjuet, og først her foreligger frihetsberøvelse. Dette også lagt til grunn i forslaget til ny kommentar avsnitt 6.

Hvor langt strekker den personlige friheten seg? Anses begrensninger i bosted sammen med meldeplikt at den personlige friheten anses som tapt? En begrensning i bevegelsesfriheten fører i utgangspunktet til at vedkommende mister en del av sin rett til frihet, som tilsier at det foreligger et brudd på retten til personlig frihet.

I *Celepli mot Sverige*⁵¹ ble klageren gitt restriksjoner fra myndigheten om hvor i landet han kunne oppholde seg i nesten syv år. Klageren måtte også i en femårsperiode fremstille seg for politiet tre ganger i uken.⁵² Spørsmålet var om dette var forenelig med retten til personlig frihet? HRC uttaler:

*“With regard to the author’s contention that restrictions on his freedom of movement are tantamount to a deprivation of liberty, the Committee observes that the author was free to leave Sweden and that he was not subject to unlawful detention within the meaning of article 9 of the Covenant.”*⁵³

SP art. 9 var ikke forenelig med det aktuelle tilfellet, og det forelå heller ikke brudd på den personlige friheten. Boplikt og meldeplikt er dermed restriksjoner i samsvar med kravet til personlig frihet. Klageren hadde ingen restriksjoner mot å forlate landet etter eget ønske, og

⁴⁹ Jessop v. New Zealand 1758/2008.

⁵⁰ Jessop v. New Zealand 1758/2008, para. 7.10.

⁵¹ Celepli v. Sweden 456/1991.

⁵² Celepli v. Sweden 456/1991 Para. 5.3.

⁵³ Celepli v. Sweden 456/1991 para. 6.4.

det tydet derfor på at han heller ikke var blitt berøvet sin personlige frihet. Komiteen virker å legge betydelig vekt på at klageren var ”free to leave Sweden”. Myndighetene kan gi restriksjoner på bevegelsesfriheten, så lenge restriksjonen ikke anses vilkårlig, hvis ikke foreligger ulovlig frihetsberøvelse.

Vil en obligatorisk boplikt anses som tap av den personlige friheten?

”Frihet” tilsier at enhver begrensning vil være i strid med ordlyden, men bestemmelsen må ses i sammenheng med statens behov for å beskytte og disiplinere sine borgere.

I *Karker mot Frankrike*⁵⁴ hadde myndighetene gitt klageren flere restriksjoner. Opprinnelig ble han mistenkt for terror og dermed utvist, men utvisningen ble ikke gjennomført, og han ble i stedet pålagt restriksjoner. Spørsmålet var om disse restriksjonene var å anse som et brudd på retten til personlig frihet. HRC uttaler:

*“The State party has argued that the restrictions to which the author is subjected are necessary for reasons of national security. In this respect, the State party produced evidence to the domestic courts that Mr. Karker was an active supporter of a movement which advocates violent action. It should also be noted that the restrictions of movement on Mr. Karker allowed him to reside in a comparatively wide area.”*⁵⁵

Avgjørelsen viser at personer som utgjør en fare for den nasjonale sikkerheten kan ilegges en obligatorisk boplikt, uten at dette anses som tap av den personlige friheten. I likhet med avgjørelsen over, kan vedkommende gis en boplikt innenfor et begrenset område, uten at det strider med retten til personlig frihet.

Ved vurderingen av om noen er fratatt sin personlige frihet i form av restriksjoner, må det vurderes om vedkommende er satt i et fysisk begrenset området. Videre tyder HRC sin praksis på at retten til å bevege seg fritt i landet, eller på mindre avgrensede områder som begrensninger i bosted og utvisning fra konkrete geografiske områder, ikke omfattes av artikkel 9. Det indikerer at det ved innesperring i for eksempel en bestemt bygning eller et bestemt anstalt, vil kunne foreligge et brudd på retten til personlig frihet etter artikkel 9. Det tyder videre på at artikkelen er ment å kun omfatte de alvorlige formene for frihetsberøvelse.

⁵⁴ Karker v. France 833/1998.

⁵⁵ Karker v. France 833/1998 para 9.2.

Forslaget til ny kommentar gir eksempler som fengsel, psykiatriske institusjoner, husarrest,⁵⁶ asylmottak, arbeidsleir, en bestemt bygning eller en avrusningsinstitusjon.⁵⁷

Retten til personlig frihet er ikke absolutt. Artikkel 9 erkjenner at frihetsberøvelse i visse tilfeller er berettiget, for eksempel ved håndheving av kriminalitetsbekjempelse og beskyttelse av andres rettigheter. Det er disse unntakene artikkelen har til hensikt å regulere.

3.3 Retten til personlig sikkerhet etter SP. art. 9 nr. 1

SP art. 9 nr. 1 omhandler også sikkerhet. Begrepet sikkerhet i henhold til normal forståelse av ordlyden referer seg til mer enn bare beskyttelse mot begrensning av friheten. Staten må gi garantier mot andre inngrep i den fysiske sikkerheten til personer og grupper. Beskyttelse av den fysiske integritet kan innebære å forhindre voldsutøvelse, for staten er positivt forpliktet til å beskytte borgernes fysiske integritet. Til forskjell fra EMK art. 5 blir retten til personlig sikkerhet ansett som uavhengig av retten til frihet. I *Gunaratna mot Sri Lanka*⁵⁸ og i forslaget til ny generell kommentar⁵⁹ uttales det at ordlydene ”frihet” og ”sikkerhet” skal holdes adskilt fra hverandre. Avhandlingen omfatter frihetsberøvelse, og jeg avgrenser derfor mot spørsmålet om sikkerhet.

3.4 Rettmessig frihetsberøvelse etter SP. art. 9 nr. 1

Etter artikkel 9 nr. 1 er det to tillatte begrensninger i individets rett til frihet. For det første må frihetsberøvelsen være ”*in accordance with such procedures as are established by law*”. For det andre må ikke loven selv, eller håndhevelsen av denne være vilkårlig (”arbitrary”).

HRC uttaler nærmere i *Van Alphen mot Nederland*⁶⁰:

”The drafting history of article 9, paragraph 1, confirms that ”arbitrariness” is not to be equated with ”against the law”, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability”.

Det innebærer at tolkning av ordet ”vilkårlig” ikke vil bety det samme som ”mot loven”. Avgjørelsen viser at ordlyden må vurderes opp mot hensiktsmessighet, urettferdighet og forutsigbarhet. I norsk rett kaller vi det proporsjonalitetsprinsippet.

⁵⁶ Gorji-Dinka v. Cameroon 1134/2002 para. 5.4.

⁵⁷ General comment no. 35 para. 6.

⁵⁸ Gunaratna v. Sri Lanka 1432/2005.

⁵⁹ General comment no. 35 para. 8.

⁶⁰ Van Alphen v. The Netherlands 305/1988 para 5.8.

3.4.1 Legalitetsprinsippet et lovlighetskrav

SP art. 9 nr. 1 tredje punktum oppstiller et legalitetsprinsipp. Uttrykket ”established by law” referer seg til nasjonal lovgivning. Artikkelen stiller derfor et krav om at nasjonal lovgivning må være i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser.⁶¹ Lovkravet dekker både de materielle og prosessuelle sider ved saken. Frihetsberøvelsen må være i samsvar med loven, og vedtatt i henhold til riktig fremgangsmåte.

Ordlyden ”law” indikerer at det må være en bestemmelse som er vedtatt i medhold av Stortinget, eller sedvanerett.⁶² Det innebærer at administrative bestemmelser i utgangspunktet ikke omfattes av ordlyden ”law”. Det kan derimot gis restriksjoner på den personlige friheten ved administrative bestemmelser hvis de er underlagt lovregulering, for eksempel ved forskrift. Ved frihetsberøvelse kreves hjemmel i nasjonal lovgivning, viss ikke foreligger det brudd på lovlighetskravet.⁶³

Hvilke krav stilles til den nasjonale lovgivningen?

I *McLawrence mot Jamaica*⁶⁴ omtales legalitetsprinsippet nærmere. HRC uttaler:

*”... the Committee recalls that the principle of legality is violated if an individual is arrested or detained on grounds which are not clearly established in domestic legislation.”*⁶⁵

Komiteen sier at legalitetsprinsippet er krenket dersom en person er arrestert eller anholdt på grunnlag som ikke er tydelig etablert i den nasjonale lovgivningen. Det tyder på at komiteen krever at lovgivningen er klar, tilgjengelig og forutsigbar.

HRC uttalte seg ytterligere om kravene i en *”Concluding observation” om Trinidad og Tobago*.⁶⁶

*”The Committee is concerned about ... the Police Act which enables any policemen to arrest persons without a warrant in a large number of circumstances. Such a vague formulation of the circumstances in the Act gives too generous an opportunity to the police to exercise this power.”*⁶⁷

⁶¹ Novak (2005) s. 224.

⁶² Novak (2005) s. 224.

⁶³ Se. punkt 2 for kravene etter norsk rett.

⁶⁴ *McLawrence v. Jamaica* 702/1996.

⁶⁵ *McLawrence v. Jamaica* 702/1996 para. 5.5.

⁶⁶ Joseph and Castan (2013) s. 346 [11.14].

⁶⁷ *Concluding Observations on Trinidad and Tobago* (2000) para. 16 (CCPR/CO/70/TTO).

Undersøkelsen viser at når en lovbestemmelse gir en for vid adgang til å utføre en frihetsberøvelse uten krav om arrestordre, blir dette ansett som et brudd på lovlighetskravet. Undersøkelsen stiller krav til lovgivningen, den skal være klar og presis. Oppfyller ikke nasjonal lovgivning disse kravene, vil den lett komme i strid med artikkel 9. Komiteen har begrunnet dette i hensynet til forutberegnelighet, i samsvar med komiteens avgjørelse ovenfor.

Komiteen har uttalt i forslag til generell kommentar⁶⁸ at det materielle grunnlaget for pågrep eller annen frihetsberøvelse må være fastsatt i lov. De bør også defineres med tilstrekkelig presisjon for å unngå altfor bred eller vilkårlig anvendelse. En frihetsberøvelse uten en slik rettslig tillatelse er ulovlig, og bryter med artikkel 9. Frihetsberøvelse i strid med en rettsorden er også ulovlig. Det indikerer at observasjoner også kan tillegges vekt når konvensjonen skal tolkes nærmere.

Ved å oppstille et krav om at frihetsberøvelsen ikke skal være vilkårlig, er formålet at dette skal virke som en rettssikkerhetsgaranti mot en urettferdig nasjonal lovgivning. Frihetsberøvelsen må følgelig være forankret i nasjonal lovgivning, og ikke være vilkårlig.⁶⁹ Lignende krav følger også av EMK art. 5, jf. *EMD Amuur mot Frankrike*⁷⁰ og *Nasrullojev mot Russland*⁷¹ som sier at lovgivningen må være tilstrekkelig klar, tilgjengelig og presis, slik at borgerne kan forutse sin rettsstilling. Dette tyder på at norsk rett, EMK og SP stiller samsvarende krav

Har statene en forklaringsplikt hvis det foreligger brudd på et lovlighetskrav?

Dette tok HRC stilling til i *Bolaños mot Ecuador*.⁷² Klageren ble varetektsfengslet november 1982, mistenkt for drap. Avdøde ble funnet i en dyrepark 11. september 1982 hvor klageren var ansatt. Det ble hevdet at en oberst fikk avdøde drept, for avdøde skal ha vært ansett som elskeren til oberstens kone. Etter ecuadoriansk lovgivning skal en varetektsfengsling ikke overskride 60 dager før tiltale. Tiltale ble fremsatt desember 1987. En klar overskridelse av nasjonal lovgivning.

HRC uttaler:

⁶⁸ General comment no. 35 para. 22-23.

⁶⁹ Cornelisse (2010) s. 252 og Rekkedal (2012) s. 39.

⁷⁰ EMD Amuur v. France 25.06.1996 avsnitt 50.

⁷¹ EMD Nasrullojev v. Russia 11.10.2007 avsnitt 71.

⁷² Bolaños v. Ecuador 238/1987.

”... the Committee observes that although the State party has indicated that the author was suspected of involvement in the murder of Ivan Egas it has not explained why it was deemed necessary to keep him under detention for five years prior to his indictment in December 1987.”⁷³

Spørsmålet var om fengslingen i fem år var nødvendig. Komiteen uttalte at staten ikke hadde gitt noen uttalelse eller forklaring i forhold til den manglende begrunnelsen for frihetsberøvelsen. Avgjørelsen viser at HRC vurderer om det foreligger begrunnelse på hvorfor loven eventuelt ikke overholdes. HRC uttaler videre:

”... the facts of this case disclose violations of article 9, paragraphs 1 and 3, because Mr. Floresmilo Bolaños was deprived of liberty contrary to the laws of Ecuador and not tried within a reasonable time”⁷⁴

Foreligger ikke begrunnelse eller forklaring fra staten og lovhjemmelen er overskredet, foreligger brudd på lovlighetskravet. Siktete hadde ikke blitt fremstilt etter nasjonal lovgivning, og det forelå derfor et brudd på konvensjonen.

Avgjørelsen er fulgt opp i *Israil mot Kazakhstan*⁷⁵ hvor det ble funnet brudd på artikkel 9 nr. 1. Frihetsberøvelsen var ikke i samsvar med nasjonal lovgivning, staten hadde ikke begrunnet overskridelsen, og det forelå følgelig brudd.⁷⁶

Videre er spørsmålet om en frihetsberøvelse som foretas utenfor statens eget territorium, må være lovlig både i den staten hvor frihetsberøvelsen tar plass, og hos den staten som foretar frihetsberøvelsen?

Dette tok HRC stilling til i *Domukovsky et al. mot Georgia*.⁷⁷

Her var det flere klagere som rettet sak mot Georgia. Klageren som er aktuell i forhold til avhandlingen er Domukovsky, en russisk statsborger som hadde bodd i Georgia, og søkt asyl i Aserbajdsjan. Klageren var siktet for bandittvirksomhet, utarbeidelse av terrorhandlinger og

⁷³ Bolaños v. Ecuador 238/1987 Para. 8.3.

⁷⁴ Bolaños v. Ecuador 238/1987 Para. 9.

⁷⁵ Arshidin Israil v. Kazakhstan 2024/2011.

⁷⁶ Arshidin Israil v. Kazakhstan 2024/2011 para 9.2.

⁷⁷ Domukovsky et al. v. Georgia 623, 624, 626, 627/1995.

avledningshandlinger med det formål om å svekke regjeringens stilling.⁷⁸ Georgia sendte 3. februar 1993 en forespørsel om utlevering av Domukovsky til Georgia, noe Aserbajdsjan avviste. April 1993 ble Domukovsky kidnappet av agenter fra Georgia i Aserbajdsjan. HRC uttaler:

*”Counsel for Mr. Domukovsky, however, has produced a letter from the Azerbaijan Ministry of Internal Affairs to the effect that it was not aware of any request for their arrest. In the absence of a more specific explanation from the State party of the legal basis of their arrest in Azerbaijan, the Committee considers that due weight should be given to the authors’ detailed allegations and finds that their arrest was unlawful in violation of article 9, paragraph 1, of the Covenant”*⁷⁹

Georgia hadde ikke fått en godkjennelse av Aserbajdsjan til å pågripe Domukovsky innenfor deres territorium, dette vektlegger HRC som at Georgia ikke hadde hjemmel i lov i Aserbajdsjan. Selv om inngrepet ville vært lovlig i Georgia, brøt dette med Aserbajdsjansk lovgivning, og HRC krever at frihetsberøvelsen må være lovlig i begge stater. Videre legger komiteen til grunn klagerens synspunkter, fordi staten ikke hadde gitt en tilstrekkelig begrunnelse for frihetsberøvelsen.

3.5 Forbudet mot vilkårlighet

SP art. 9 nr. 1 annet punktum sier at *”No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention”*. Med det oppstiller annet punktum et forbud mot vilkårlige frihetsberøvelser.

Forbudet omfatter loven selv, men også gjennomføringen av lovgivningen. Det innebærer at nasjonal lovgivning og anvendelsen av denne ikke kan være vilkårlig. Det følger av forarbeidene til SP art. 9 at *”vilkårlig frihetsberøvelse”* er ment å omfatte en handling som er urettferdig, uforutsigbar, urimelig eller som er blitt gjort i henhold til noens vilje eller skjønn; eller som var ubalansert, despotisk, bydende, tyrannisk eller ukontrollert.⁸⁰ Dette ble derfor en erstatning fra en ren opplisting av alle de sakstilfeller som kunne tillate frihetsberøvelse, til forskjell fra EMK.

Det innebærer at bestemmelsen oppstiller et krav om at det må foreligge proporsjonalitet mellom frihetsberøvelsen og omstendighetene i den konkrete saken.

⁷⁸ Domukovsky et al. v. Georgia 623, 624, 626, 627/1995 para. 10.2.

⁷⁹ Domukovsky et al. V. Georgia 623, 624, 626, 627/1995 para 18.2.

⁸⁰ Bossuyt (1987) s. 201.

3.5.1 Vilkårighetsvurderingen

Problemstillingen er hvilke momenter som skal inngå i vurderingen av om en frihetsberøvelse er vilkårlig?

3.5.1.1 *Fluktfare, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare*

I *Van Alphen mot Nederland*⁸¹ tok HRC stilling til dette, avgjørelsen er nevnt under pkt. 3.4. Klageren ble varetektsfengslet for mistanke om medvirkning til å forfalske dokumenter om inntektskatt. Han arbeidet som rådgivende advokat på dette feltet, og spørsmålet var om varetekten fra desember 1983 til februar 1984 var å anse som vilkårlig. Grunnen til at han var varetektsfengslet så lenge, var at myndighetene ønsket at han skulle oppgi sin yrkesmessige taushetsplikt som hans klient hadde fritatt han for. Han mente at dette var et forsøk på å få ham til å oppgi informasjon, som kunne bli brukt i etterforskning mot hans klienter og han selv. HRC uttaler:

*”The drafting history of article 9, paragraph 1, confirms that “arbitrariness” is not to be equated with “against the law”, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability. This means that remand in custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but reasonable in all the circumstances. Further, remand in custody must be necessary in all the circumstances, for example, to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime. The State party has not shown that these factors were present in the instant case.”*⁸²

Komiteen sier at en frihetsberøvelse vil kunne anses som vilkårlig hvis den fremstår som urettferdig, upassende og mangler forutsigbarhet. Ønsker man å ha vedkommende i fortsatt varetekt etter en lovlig arrestasjon, må det også ta stilling til om videre fengsling er rimelig og nødvendig etter omstendighetene. Varetektsfengsling må være nødvendig i alle tilfeller, og det listes opp tre momenter som kan vektlegges ved vurderingen av om fortsatt frihetsberøvelse er nødvendig. Det kan legges vekt på fluktfare, bevisforspillelsesfare og gjentakelsesfare. Dette er selvstendige krav, og et brudd på disse uavhengig av lovlighetskravet vil medføre et brudd på artikkel 9 nr. 1.⁸³ I denne avgjørelsen forelå brudd på artikkel 9, begrunnelsen fra myndighetene var ikke ansett tilstrekkelig, selv om frihetsberøvelsen var i tråd med nasjonal lovgivning.

Nederland begrunnet varetektsfengslingen med ”... *the importance of the criminal investigation necessitated detaining the applicant for reasons of accessibility*”.

⁸¹ Van Alphen v. The Netherlands 305/1988.

⁸² Van Alphen v. The Netherlands 305/1988 para. 5.8.

⁸³ Se straffeprosessloven § 171 og punkt 2.

Avgjørelsen viser at påtalemyndighetens ønske om å ha den siktede tilgjengelig, ikke kan forsvare en fengsling, med mindre det foreligger en tilstrekkelig begrunnelse for dette.

3.5.1.2 Siktedes handlinger

Må en lovlig frihetsberøvelse være begrunnet ved fortsatt varetekt?

I *A mot Australia*⁸⁴ gikk HRC nærmere inn på spørsmålet om det kreves en tilstrekkelig begrunnelse ved fortsatt varetekt. Klageren var en kambodsjaner som ankom Australia med båt 25. november 1989, uten visum. Han var varetektsfengslet i fire år mens han søkte om retten til asyl. Klageren ble løslatt januar 1994 og fikk etter dette oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Spørsmålet var om frihetsberøvelse av en ulovlig innvandrers var å anse som vilkårlig? HRC uttaler:

*”... every decision to keep a person in detention should be open to review periodically so that the grounds justifying the detention can be assessed. In any event, detention should not continue beyond the period for which the State can provide appropriate justification. For example, the fact of illegal entry may indicate a need for investigation and there may be other factors particular to the individuals, such as the likelihood of absconding and lack of cooperation, which may justify detention for a period. Without such factors detention may be considered arbitrary, even if entry was illegal.”*⁸⁵

For en periode kan ulovlig innvandring, fluktfare, bevisforspillelsesfare og mangel på samarbeid rettferdiggjøre en varetektsfengsling. Komiteen krever at det må foreligge proporsjonalitet mellom lengden på varetekten og begrunnelsen for en slik fortsatt varetekt. Foreligger det ikke lenger tilstrekkelig begrunnelse for varetektsfengsling, skal varetektsfengslingen opphøre. Det betyr at hvis det ikke foreligger tilstrekkelig begrunnelse som rettferdiggjør en eventuell fortsatt varetekt, så vil dette være brudd på art. 9. Komiteen kommer her med flere eksempler som kan godta en fortsatt varetekt, og som vil anses som en tilstrekkelig begrunnelse. Det legges her vekt på hva siktede har foretatt seg (“lack of cooperation”), noe som tyder på en utvikling etter Van Alphen avgjørelsen.

3.5.1.3 Siktedes helsesituasjon

I *Shafiq mot Australia*⁸⁶ blir avgjørelsen ovenfor ytterligere bekreftet hva gjelder en periodisk vurdering av fengslingen.

⁸⁴ A v. Australia 560/1993.

⁸⁵ A v. Australia 560/1993 para 9.4.

⁸⁶ Shafiq v. Australia 1324/2004.

Shafiq fra Bangladesh søkte asyl i Australia. Han ankom Australia september 1999 og satt i varetekt som en "unlawful non citizen". Han hadde ingen papirer som knyttet han til Bangladesh. Klageren hadde fått avslag på sin søknad om asyl og satt i varetekt i over syv år. Spørsmålet var om Australia hadde en tilstrekkelig begrunnelse for varetektsfengslingen. HRC uttaler:

*"It recalls that every decision to keep a person in detention should be open to periodical review, in order to reassess the necessity of detention and detention should not continue beyond the period for which a State party can provide appropriate justification"*⁸⁷ og henviser til A mot Australia som er behandlet nærmere ovenfor.

Komiteen kom til at staten ikke hadde vist til en rettfærdiggjøring av fengslingen, slik at tilstrekkelig begrunnelse ikke forelå. Det som er viktig å merke seg er at komiteen bemerker "... that the author has become mentally ill during his period should have been a sufficient ground for a prompt and substansive review of his detention." Komiteen viser her at hvis vedkommende sliter psykisk og fysisk med frihetsberøvelsen, er dette en ytterligere grunn til at behandlingen skal foretas raskest mulig. Medisinske forhold kan derfor også benyttes som et moment i vilkårlighetsvurderingen. Familieforhold og sosial situasjon kan også være relevante momenter ved vilkårlighetsvurderingen.

3.5.1.4 Periodisk re-evaluering

Viktigheten av en periodisk vurdering vises i avgjørelsen nevnt over, og påvirkninger grunnet frihetsberøvelsen kan inngå som ett ytterligere moment i vurderingen. En slik periodisk vurdering foreligger det forslag om i ny generell kommentar:

*"Aside from judicially imposed sentences for a fixed period of time, the decision to keep a person in detention is arbitrary if it is not subject to periodic re-evaluation of the justification for continuing the detention."*⁸⁸

Her presiseres viktigheten av en periodisk reevaluering. Tidligere var setningen mer generell, og komiteen virker å kreve mer av statene etter forslaget til revidert utgave. Kommentaren sier "periodic review", mens forslaget er at det kreves "periodic re-evaluation". Det er uvisst om endringen innebærer en realitetsendring og at komiteen faktisk krever noe mer. Den nye ordlyden tyder på at komiteen krever at det foretas en faktisk reevaluering. Det tyder på at

⁸⁷ Shafiq v. Australia 1324/2004 para. 7.2.

⁸⁸ General comment no. 35 para. 12.

man skal vurdere om fortsatt frihetsberøvelse er nødvendig på det stadiet i saken man befinner seg.

3.5.1.5 Asylsøkere

Er frihetsberøvelse av asylsøkere vilkårlig?

I *C mot Australia*⁸⁹ ble klageren anholdt etter hans uautoriserte ankomst til Australia, i påvente av avgjørelse om asyl. Søkeren mente at anholdelsen i to år og to måneder var et brudd på art. 9. Staten anførte i avsnitt 4.26 - 4.31 en rettferdiggjøring av anholdelsen.

Australia hevdet at frihetsberøvelsen var et resultat av å forhindre søker fra å forsvinne inn i Australia, mens søknaden var til behandling. Staten anførte at den i kraft av sin suverenitet, kunne sette begrensinger på mennesker som ankommer staten. Det var rimelig og nødvendig etter omstendighetene å beholde asylsøkere i varetekt, mens det ble foretatt en grundig gjennomgang i hver enkelt sak.⁹⁰ HRC bestyrker dens tidligere standpunkt i *A mot Australia* og uttalte:

*“... the Committee recalls its jurisprudence that, in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification. ... In these circumstances, whatever the reasons for the original detention, continuance of immigration detention for over two years without individual justification and without any chance of substantive judicial review was, in the Committee's view, arbitrary and constituted a violation of article 9, paragraph 1.”*⁹¹

Komiteen ser tilbake på dens tidligere uttalelse, hvor den bemerker at staten skal løslate personer i de tilfeller der det ikke lenger er tilstrekkelig begrunnelse for fortsatt varetekt.

Det gikk over to år i varetekt før endelig svar på oppholdstillatelse forelå, dette ble ansett som vilkårlig etter art. 9 nr. 1. Komiteen avkrefter ikke at en søknad om oppholdstillatelse kan være et moment i begrunnelsen av varetektsfengsling for en kort periode. Ved lengre fengslinger krever derimot HRC at staten kan vise til en ”appropriate justification”, altså en tilstrekkelig begrunnelse. Det er viktig å merke seg at komiteen ikke tar avstand fra en frihetsberøvelse av asylsøkere og at dette ikke automatisk er vilkårlig. HRC uttalte også:

⁸⁹ C v. Australia 900/1999.

⁹⁰ C v. Australia 900/1999 para. 4.27.

⁹¹ C v. Australia 900/1999 para. 8.2.

*”In particular, the State party has not demonstrated that, in the light of the author's particular circumstances, there were not less invasive means of achieving the same ends, that is to say, compliance with the State party's immigration policies, by, for example, the imposition of reporting obligations, sureties or other conditions which would take account of the author's deteriorating condition.”*⁹²

Her understrekes det at hvis staten kan benytte seg av andre mindre tvingende midler som vil oppnå det samme resultat som ved fengsling, vil dette være avgjørende. Avgjørelsen viser at en rapporteringsplikt, kausjon og andre forhold som tar hensyn til den siktedes tilstand, er noe som alltid må tas i betraktning før frihetsberøvelse kan finne sted. Det innebærer at hvis meldeplikt og innlevering av pass gir samme vern mot fluktfare som fengsling, skal førstnevnte alternativ velges.⁹³

I *M.M.M et al. mot Australia*⁹⁴ går komiteen gjennom kravene for at en avgjørelse ikke skal anses som vilkårlig. HRC uttaler:

*“Detention in the course of proceedings for the control of immigration is not per se arbitrary, but the detention must be justified as reasonable, necessary and proportionate in light of the circumstances and reassessed as it extends in time. Asylum-seekers who unlawfully enter a State party's territory may be detained for a brief initial period in order to document their entry, record their claims, and determine their identity if it is in doubt. To detain them further while their claims are being resolved would be arbitrary absent particular reasons specific to the individual, such as an individualized likelihood of absconding, danger of crimes against others, or risk of acts against national security. The decision must consider relevant factors case-by-case, and not be based on a mandatory rule for a broad category; must take into account less invasive means of achieving the same ends, such as reporting obligations, sureties, or other conditions to prevent absconding; and must be subject to periodic re-evaluation and judicial review. The decision must also take into account the needs of children and the mental health condition of those detained. Individuals must not be detained indefinitely on immigration control grounds if the State party is unable to carry out their expulsion.”*⁹⁵

⁹² C v. Australia 900/1999 para. 8.2.

⁹³ Se straffeprosessloven § 188 og pkt. 2.

⁹⁴ M.M.M. et al. v. Australia 2136/2012.

⁹⁵ M.M.M. et al. v. Australia 2136/2012 para. 10.3. Se også F.K.A.G. et al. v. Australia 2094/2011 para. 9.3.

Komiteen uttaler her at en frihetsberøvelse ved immigrasjon ikke i utgangspunktet anses som vilkårlig. Frihetsberøvelsen må kunne forsvares som rimelig, nødvendig og proporsjonal i forhold til forholdene, og må vurderes med tiden. Det innebærer at staten ikke kan begrunne en frihetsberøvelse med at vedkommende er immigrant, det må foretas en faktisk vurdering. Noe som er i samsvar med HRC sin tidligere praksis nevnt ovenfor.

Komiteen uttaler videre at asylsøkere som ulovlig ankommer et lands territoriet kan anholdes for en liten periode, for å få dokumentert deres adkomst, høre deres krav, og finne deres identitet hvis det skulle være tvil om denne. Å anholde dem videre mens deres krav blir løst, vil anses vilkårlig hvis det ikke foretas en individuell vurdering. Momenter som kan vektlegges er faren for at vedkommende vil utføre kriminelle handlinger, eller vedkommende er å anse som en fare for rikets sikkerhet eller sannsynligheten for at vedkommende vil flykte, for eksempel inn i landet. Dette også lagt til grunn i kommentarene hvor dette presiseres i forslagetets avsnitt 18.

Det innebærer at frihetsberøvelse av en asylsøkere ikke i utgangspunktet er å anse som vilkårlig etter komiteens kriterier. De kan også pålegges restriksjoner som var tilfellet i *Celepli mot Sverige* omtalt i punkt 3.1, og *Karker mot Frankrike* omtalt i punkt 3.2 ovenfor. Det som også er viktig å merke seg, er at de som søker om asyl i utgangspunktet ikke har foretatt seg noe ulovlig, de har bare ankommet landet. Dette igjen taler for et mye kortere opphold, enn et tilfelle som omfatter mistanke om en alvorlig forbrytelse.

3.5.1.6 Fengslingsforholdene

Det neste spørsmålet er om vilkårlighet er det samme som at noe er mot loven?

Dette var gjenstand for stor diskusjon i forarbeidene.⁹⁶ Dette ble kommentert i *Van Alphen mot Nederland*⁹⁷ se pkt. 3.4 innledningsvis, *Shafiq mot Australia*⁹⁸ punkt 3.5.1.3, og *M.M.M et al. mot Australia*⁹⁹ punkt 3.5.1.5, som er behandlet nærmere ovenfor.

I *Mukong mot Kamerun*¹⁰⁰ ble klageren anholdt juni 1988, etter et intervju med BBC. Han hadde kritisert presidenten og regjeringen, og ble arrestert i ettetid på bakgrunn av intervjuet. Begrunnelsen for arrestasjonen var at han hadde utgitt feilinformasjon om staten og dermed

⁹⁶ Bossuyt (1987) s. 196-202. Se også Novak (2005) s. 224-227.

⁹⁷ Van Alphen v. The Netherlands 305/1988 para. 5.8.

⁹⁸ Shafiq v. Australia 1324/2004.

⁹⁹ M.M.M. et al. v. Australia 2136/2012.

¹⁰⁰ Mukong v. Cameroon 458/1991.

forgiftet den nasjonale og internasjonale opinionen. Klageren ble løslatt mai 1989, men ble igjen arrestert februar 1990, etter å ha diskutert måter for å innføre et flerparti system i Kamerun. HRC uttaler:

*”The drafting history of article 9, paragraph 1, confirms that “arbitrariness” is not to be equated with “against the law”, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law. As the Committee has observed on a previous occasion, this means that remand in custody pursuant to lawful arrest must not only be lawful but reasonable in all the circumstances. Remand in custody must further be necessary in all the circumstances, for example to prevent flight, interference with evidence or the recurrence of crime.”*¹⁰¹

Avgjørelsen viser i likhet med Van Alphen avgjørelsen, at ”arbitrariness” ikke skal bli likestilt med ”against the law”. Det innebærer at vilkårlighet ikke er det samme som at noe er mot loven. Fremstår frihetsberøvelsen som upassende og urettferdig, og rettstilstanden som uforutsigbar og rettsikkerheten uteblivende, kan dette bli ansett som vilkårlig.

Det som er viktig å merke seg fra denne avgjørelsen i motsetning til de nevnte avgjørelsene ovenfor, er at komiteen også krever en minimumsstandard for frihetsberøvede ved varetektsfengsling. HRC uttaler:

*“As to the conditions of detention in general, the Committee observes that certain minimum standards regarding the conditions of detention must be observed regardless of a State party's level of development. These include, ... minimum floor space and cubic content of air for each prisoner, adequate sanitary facilities, clothing which shall be in no manner degrading or humiliating, provision of a separate bed, and provision of food of nutritional value adequate for health and strength. It should be noted that these are **minimum** requirements which the Committee considers should always be observed, even if economic or budgetary considerations may make compliance with these obligations difficult.”*¹⁰²

Minstekravene som oppstilles, krever at vedkommende skal ha gulvplass av en viss størrelse, tilstrekkelige sanitære fasiliteter, klær som ikke skal på noen måte være nedverdiggende eller ydmykende, egen seng, ernæringsmessig mat som er tilstrekkelig for å ivareta helsen. Den uttaler videre at dette er et absolutt krav, uten unntak på grunn av statens økonomi eller det øvrige budsjett som kan gjøre gjennomføringen av minstekravene vanskelig. Dette kan også knytte seg til den fysiske og psykiske påkjenningen en frihetsberøvelse kan føre med seg, og

¹⁰¹ Mukong v. Cameroon 458/1991 para. 9.8.

¹⁰² Mukong v. Cameroon 458/1991 para. 9.3.

som også er et moment i vurderingen nevnt ovenfor. Dårlige fysiske forhold i fengselet kan være mer tyngende enn tapet av den personlige frihet, og det er derfor nødvendig å føre kontroll med innholdet i frihetsberøvelsen.¹⁰³

3.5.2 Frihetsberøvelsen er vilkårlig

Problemstillingen er, når skal en lovlig frihetsberøvelse allikevel anses vilkårlig?

I *Spakmo mot Norge*¹⁰⁴ ble klageren arrestert og varetektsfengslet 27. juli i en time og 28. juli i åtte timer, 1984. Klageren hadde i oppdrag å rive og gjenopprette tre balkonger for en utleier. To av leietakerne klaget vedlikeholdsarbeidet inn for en spesialdomstol for leieforhold. Denne domstolen ga vedkommende et forbud mot fortsatt arbeid, noe klageren ikke etterkom. Klageren ble senere kontaktet av politiet med pålegg om å avslutte arbeidet med grunnlag i spesialdomstolens avgjørelse og at dette var sjenerende for naboene. HRC uttaler:

*“... the author was arrested in accordance with Norwegian law and that his arrest was thus not unlawful.”*¹⁰⁵

Det var derfor ikke noe tvil om at arrestasjonen var i samsvar med norsk lov, og at arrestasjonen derfor ikke var ulovlig. Spørsmålet var om varetekten allikevel ikke kunne finne sted, for det må vurderes om frihetsberøvelsen er rimelig og nødvendig ut fra forholdene. HRC uttaler:

*“While accepting that the author's arrest by the police also on Saturday may have been reasonable and necessary, the Committee considers that the State party has failed to show why it was necessary to detain the author for eight hours in order to make him stop his activities.”*¹⁰⁶

Det forelå her brudd på art. 9, selv om arrestasjonen i utgangspunktet var lovlig. Varetekten i åtte timer hadde ikke en adekvat begrunnelse. Komiteen var enig i at arrestasjonen både var rimelig og nødvendig etter omstendighetene, dette for å stanse klageren i å fortsette arbeidet, som han hadde blitt pålagt å opphøre ved flere anledninger. HRC mente derimot at Norge ikke hadde gitt en tilstrekkelig begrunnelse for at fengsling i åtte timer var nødvendig for å få klageren til å avslutte arbeidet. Videre viser avgjørelsen at tidsperspektivet for en

¹⁰³ Jebens (2004) s. 242.

¹⁰⁴ Spakmo v. Norway 631/1995.

¹⁰⁵ Spakmo v. Norway 631/1995 para. 6.2.

¹⁰⁶ Spakmo v. Norway 631/1995 para. 6.3.

frihetsberøvelse skal vurderes, selv om frihetsberøvelsen i utgangspunktet er lovlig etter art. 9 nr. 1. I dette tilfellet var det ut fra forholdene mulig å legge vedkommende en bot, og ved fortsatt arbeid eventuelt en høyere bot. Det ble ikke begrunnet hvorfor fengsel var et bedre preventivt virkemiddel enn andre tvangsmidler.

3.5.2.1 *Politisk motivert*

Det neste spørsmålet er hvor grensen går når frihetsberøvelsen er politisk motivert?

I *Jaona mot Madagaskar*¹⁰⁷ ble grensen kommentert nærmere. Klageren var presidentkandidat for opposisjonspartiet i Madagaskar november 1982. Under valgkampen fordømte han angivelig den korrupte politikken til regjeringen. Klageren mente at hans valgnederlag skyldtes valgfusk, og gikk ut offentlig å fordømte de påståtte overgrepene og krevde nyvalg. Klageren ble anholdt etter anmodning fra regjeringen 15. desember 1982. Ingen offisiell begrunnelse ble gitt for frihetsberøvelsen. Han ble heller ikke fremsatt for en domstol, men løslatt august 1983. HRC uttaler:

“The Human Rights Committee ... is of the view that these facts disclose violations of the Covenant:

*- Of article 9, paragraph 1, because Monja Jaona was arrested in December 1982 and detained until August 1983 on account of his political opinions;”*¹⁰⁸

Komiteen legger vekt på at klageren var fengslet på grunn av hans politiske mening som avviket fra statens, og at frihetsberøvelsen derfor var i strid med artikkel 9 nr. 1.

Det innebærer at frihetsberøvelse begrunnet i vedkommende sin ”political opinions”, i utgangspunktet ikke er i overenstemmelse med hva komiteen anser som tilstrekkelig begrunnelse.

3.5.2.2 *Aktiv i menneskerettighetsorganisasjon*

Videre er spørsmålet om frihetsberøvelse begrunnet i engasjement i en menneskerettighetsorganisasjon er vilkårlig?

HRC så nærmere på spørsmålet i *Portorreal mot Den dominikanske republikk*.¹⁰⁹ 14. juni 1985 ble klageren anholdt i sitt hjem og satt i varetekt i 50 timer. Flere mennesker på den

¹⁰⁷ Jaona v. Madagascar 132/1982.

¹⁰⁸ Jaona v. Madagascar 132/1982 para. 14.

¹⁰⁹ Portorreal v. Dominican Republic 188/1984.

opposisjonelle venstresiden skal ha vært arrestert den angivelige dagen. Begrunnelsen bak anholdelsen, skal være klagerens engasjement i en menneskerettighetsorganisasjon. Klageren ble løslatt uten ytterligere begrunnelse og ingen formell siktelse. Staten hadde ikke gitt komiteen noe svar til saken og komiteen uttalte at behørig vekt derfor måtte gis til forfatterens påstander. HRC uttaler:

*“On 14 June 1984 at 6 a.m., he was arrested at his home, according to the author, because of his activities as a leader of a human rights association, and taken to a cell at the secret service police headquarters, from where he was transferred to another cell measuring 20 by 5 metres, where approximately 125 persons accused of common crimes were being held, and where, owing to lack of space, some detainees had to sit on excrement. He received no food or water until the following day. On 16 June 1984, after 50 hours of detention, he was released. At no time during his detention was he informed of the reasons for his arrest.”*¹¹⁰

Komiteen finner at begrunnelsen for frihetsberøvelsen, var at klageren hadde et engasjement i ”*the Comite Dominicano de los Derechos Humanos*”, en menneskerettighetsorganisasjon. Komiteen kom til at frihetsberøvelse begrunnet i en persons engasjement i en menneskerettighetsorganisasjon, ikke var i overenstemmelse med artikkel 9 nr. 1. Fengslingsforholdene ble også kommentert nærmere, og konstatert brudd på. Dette er i samsvar med minstekravene som ble oppstilt i *Mukong mot Kamerun* nevnt ovenfor i punkt 3.5.1.6.

3.5.2.3 Vurdering fra menneskerettighetsorganisasjoner

Neste problemstilling er om HRC kan vektlegge vurderinger som er foretatt av menneskerettighetsorganisasjoner.

I *Blanco mot Nicaragua*¹¹¹ ble dette vurdert. Blanco ble arrestert juli 1979 uten en arrestordre, og dømt til tretti års fengsel. I ankeinstansen mars 1980 ble avgjørelsen opprettholdt, uten høring i saken. Blanco var imot den sittende regjeringens politikk, og hadde gitt uttrykk for dette i ulike medier, noe som resulterte i hans arrestasjon. Han ble ikke formelt siktet, og han ble prøvd presset til å skrive under på en tilståelse. Han ble utsatt for tortur, og flere institusjoner og autoritetspersoner uttrykte sine bekymringer og sendte inn klager på fengslingen. Klagen var sendt til ulike nicaraguanske myndigheter, presidenten og fengselsmyndighetene, uten hell. HRC uttaler:

¹¹⁰ Portorreal v. Dominican Republic 188/1984 para. 9.1-9.2.

¹¹¹ Blanco v. Nicaragua 328/1988.

*”The Committee has also taken note of the many annexes to the author's submissions, including the relevant report from the Nicaraguan Departamento de Seguridad del Estado and the evaluation of the case by Amnesty International.”*¹¹²

Komiteen bemerker at den ser det har vært foretatt undersøkelser fra flere organisasjoner. Komiteen legger vekt på Amnesty International¹¹³ sin vurdering av saken. Det indikerer at HRC kan og vil benytte seg av vurderinger og kommentarer foretatt av menneskerettighetsorganisasjoner. Når forslaget til den nye generelle kommentaren skal utarbeides nærmere, har komiteen hentet inn synspunkter fra ulike ikke-statlige organisasjoner¹¹⁴ for å høre deres vurdering av reglementet og praksis. Dette viser at ikke-statlige organisasjoner benyttes i stor grad av komiteen.

3.5.2.4 Opphold i utlandet

Gjelder artikkel 9 nr. 1 også i de tilfellene hvor staten berøver friheten til personer som oppholder seg i utlandet?

I *Casareigo mot Uruguay*¹¹⁵ ble klageren arrestert i Brasil. Arrestasjonen ble utført av uruguayanske agenter i en sammensvergelse med to brasilianske polititjenestemenn. Fra 12. til 19. november 1978 satt hun i husarrest i sin leilighet i Brasil og ble senere kjørt til den uruguayanske grensen. Hun ble her tvangsbortført til uruguayansk territorium og fengslet. Spørsmålet var om Uruguay kunne foreta en slik frihetsberøvelse, for protokollen gjelder ”individuals subject to its jurisdiction”. HRC uttaler:

*“... individuals subject to its jurisdiction” does not affect the above conclusion because the reference in that article is not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred.”*¹¹⁶

Komiteen kommer her frem til at frihetsberøvelse av staten, også utenfor dens grenser, kan være vilkårlig. Den kommer til at det aldri var meningen at forhold utenfor et statsterritorium, ikke skal kunne reguleres. Det var ikke meningen at en stat kunne utføre angrep på egne borgere i utlandet, uten at dette blir ansett som et brudd på SP. art. 9, som ble konstatert i dette tilfellet.¹¹⁷

¹¹² Blanco v. Nicaragua 328/1988 para. 2.3 og 10.3.

¹¹³ <http://www.amnesty.org/en/who-we-are>

¹¹⁴ <https://snl.no/NGO>

¹¹⁵ Casareigo v. Uruguay 56/1979.

¹¹⁶ Casareigo v. Uruguay 56/1979 Para. 10.2.

Et av medlemmene i HRC (Christian Tomuschat)¹¹⁸ ga en individuell uttalelse i *López Burgos mot Uruguay*,¹¹⁹ hvor han understreket at konvensjonen også skal beskytte borgere som er i utlandet. Han uttaler:

”Never was it envisaged, however, to grant States parties unfettered discretionary power to carry out wilful and deliberate attacks against the freedom and personal integrity of their citizens living abroad.”

Tomuschat uttaler at det aldri var meningen å gi staten en ubundet skjønnsmyndighet til å utføre forsettlig og bevisste angrep mot frihet og den personlige integritet av sine borgere bosatt i utlandet. SP. art. 9 nr. 1 gjelder derfor også i de tilfellene hvor staten berøver friheten til personer som oppholder seg i utlandet.

3.5.2.5 Endt soning

Vil mangel på løslatelse etter endt soning føre til brudd på art. 9 nr. 1?

I *Weismann og Perdomo mot Uruguay*¹²⁰ tok HRC stilling til dette. Saken omhandlet Perdomo og hans kone Lanza.

Perdomo ble arrestert 2. februar 1976 og holdt fengslet i nesten åtte måneder uten tiltale. Ytterligere tretten måneder satt han fengslet med tiltale om ”subversive association”¹²¹ begrunnet i hans politiske syn og tilkoblinger. Etter nesten tjueen måneder ble han dømt av en militærdomstol til tre års fengsel, noe som var kortere enn den perioden han allerede hadde sittet. 2. februar 1979 skulle han løslates, men først 1. juli 1979 ble han løslatt, fem måneder i etterkant.

Lanza ble arrestert 17. februar 1976. Hun ble holdt fengslet i syv måneder, uten tiltale, og ble senere holdt fengslet i over atten måneder, angivelig for å ha medvirket til mannens handlinger. April 1978 ble saken hennes prøvd av en militær domstol. Hun ble holdt fengslet inntil 11. februar 1979, som var ti måneder etter at løslatelse egentlig skulle ha funnet sted.

HRC konkluderer:

¹¹⁷ Se Domukovsky mot Georgia omtalt i punkt 3.5.2 ovenfor.

¹¹⁸ Hanski and Scheinin (2007) s. 123, 133 og 134.

¹¹⁹ López Burgos v. Uruguay 52/1979.

¹²⁰ Weismann and Perdomo v. Uruguay 8/1977.

¹²¹ <https://snl.no/subversiv> - Subversiv, som omvelter eller bryter ned samfunnet eller staten, gjerne med ulovlige midler; undergravende (sitert 13. november 2014).

“... violations of ... *Article 9 (I)*, because they were not released, in the case of *Alcides Lanza Perdomo*, for five months and, in the case of *Beatriz Weismann de Lanza*, for 10 months, after their sentences of imprisonment had been fully served.”¹²²

Komiteens avgjørelse viser at når en stat unnlater å løslate den domfelte, og det ikke lenger foreligger hjemmel for fortsatt frihetsberøvelse, foreligger brudd på artikkel 9 nr. 1. Dette er også lagt til grunn i forslag til ny kommentar, hvor dette presiseres nærmere i avsnitt 11.

3.5.3 Når er frihetsberøvelsen ikke vilkårlig?

Vil tidligere flukt fra myndighetene unnskyldte en varetekt i fremtiden?

HRC så nærmere på dette spørsmålet i *Jalloh mot Nederland*.¹²³ Klageren hadde søkt asyl i Nederland september 1995. Vedkommende hadde ingen identifikasjonspapirer ved ankomst, og ble tatt vare på i et åpent mottak. Han var 15 år ved ankomst. Han flyktet august 1996 i frykt for deportasjon, men søkte asyl på ny september 1996.

Myndighetene besluttet denne gangen at klageren skulle holdes i et lukket mottak.

Begrunnelsen var en alvorlig mistanke om at klageren ikke ville samarbeide ved en eventuell utvisning. Staten la videre vekt på at klageren ikke hadde de økonomiske midlene til å kunne forlate landet, og heller ikke hadde midler nok til å leve for. Han hadde heller ikke en gyldig tillatelse, og heller ingen dokumenter som kunne bevise hans identitet.

Han ble løslatt 9. januar 1997 når det var ble klart at det ikke forelå omstendigheter som tilsa at han ville bli utvist. 4. juni 1997 ble oppholdstillatelse innvilget.

Spørsmålet i saken var om den midlertidige fengslingen var å anse som vilkårlig frihetsberøvelse? HRC uttaler:

“*Considering the author's flight from the open facility at which he was accommodated from the time of his arrival for around 11 months, the Committee considers that it was not unreasonable to have detained the author for a limited time until the administrative procedure relating to his case was completed. Once a reasonable prospect of expelling him no longer existed his detention was terminated.*”¹²⁴

¹²² Weismann and Perdomo v. Uruguay 8/1977 para. 16.

¹²³ Jalloh v. Netherlands 794/1998.

¹²⁴ Jalloh v. Netherlands 794/1998 para. 8.2.

Varetekten var i samsvar med nasjonal lovgivning. Grunnlaget for at klageren ble satt i lukket mottak var at han hadde flyktet tidligere, det var tvil om hans identitet, og det forelå sterk mistanke om at han ville unndra seg en eventuell utvisning. Komiteen tok derfor stilling til om varetekten allikevel var vilkårlig.

Komiteen legger vekt på at klageren hadde flyktet tidligere fra et åpent mottak, dette var et moment som talte for at det var rimelig å anholde klageren i et lukket mottak denne gangen. Fluktfare som er begrunnet i et tidligere fluktforsøk, anses derfor i utgangspunktet ikke som vilkårlig. Klageren ble holdt fengslet frem til den administrative prosedyren av saken var fullført, og umiddelbart løslatt. Dette vektlegger komiteen. Det var ikke urimelig at klageren satt i varetekt en begrenset periode, mens saken var til behandling.

En annen problemstilling er om en omgjørelse av en fastsatt dom til en mildere straff uten at klager har hatt anledning til å uttale seg, er å anse som vilkårlig.

I *Reece mot Jamaica*¹²⁵ ble klageren arrestert 13. januar 1983, og tiltalt for to mord. Han ble dømt av en jury for begge tiltalepunktene til døden. Rundt april/mai 1995 ble dødsdommen omgjort. Det ble i omgjøringsdommen lagt til at en prøveløslatelse ikke kunne vurderes før om syv år. Klageren ble ikke underrettet om beslutningen om omgjørelse av dommen, før etter at avgjørelsen allerede var omgjort. Han mottok aldri noen formell dokumentasjon av vedtaket. Han ble ikke gitt noen form for tilgang til innvendinger mot avgjørelsen. Det ble heller ikke tatt med i avgjørelsen at siktede allerede hadde sonet tolv år.

Spørsmålet var om omgjørelse av dommen til livstid var vilkårlig fordi klageren ikke hadde fått anledning til å uttale seg. HRC uttaler:

*”Nor does the Committee share the view that a substitution of the death penalty with life imprisonment, with a prospect of parole in the future, is a "re-sentencing" tainted with arbitrariness. It follows from this conclusion that the author continued to be legitimately detained pursuant to the original sentence, as modified by the decision of commutation, and that no issue of detention contrary to article 9 arises. Accordingly, the Committee does not find a violation of the Covenant with respect to these matters.”*¹²⁶

¹²⁵ *Reece v. Jamaica* 796/1998.

¹²⁶ *Reece v. Jamaica* 796/1998 para. 7.7.

Omgjørelse fra dødsdom til livstidsdom, med mulighet for fremtidig prøveløslatelse, var ikke vilkårlig. Komiteen kan kanskje kritiseres for at den ikke tok stilling til at klageren ikke fikk delta i denne omgjørelsen. Strider ikke dette mot rettssikkerheten og retten til kontradiksjon?

Komiteen argumenter med at det i den aktuelle saken ikke ble foretatt en ”re-sentencing” og at han fortsatt satt lovlig fengslet etter den første avgjørelsen. Omgjøringen i dette tilfellet anså komiteen som en omgjøring til fordel for klageren, og dermed ikke et brudd når avgjørelsen var til det bedre for klageren. Det er naturlig å tenke at komiteen i en eventuell annen avgjørelse, som innebærer en avgjørelse som begrenser individets rettsstilling, vil kunne få et annet utfall. I dette tilfellet, gikk det til fordel for den siktede, selv om det forelå klare brudd på retten til kontradiksjon. Om komiteen hadde stilt seg annerledes hvis dommen hadde gått til ulempe for klageren, må antas, for komiteens jobb er å sikre menneskerettighetene etter konvensjonen, hvor retten til liv står sentralt.¹²⁷

Avgjørelsene ovenfor viser at både de generelle kommentarene og komiteens avgjørelser når det gjelder frihetsberøvelse anvendes i et bredt spekter. Om en frihetsberøvelse er tillatt, må vurderes opp mot legalitetsprinsippet og forbudet mot vilkårlighet.

¹²⁷ Begby (2010) s. 31.

4 SP art. 9 nr. 3

4.1 Innledning

Her vil jeg gå nærmere inn på komiteens behandling av SP art. 9 nr. 3. Det oppstilles her to rettigheter.¹²⁸ For det første oppstilles det et krav om at en som er pågrepet skal fremstilles for en domsmyndighet ”promptly”. Dette av hensyn til å redusere risikoen for vilkårlig frihetsberøvelse. Her skal en uavhengig instans overprøve pågripelsen, og vurdere om det foreligger grunnlag for fengsling. Uavhengig av om den pågrepne begjærer en vurdering av fengslingen, er det en positiv plikt for myndighetene å bringe saken inn for en rettsinstans. For det andre oppstilles det et krav om at straffesaken skal gjennomføres innen rimelig tid eller at siktede skal løslates. Denne rettigheten omfatter spørsmålet om fortsatt varetekt. I HRC sin generelle kommentar¹²⁹ oppstilles det ingen konkret tidsgrense, for dette er gjenstand for vurdering i hver enkelt sak. Derimot fastslår den at en varetektsfengsling skal være kortest mulig.¹³⁰ HRC har oppstilt ytterligere kriterier til denne bestemmelsen, noe jeg vil komme tilbake til senere.

EMK art. 5 nr. 3 prater om personer som er arrestert eller anholdt i samsvar med bestemmelsene i art. 5 nr. 1 bokstav c, dvs. de som er mistenkt for å ha begått en straffbar handling eller har planlagt å foreta en slik handling. SP art. 9 nr. 3 snakker om personer som har blitt arrestert eller anholdt på en straffesiktelse. I kontrast til uttalelser fra ekspertkomiteen i Europarådet, som anså art. 9 til å ha et mer begrenset virkeområde, sier den historiske bakgrunnen til bestemmelsen at det ble gjort en stor innsats for å formulere bestemmelsen slik at den ville garantere et bruksområde analogt i forhold til EMK.¹³¹ I alle tilfeller, referer de spesielle rettighetene i art. 9 nr. 3 seg bare til personer som har vært arrestert eller anholdt i forbindelse med et strafferettslig formål, som er personer i varetekt eller hvor vedkommende er fengslet før saken er kommet opp.

4.2 ”Promptly”-kravet

SP art. 9 nr. 3 fastslår at hvis en person er anholdt grunnet mistanke om en straffbar handling, skal vedkommende ”promptly” fremstilles for en domsmyndighet. Kravet innebærer at en domsmyndighet, straks skal bestemme om en frihetsberøvet skal løslates eller om frihetsberøvelsen skal opprettholdes.

¹²⁸ Møse (2002) s. 264.

¹²⁹ General Comment no. 8.

¹³⁰ General comment no. 8 para. 3.

¹³¹ Novak (2005) s. 230.

Hva som er ment med ”promptly” har blitt stående åpent etter art. 9 nr. 3 sin ordlyd, i likhet med EMK art. 5 nr. 3. I mange stater er lengden av en anholdelse begrenset til 48 timer.¹³²

Problemstillingen under dette punktet er hva som faktisk menes med ordlyden ”promptly”.

Ordlyden ”promptly” ut fra en naturlig språklig forståelse tilsier at fristen er meget kort. Formålet med ordlyden er at en skal sikre at frihetsberøvelsen blir undergitt judisiell kontroll snarest, noe som tilsier at ordlyden skal tolkes restriktivt.¹³³

Det første spørsmålet er når faller et tilfelle utenfor ordlyden ”promptly”.

I *Nazarov mot Usbekistan*¹³⁴ uttaler HRC:

”In any event, the Committee does not consider that a period of 5 days could be considered ‘prompt’ for the purpose of article 9(3).”

Komiteen presiser at fem dagers forsinkelse uten forklaring er utenfor ordlyden “promptly”. Avgjørelsen innebærer også at kravet gjør seg gjeldende til og med før formell tiltale er gitt siktede, så lenge personen er frihetsberøvet på bakgrunn av mistanke om en kriminell handling. Av hensyn til rettsikkerheten, må myndighetene ha en begrunnelse på hvorfor fremstilling eventuelt er overskredet.¹³⁵ Det indikerer at SP art. 9 nr. 3 ikke er videre enn EMD sitt krav om inntil fire dager.

*Borisenko mot Ungarn*¹³⁶ er et grensetilfelle. Klageren var anholdt i tre dager før han ble brakt inn for en rettsinstans, spørsmålet var om kravet til straks fremstilling var overtrådt. HRC uttaler:

*”The Committee notes that the author was detained for three days before being brought before a judicial officer. In the absence of an explanation from the State party on the necessity to detain the author for this period,”*¹³⁷

¹³² Novak (2005) s. 231.

¹³³ Jebens (2004) s. 197.

¹³⁴ *Nazarov v. Uzbekistan* 911/2000 para. 6.2.

¹³⁵ Se også *Kurbanov v. Tajikistan* 1096/2002 para. 7.2. (7 dager).

¹³⁶ *Borisenko v. Hungary* 852/1999.

¹³⁷ *Borisenko v. Hungary* 852/1999 para. 7.4.

Her ble varetekt i tre dager før fremstilling ansett å falle utenfor ordlyden ”promptly”. Dette begrunnet komiteen med at staten ikke hadde noen forklaring på hvorfor en slik fremstilling tok tre dager. Komiteen indikerer derfor at en frihetsberøvelse, som er begrunnet i nødvendighet, kan forsvare anholdelse i opptil tre dager.

Neste problemstilling er når faller et tilfelle innenfor ordlyden ”promptly”

I *Van der Houwen mot Nederland*¹³⁸ hadde klageren vært anholdt i 73 timer før han ble fremstilt for en domsmyndighet. HRC uttaler her:

*”The Committee observes further that the information before it shows that the author, who claims to be a victim of a violation of article 9, paragraph 3, of the Covenant, was in fact promptly brought before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power. The Committee considers that the facts as presented do not raise any issue under article 9, paragraph 3, of the Covenant”*¹³⁹

I dette tilfellet hadde det gått 73 timer, men komiteen anså den korte forsinkelsen å være i samsvar med art. 9 nr. 3 sitt krav om ”promptly” fremstilling for en domsmyndighet. Det innebærer at ordlyden ”promptly” etter denne komitéavgjørelsen, er rundt tre dager som en yttergrense. Norsk rett anses ut fra dette å være i samsvar med EMK og SP.

Det neste spørsmålet er om en forsinkelse på fire dager er i samsvar med konvensjonen, hvis det foreligger en begrunnelse for forsinkelsen.

I *Freemantle mot Jamaica*¹⁴⁰ tok HRC nærmere stilling til dette spørsmålet. Klageren hadde først etter fire dager blitt fremsatt for en domsmyndighet. HRC uttaler:

”The Committee reiterates its position that the delay between the arrest of an accused and the time before he is brought before a judicial authority should not exceed a few days. In the absence of a justification for a delay of four days before bringing the author to a judicial authority the Committee finds that this delay constitutes a violation”

En forsinkelse på flere dager, som ikke innehar en rettfærdiggjøring av forsinkelsen, er et brudd på artikkel 9 nr. 3. Det som er viktig å trekke ut fra avgjørelsen, er at komiteen fremlegger et krav om ”justification”, som innebærer at en adekvat begrunnelse for

¹³⁸ Van der Houwen v. The Netherlands 583/1994 para. 4.3.

¹³⁹ Se også Portorreal v. Dominican Republic 188/1984 para. 10.2.

¹⁴⁰ Freemantle v. Jamaica 625/1995.

forsinkelsen kan forhindre et brudd på art. 9 nr. 3. Komiteen krever at dette er begrunnet, noe som tyder på at proporsjonalitetsprinsippet gjør seg gjeldende på alle stadier hvor spørsmål om frihetsberøvelse skal foretas.

Praksis tilsier derfor at grensen for ”promptly” og dens formål etter artikkel 9 nr. 3, skal garantere en rettslig overprøving som ligger et sted rundt tre dager etter anholdelsen. Betyr dette at det uavhengig av sakens kompleksitet skal ta maksimum tre dager før anholdelsen må bli rettslig prøvd?

HRC har uttalt at ”promptly” avhenger fra sak til sak. Dette ble uttalt i *Kovalev mot Hviterussland*:

*”While the meaning of the term “promptly” in article 9, paragraph 3, must be determined on a case-by-case basis, the Committee recalls its general comment No. 8 (1982) on the right to liberty and security of persons and its jurisprudence, pursuant to which delays should not exceed a few days.”*¹⁴¹

Det som er viktig å merke seg er at komiteen sier at om en sak faller innenfor eller utenfor ordlyden ”promptly” avhenger av saken i seg selv, og det kan derfor ikke oppstilles et klart krav. Det innebærer at det ut fra komiteens praksis ikke oppstilles et absolutt krav på tre dager, men at dette avhenger av saken.

Kan mangel på midler i rettsvesenet unnskyldte en forsinkelse.

I *Fillastre og Bizouarn mot Bolivia*¹⁴² var det to franske detektiver som var fengslet i ti dager før de ble brakt inn for en rettsinstans, uten å bli informert om anklagene mot dem. Staten anførte at forsinkelsen skyldtes mangel på økonomi. HRC uttaler:

*”Accordingly, while not unsympathetic to the State party's claim that budgetary constraints may cause impediments to the proper administration of justice in Bolivia, the Committee concludes that the right of Messrs. Fillastre and Bizouarn under article 9, paragraphs 2 and 3, have not been observed.”*¹⁴³

¹⁴¹ Kovalev v. Belarus 2120/2011 para. 11.3.

¹⁴² Fillastre and Bizouarn v. Boliva 336/1988.

¹⁴³ Fillastre and Bizouarn v. Boliva 336/1988 para. 6.4.

Mangel på økonomiske midler i rettssystemet, ble ikke ansett som en tilstrekkelig begrunnelse for at vedkommende ikke var fremstilt for en domsmyndighet ”promptly”. Det forelå brudd på art. 9 nr. 3. HRC sympatiserer i avgjørelsen med Bolivia og mangelen på økonomiske midler, men når saken omhandler så alvorlige spørsmål som fengsling, er ikke dette en tilstrekkelig begrunnelse til forsinkelse. Det kreves noe mer. I forslag til ny generell kommentar er dette også lagt til grunn i avsnitt 37.

HRC sin praksis og den generelle kommentaren uttaler at fengslingen ”must not exceed a few days”.¹⁴⁴ Kravet ”a few days” er i overenstemmelse med rettspraksis i Strasbourgorganene.¹⁴⁵ EMD anser ”promptly” som inntil fire dager.¹⁴⁶ Etter norsk rett følger det av strpl. § 183 at vedkommende skal fremstilles for tingretten ”snarest mulig og senest den tredje dagen”. Det indikerer at norsk rett praktiserer inntil tre dager, som er innenfor EMK og SP sin ordlyd.

4.2.1 Ordlyd i endring?

I forslaget til ny generell kommentar avsnitt 34 uttales det at ”promptly” er ca. 48 timer, og at enhver forsinkelse over dette, bør være begrunnet i unntakstilfeller. Spørsmålet er derfor om komiteen har utviklet et strengere syn til ordlyden?

I *Pichugina mot Hviterussland*¹⁴⁷ kommenterer HRC spørsmålet om en forsinkelse kan overstige 48 timer. Det gikk ti dager før siktede ble løslatt, og siktede hadde ikke blitt brakt inn for en domsmyndighet. HRC konstaterte brudd på art. 9 nr. 3 og uttalte:

*“The Committee further recalls that it has recommended on numerous occasions, in the context of consideration of the States parties’ reports submitted under article 40 of the Covenant, that the period of police custody before a detained person is brought before a judge should not exceed 48 hours. Any longer period of delay would require special justification to be compatible with article 9, paragraph 3, of the Covenant.”*¹⁴⁸

En lengere periode med forsinkelse krever ”special justification”. Avgjørelsen følges opp i *Kovsh mot Hviterussland*.¹⁴⁹ Klageren var arrestert først 29. september 2005 fra kl. 9.30 og ble løslatt 1. oktober 2005 kl. 10.30 (61 timer), og ble ikke brakt inn for en dommer.

¹⁴⁴ General Comments no. 8 para. 2.

¹⁴⁵ Novak (2005) s. 231.

¹⁴⁶ Brogan and others v. The United Kingdom 29. november 1988 § 62 (4 dager og 6 timer – brudd) og Belusov v. Ukraine 07. november 2013 (4494/07) (4 dager - brudd) § 94-96.

¹⁴⁷ Pichugina v. Belarus 1592/2007.

¹⁴⁸ Pichugina v. Belarus 1592/2007 para. 7.4.

¹⁴⁹ Kovsh v. Belarus 1787/2008.

27. januar 2006 kl. 9 ble klageren igjen arrestert og løslatt 30. januar 2006 kl. 9 (72 timer), og var heller ikke denne gangen brakt inn for en dommer. Klageren hevdet at ”promptly” krever at vedkommende blir brakt inn for en dommer 48 timer fra tidspunktet ved faktisk forvaring. HRC uttaler seg identisk med avgjørelsen over, noe som tyder på at ordlyden er under utvikling.¹⁵⁰

Avgjørelsene viser at 48 timer, anses av komiteen som et utgangspunkt. Det kreves spesielle grunner ved lengre forsinkelser, hvis ikke foreligger det brudd på SP. art. 9 nr. 3. Dette tyder på at komiteen stiller strengere krav enn tre dager, som tidligere fulgte av Borisenko avgjørelsen nevnt ovenfor.

Komiteen foretok en ”*concluding observation*”¹⁵¹ av *Kuwait* hvor det ble gitt uttrykk for bekymring over at nasjonal lovgivning godtok fire dager før fremstilling for retten. HRC uttalte:

”The Committee stresses that the period of police custody before a detained person is brought before a judge should not exceed 48 hours. The state party should ensure that anyone arrested or detained on a criminal charge is brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power (article 9 (3))”

Rapporten uttrykker bekymring over at Kuwait sin lovgivning ikke er i samsvar med konvensjonen. Det presiseres at utgangspunktet er at vedkommende skal stilles for en domsmyndighet innen 48 timer. Observasjonen kom ett år etter Borisenko avgjørelsen, noe som tyder på en utvikling etter denne avgjørelsen.

En ”*concluding observation*” av *El Salvador*¹⁵² viser en utvikling. HRC uttalte:

“The Committee is concerned that police custody, which can last for up to 72 hours, may be extended by a further 72 hours by decision of a judge (article 9 of the Covenant). The State party should amend the legislation on police custody to bring it into line with the Covenant and to ensure that pretrial detention does not exceed 48 hours and is never extended after the individual has been brought before the court.”

¹⁵⁰ Kovsh v. Belarus 1787/2008 para. 7.4.

¹⁵¹ CCPR/CO/69/KWT para. 12 (2000), se også CCPR/CO/70/GAB para. 13 (2000).

¹⁵² CCPR/C/SLC/6 para. 14 (2010).

Konvensjonens ordlyd er maks 48 timer, hvis ikke kreves det en påfallende begrunnelse, jf. HRC sin praksis nevnt ovenfor. Her blir det presisert at komiteen anser gjeldende konvensjonspraksis for å være 48 timer, noe som tilsier at kravet er blitt strengere. Det tyder på at ordlyden ”promptly” skal tolkes som maks 48 timer, med unntak hvis det foreligger en tilstrekkelig begrunnelse. Det kan derfor stilles spørsmål om norsk rett er i samsvar med SP.

4.3 Judge or other officer authorized by law

Etter SP art. 9 nr. 3 er det oppstilt to egne bestemmelser om domstolsprøving. For det første sikrer den at frihetsberøvede skal fremstilles for en dommer, og for det andre at grunnlaget for frihetsberøvelsen innen rimelig tid skal undergis full prøving, eller at den frihetsberøvede skal settes fri. Det første kravet drøftes under dette punktet, mens det andre kravet vil redegjøres nærmere i punkt 4.5. Kravet om at en person skal bringes inn for en dommer eller en annen øvrighetsperson, er også i samsvar med EMK art. 5 nr. 3.¹⁵³

Hva kreves for at vedkommende skal oppfylle kriteriet som ”other officer authorized by law”?

I *Kulomin mot Ungarn*¹⁵⁴ var spørsmålet om det oppstilles kriterier for at en avgjørelse avsagt av en ”other officer authorized by law” anses kompetent.

Klageren ble arrestert 20. august 1988 mistenkt for mord, og fremsatt for en domsmyndighet 29. mai 1989. Ungarn hevdet at fengslingen var i tråd med kravet om å bli fremsatt raskt overfor ”other officer authorized by law”. HRC uttaler:

*“The Committee considers that it is inherent to the proper exercise of judicial power, that it be exercised by an authority which is independent, objective and impartial in relation to the issues dealt with. In the circumstances of the instant case, the Committee is not satisfied that the public prosecutor could be regarded as having the institutional objectivity and impartiality necessary to be considered an ”officer authorized to exercise judicial power” within the meaning of article 9(3).”*¹⁵⁵ Se også *Ismailov mot Usbekistan*¹⁵⁶ som følger opp avgjørelsen ovenfor.

Komiteen stiller her en del krav som må være oppfylt. Den krever at domsmyndigheten skal være uavhengig, objektiv og upartisk etter forholdene i den konkrete sak. I disse sakene var ikke komiteen fornøyd med at den offentlige aktor ikke hadde den objektiviteten og

¹⁵³ Jebens (2004) s. 210 og Novak (2005) s. 231.

¹⁵⁴ *Kulomin v. Hungary* 521/1992.

¹⁵⁵ *Kulomin v. Hungary* 521/1992 para. 11.3.

¹⁵⁶ *Ismailov v. Uzbekistan* 1769/2008 para. 7.3.

upartiskheten som kreves etter art. 9 nr. 3. Det innebærer at en anholdelse skal vare i kun ett par dager, og at resultatet skal enten ende i løslatelse eller varetektsfengsling, besluttet av en dommer eller en annen øvrighetsperson som ved lov er gitt domsmyndighet.

EMD har oppstilt lignende kriterier etter EMK art. 5. I *Schiesser mot Sveits*¹⁵⁷ para. 31 krever EMD at den andre myndighetspersonen skal være uavhengig den utøvende makt og partene i saken. Vedkommende må ha tilstrekkelig juridisk kompetanse for å kunne ivareta den siktedes rettigheter. Han skal ha mulighet til å høre den siktede, for å kunne ivareta den siktedes rettsikkerhet. EMD stiller krav til prosessen, men også organets myndighet. SP og EMK samsvarer derfor med hverandre. Dette må også ses i sammenheng med kravet om "fair-trial" etter SP art. 14 og EMK art. 6.

4.4 Fortsatt varetekt

Etter SP art. 9 nr. 3 skal den som er anholdt gis full prøving gjennom en hovedforhandling som skal finne sted "within a reasonable time or to release". Fristen begynner å løpe fra pågripelsen, og avbrytes når hovedforhandlingen begynner. Dette er også i samsvar med EMK sin engelske ordlyd og konvensjonspraksis.¹⁵⁸

Både etter SP og EMK har den som sitter i varetekt, et krav på at saken gis prioritet. Det har sammenheng med at vedkommende sitter fengslet uten dom, og at frihetsberøvelsen i utgangspunktet er i strid med uskyldspresumpsjonen. Det innebærer at saken må utføres innenfor en viss tidsfrist, og vil variere fra sak til sak.¹⁵⁹

Retten til hovedforhandling innen rimelig tid er en kontroll av varetektstiden, som beror på omstendigheter som de nasjonale domstolene som regel har større mulighet til å vurdere enn HRC.

Videre vil jeg gjøre rede for når en varetektsfengsling er innenfor kravet "within a reasonable time".

4.4.1 Within a reasonable time

Utgangspunktet etter SP. art. 9 nr. 3 er at hovedforhandling skal finne sted innen rimelig tid, og oppfylles ikke vilkårene for videre fengsling, skal vedkommende løslates. Hovedregelen er at vedkommende skal løslates, varetekt er unntaket.

¹⁵⁷ *Schiesser v. Switzerland* 7710/76 (04.12.1979).

¹⁵⁸ Erik Møse (2002) s. 278.

¹⁵⁹ Novak (2005) s. 233.

Problemstillingen er, hva kreves for at en sak skal anses fremsatt for hovedforhandling innen rimelig tid.

I *Koné mot Senegal*¹⁶⁰ gikk komiteen nærmere inn på dette. Klageren ble arrestert 15. januar 1982 og løslatt 9. mai 1986 (totalt fire år og fire måneder). HRC uttaler:

*”What constitutes “reasonable time” within the meaning of article 9, paragraph 3, must be assessed on a case-by-case basis.”*¹⁶¹

*“A delay of four years and four months during which the author was kept in custody (considerably more taking into account that the author's guilt or innocence had not yet been determined at the time of his provisional release on 9 May 1986) cannot be deemed compatible with article 9, paragraph 3, in the absence of special circumstances justifying such delay, such as that there were, or had been, impediments to the investigations attributable to the accused or to his representative.”*¹⁶²

Hva som anses som rimelig tid sier HRC beror på omstendighetene i den enkelte sak.

Avgjørelsen viser at når man skal vurdere om et saksforhold er innenfor ordlyden ”within a reasonable time”, må man se om det foreligger spesielle omstendigheter som kan være med på å rettferdiggjøre en forsinkelse. Et moment som komiteen anser relevant, er at forsinkelsen skyldes hindringer i etterforskningen.

Det må skilles mellom kompliserte problemer av praktisk og juridisk art. Det er kun førstnevnte som kan ha vesentlig vekt ved vurdering av tidsbruken. Har en sak mange tiltalte, involverer mange vitner og omfatter store dokumentmengder, taler dette for at tidsbruken kan øke og aksepteres.¹⁶³ At det hadde gått fire år og fire måneder var derimot et klart brudd på kravet om rimelig tid.

I *Smart mot Trinidad og Tobago*¹⁶⁴ hadde klageren sittet i varetekt i tre år og åtte måneder, frihetsberøvelsen ble ansett å være utenfor ordlyden rimelig tid. Det forelå ingen spesielle omstendigheter som rettferdiggjorde en slik fengsling. Det er derfor tvilsomt at en varetekt kan vare mer enn fire år. Komiteen bekrefter også at det ikke foreligger noen oppstilt norm for hvor lenge en varetektsfengsling er tillatt, men presiserer at dette må vurderes konkret.

¹⁶⁰ Koné v. Sengal 386/1989.

¹⁶¹ Koné v. Sengal 386/1989 para. 8.6.

¹⁶² Koné v. Sengal 386/1989 para. 8.7.

¹⁶³ Bertelsen (2011) s. 127.

¹⁶⁴ Smart v. Trinidad and Tobago 672/1995.

I *Teesdale mot Trinidad og Tobago*¹⁶⁵ hadde klageren vært anholdt fra 28. mai 1988 frem til hovedforhandling 6. oktober 1989. Etterforskningen var avsluttet 1. juni 1988, og ytterligere undersøkelser ble ikke foretatt. Spørsmålet var om en forsinkelse fra 1. juni til 6. oktober var forenelig med kravet om rimelig tid, siden det var foretatt en meget rask etterforskning. HRC uttaler:

*“... the Committee notes that the author was detained on 28 May 1988 and formally charged with murder on 2 June 1988. His trial began on 6 October 1989 and he was sentenced to death on 2 November 1989. ... It appears from the transcript of the trial before the San Fernando Assize Court that all evidence for the case of the prosecution was gathered by 1 June 1988 and no further investigations were carried out. The Committee is of the view that in the context of article 9, paragraph 3, in the specific circumstances of the present case and in the absence of any explanation for the delay by the State party, the length of time that the author was in pre-trial detention is unreasonable and, therefore, constitutes a violation of this provision.”*¹⁶⁶

Et varetektsopphold på seksten måneder var å anse som urimelig lenge etter komiteens mening, siden det ikke forelå noen adekvat begrunnelse for tiden fra avsluttet etterforskning til vedkommende ble stilt for retten. Det forelå brudd på art. 9. Avgjørelsen innebærer at når etterforskningen er avsluttet, kreves det at vedkommende fremstilles raskest mulig for hovedforhandling. Dette av hensyn til uskyldspresumpsjonen, for siktede sitter fengslet uten dom.

Den neste problemstillingen er om en særlig alvorlig forbrytelse er en tilstrekkelig begrunnelse for en lengre periode i varetekt.

I *Teesdale mot Trinidad og Tobago* ovenfor gikk det seksten måneder, det forelå ingen begrunnelse og var derfor et brudd på art. 9.

I *Thomas mot Jamaica*¹⁶⁷ tok HRC nærmere stilling til dette spørsmålet. Her ble fjorten måneders varetekt akseptert. Klageren var siktet for overlagt drap. HRC uttaler:

“However, with regard to the period of nearly fourteen months which lapsed from the author's arrest (27 February 1989) to his trial (23 to 25 April 1999), the Committee notes that the

¹⁶⁵ *Teesdale v. Trinidad and Tobago* 677/1996.

¹⁶⁶ *Teesdale v. Trinidad and Tobago* 677/1996 para. 9.3.

¹⁶⁷ *Thomas v. Jamaica* 614/1995.

*State party has not addressed the issue, nonetheless it considers that this delay does not in the overall circumstances of the case constitute a violation of article 9, paragraph 3.*¹⁶⁸

Lengre perioder med fortsatt forvaring kan tillates når den innsatte er siktet for en svært alvorlig forbrytelse. Det foreligger en høyere risiko for at slike personer vil prøve å flykte, eller utgjøre en fare for samfunnet, hvis vedkommende løslates i påvente av rettssaken.¹⁶⁹ Det virker som at komiteen stiller mildere krav til myndighetene og kravet til ”within a reasonable time” ved alvorlige forbrytelser.

I *McTaggart mot Jamaica*¹⁷⁰ var det spørsmål om en forsinkelse på tolv måneder var innenfor kravet om ”rimelig tid”. HRC uttaler:

*“... the Committee notes that there was a delay of 12 months between the author's arrest, after his return from Canada, and his trial. While such a delay between arrest and trial in a capital case may not be desirable, the Committee does not on the basis of the material before it, conclude that there has been a violation of articles 9, paragraph 3, and 14, paragraph 3 (a).”*¹⁷¹

Avgjørelsen viser at *Thomas mot Jamaica* er fulgt opp i ettertid. I dette tilfellet var det snakk om tolv måneder i motsetning til fjorten måneder. Ved alvorlige forbrytelser kan det være berettiget at etterforskningen tar rundt tolv måneder, før siktede blir fremstilt for retten. Det er viktig å bemerke at dette må vurderes ut fra den konkrete saken, og at terskelen kanskje heves ved alvorlige saker.

Det neste spørsmålet er om HRC oppstiller ytterligere krav til saksgangen, hvor siktede er siktet for en alvorlig forbrytelse. *Del Cid mot Panama*¹⁷² omfattet en alvorlig forbrytelse. HRC uttaler:

“In cases involving serious charges such as homicide or murder, and where the accused is denied bail by the court, the accused must be tried in as expeditious a manner as possible. The burden of proof that there are other factors which might have justified the delays in the present case lies with the State party. As the State party has not replied to the Committee's

¹⁶⁸ Thomas v. Jamaica 614/1995 para. 9.6.

¹⁶⁹ Joseph og Castan (2013) s. 370 [11.61].

¹⁷⁰ McTaggart v. Jamaica 749/1997.

¹⁷¹ McTaggart v. Jamaica 749/1997 para. 8.2.

¹⁷² Del Cid v. Panama 473/1991.

*request for further clarifications on this issue, the Committee has no choice but to conclude that no such other factors did in fact exist*¹⁷³

Avgjørelsen gjaldt en siktelse for mord, hvor kausjon ble nektet. HRC oppfordrer statene til å gjennomføre rettergangen raskest mulig når det foreligger alvorlige siktelser. Avgjørelsen viser at bevisbyrden ligger hos staten, hva gjelder begrunnelse for forsinkelser. Staten har best med ressurser, er den som anklager siktede for en ulovlig handling, og som har de best forutsetning til å etterforske. Bevisbyrden er derfor lagt på staten i stor grad.

Mangel på økonomiske midler og om dette er en tilstrekkelig begrunnelse for forsinkelse, er besvart tidligere under punkt. 4.2 om *Fillastre og Bizouarn mot Bolivia*. Som nevnt tidligere kan ikke mangel på økonomiske midler rettferdiggjøre en urimelig forsinkelse. Et annet viktig moment som kan trekkes ut fra denne avgjørelsen er at HRC uttaler:

*”Considerations of evidence-gathering do not justify such prolonged detention.”*¹⁷⁴

Hensynet til innhenting av bevis, vil ikke gå foran kravet om rettergang innen rimelig tid, utgangspunktet er fortsatt løslatelse.

Det neste spørsmålet er om politisk ustabilitet er å anse som spesielle omstendigheter, som kan rettferdiggjøre en forsinkelse?

I *Sextus mot Trinidad og Tobago*¹⁷⁵ tok HRC stilling til dette. Klageren satt varetektsfengslet fra september 1988 til juli 1990, noe som utgjorde 22 måneder i varetekt før fremstilling for en domstol. Dette ble ansett som et brudd på art. 9 nr. 3. HRC uttaler:

*”In the present case, where the author was arrested on the day of the offence, charged with murder and held until trial, and where the factual evidence was straightforward and apparently required little police investigation, the Committee considers that substantial reasons must be shown to justify a 22-month delay until trial. The State party points only to general problems and instabilities following a coup attempt, and acknowledges delays that ensued.”*¹⁷⁶

Avgjørelsen innebærer at ustabilitet etter et statskupp forsøk, ikke anses som spesielle omstendigheter som unnskylder en forsinkelse. Momentet skal ikke utelukkes totalt, for komiteen mente at dette var en sak som var lite omtvistet og krevde lite etterforskning.

¹⁷³ Del Cid v. Panama 473/1991 para. 8.5.

¹⁷⁴ Fillastre and Bizouarn v. Bolivia 336/1988 Para. 6.5.

¹⁷⁵ Sextus v. Trinidad and Tobago 818/1998.

¹⁷⁶ Sextus v. Trinidad and Tobago 818/1998 para. 7.2.

Utfallet kan dermed bli et annet hvis saken er omtvistet og det kreves mye ressurser til etterforskningen.

Hovedoppgaven til HRC er etter dette å vurdere grunnlaget til medlemstaten for fortsatt frihetsberøvelse, hvor løslatelse ikke har funnet sted. Komiteen godtar begrunnelser som er av frykt for bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare og unndragelsesfare. For å kunne være i samsvar med komiteens krav, kreves begrunnelse ved varetekt. Foreligger ikke dette, skal det lite til før HRC konstaterer brudd.

Forslaget til ny generell kommentar avsnitt 37 redegjør nærmere for kravet om innen rimelig tid. Den presiserer at slik fengsling kan lett komme i strid med uskyldspresumpsjonen, som tilsier at personen skal løslates. Forslaget til ny kommentar presiserer videre praksis redegjort for over, slik at tilsvarende er blitt lagt til grunn i kommentarene. Momenter som derfor skal tas med i vurderingen er sakens kompleksitet, om siktede samarbeider, sakens alvorlighet, fremdrift i etterforskningen m.m.

4.5 Right to release pending trial

SP art. 9 nr. 3 annet punktum inneholder et prinsipp som ikke er nedfelt eksplisitt i EMK art. 5 nr. 3, som innebærer at varetekt ikke skal være den alminnelige regel for personer som avventer rettergang. Bestemmelsen er begrenset til at det må foreligge vesentlige årsaker, som fare for bevisforspillelse, gjentakelsesfare eller fluktfare, og fengslingen skal eventuelt være så kort som mulig.

En annen forskjellen er at SP art. 9 nr. 3 annet punktum gir adgang til å gjøre løslatelse betinget av garantier for å sikre siktedes tilstedeværelse på ethvert trinn av saken, mens EMK art. 5 nr. 3 annet punktum bare tillater betinget løslatelse for å sikre at mistenkte møter ved hovedforhandlingen.

SPs generelle kommentar sier at varetektstiden skal være så kortvarig som mulig.¹⁷⁷ EMD har lagt det samme til grunn, og presisert at forlenget varetektsfengsling ikke bare må være nødvendig på grunn av offentlige interesser, men også være rimelig i forhold til den frihetsberøvede. Det foreligger derfor ingen reell forskjell her.¹⁷⁸

Hovedregelen er at siktede skal løslates, og varetektsfengsling skal være unntaket. Etter SP art. 9 nr. 3 kan en eventuell løslatelse gis med betingelser, hvis det anses nødvendig.

¹⁷⁷ General comment no. 8 para. 3.

¹⁷⁸ Novak (2005) s. 231.

Problemstillingen videre er om HRC allikevel tillater varetektsfengsling i visse tilfeller, og hva som eventuelt kreves.

Problemstillingen er, i hvilke tilfeller er staten pålagt å løslate den siktede?

I *W.B.E. mot Nederland*¹⁷⁹ satt klageren fengslet i tre måneder med anklage for narkotika-smugling. Han hevdet at han skulle vært løslatt i påvente av hovedforhandlingen, og at det forelå et brudd på art. 9 nr. 3. HRC kom til at anholdelsen fra 10. desember 1979 til hovedforhandling 27. mars 1980, ikke var et brudd på art. 9 nr. 3 og uttalte:

*“... article 9, paragraph 3, allows pre-trial detention as an exception; pre-trial detention may be necessary, for example, to ensure the presence of the accused at the trial, avert interference with witnesses and other evidence, or the commission of other offences. On the basis of the information before the Committee, it appears that the author's detention was based on considerations that there was a serious risk that, if released, he might interfere with the evidence against him.”*¹⁸⁰

Det som kan utledes fra avgjørelsen er, foreligger fluktfare, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare kan den siktede fengsles. Komiteen bemerker også at myndighetene anså det som en alvorlig risiko for at siktede ville kunne forspille bevis ved løslatelse. Det indikerer at komiteen oppstiller et krav om at det må foreligge en mistanke for at vedkommende rent faktisk vil benytte seg av muligheten til å forspille bevis.

4.5.1 Garantier

Bestemmelsen understreker at en løslatelse kan være betinget av garantier. Slike garantier skal være med på å sikre at den siktede møter frem under alle trinn i saken. Utgangspunktet er at staten har en positiv plikt til å sørge for alternativer til frihetsberøvelse. Formålet med bestemmelsen ble nærmere diskutert i forarbeidene. Siktede skal ha nærvær på alle sakens stadier.¹⁸¹ Når det gjelder spørsmålet om kausjon ble det gjort klart i forarbeidene at en kausjon ikke nødvendigvis måtte være av økonomisk art. I forarbeidene uttales det:

*”It was made clear that the article allows States parties to provide for guarantees other than those of a purely financial character. ... It was stipulated that release subject to guarantees might apply at any stage of the judicial proceedings.”*¹⁸²

¹⁷⁹ W.B.E v. The Netherlands 432/1990.

¹⁸⁰ W.B.E v. The Netherlands 432/1990 para. 6.3.

¹⁸¹ Bossuyt (1987) s. 210 og Erik Møse (2002) s. 277.

¹⁸² Bossuyt (1987) s. 208.

Det innebærer at kausjon må ses i sammenheng med den enkelte sak. Det er viktig å ha formålet som bakgrunn i vurderingen, for hensikten med en eventuell kausjon er at siktede skal møte for retten.

Problemstillingen er, når foreligger det brudd på kravet om løslatelse ved at det ikke er stilt garantier?

I *Smantser mot Hviterussland*¹⁸³ så komiteen nærmere på dette spørsmålet. HRC uttalte:

*”The State party has argued that the author was charged with a particularly serious crime, and that there was a concern that he might obstruct investigations and abscond if released on bail. However, it has provided no information on what particular elements this concern was based and why it could not be addressed by fixing an appropriate amount of bail and other conditions of release.”*¹⁸⁴

Avgjørelsen viser at løslatelse er hovedregelen, hvis kausjon kan benyttes. Begrunnelsen for fengslingen var ikke tilstrekkelig, sett i sammenheng med komiteens krav om andre mulige betingelser. Andre alternative midler skal vurderes i hver enkelt sak.

En senere avgjørelse fra komiteen gjaldt i likhet med avgjørelsen over, økonomisk kriminalitet. I *Basso mot Uruguay*¹⁸⁵ ble klageren utlevert fra USA til Uruguay. HRC var uenig med klageren i at nektelse av kausjon innebar et brudd på art. 9 nr. 3, og uttalte:

*“The Committee takes note of the State party’s argument that the accused was a fugitive from Uruguayan justice and that there were therefore substantial grounds for thinking that he might behave in a similar manner in the future. The Committee underscores the nature of the charges against the author, that he left the country on 25 June 2002, that an international warrant for his arrest was issued on 8 August 2002 and that his return to the State party was not voluntary but the result of an extradition process. Consequently, the Committee is of the view that refusal of the State party’s authorities to grant him provisional release is not a violation of article 9, paragraph 3, of the Covenant.”*¹⁸⁶

¹⁸³ Smantser v. Belarus 1178/2003.

¹⁸⁴ Smantser v. Belarus 1178/2003 para. 10.3.

¹⁸⁵ Basso v. Uruguay 1887/2009.

¹⁸⁶ Basso v. Uruguay 1887/2009 para. 10.2.

Klageren hadde flyktet til USA tidligere, og det forelå fortsatt mistanke om at vedkommende ville prøve å flykte igjen ved løslatelse. Det ble godtatt i vurderingen at vedkommende var utlevert og ikke kommet av egen vilje. Siktedes samarbeidsevne kan derfor inngå som et moment i vurderingen.

Stilles det samme strenge krav til garantier der den siktede er utlending, hvor risikoen for flukt er særlig stor?

Dette så HRC nærmere på i *Hill og Hill mot Spania*.¹⁸⁷ HRC uttaler:

*“The mere fact that the accused is a foreigner does not of itself imply that he may be held in detention pending trial. The State party has indeed argued that there was a well-founded concern that the authors would leave Spanish territory if released on bail. However, it has provided no information on what this concern was based and why it could not be addressed by setting an appropriate sum of bail and other conditions of release. The mere conjecture of a State party that a foreigner might leave its jurisdiction if released on bail does not justify an exception to the rule laid down in article 9, paragraph 3, of the Covenant.”*¹⁸⁸

Komiteen kommer frem til at det kreves her som ellers, en tilstrekkelig begrunnelse for fortsatt fengsling. At vedkommende er utlending var ikke tilstrekkelig til å begrunne en nektelse av kausjon. Risikoen for at utlendingen vil reise ut av landet er i de fleste tilfeller høyere, men komiteen bemerker at dette fortsatt må begrunnes. Hovedregelen er løslatelse og det er også det komiteen gir uttrykk for her. Den siktede kunne bli gitt en passende kausjons-sum og andre garantier. Et viktig poeng er at komiteen ikke utelukker dette som et moment, og at fortsatt varetekt kan foretas hvis dette er nødvendig og andre inngripende tvangsmidler ikke vil være tilstrekkelig.

5 Avslutning

Det har foregått en klar utvikling av SP art. 9. Den nåværende generelle kommentaren er på fire avsnitt, mens forslaget til ny kommentar er på sekstisyv avsnitt. Det tyder på at spørsmålene er mer aktuelle. Som jeg har redegjort for, har det vært en tydelig utvikling fra 1982 til 2014. Forslaget kan føre til klarere retningslinjer. Om dette vil hindre videre utvikling av menneskerettighetene etter SP art. 9 er et åpent spørsmål. En detaljregulering kan forhindre utvikling av bestemmelsen, for det etterlater lite til tolkningen. Samtidig kan en slik detaljregulering være med på å heve nivået på nasjonal lovgivning.

¹⁸⁷ Hill and Hill v. Spain 526/1993.

¹⁸⁸ Hill and Hill v. Spain 526/1993 para. 12.3.

Hvilken effekt grunnlovsrevisjonen vil ha på menneskerettighetskonvensjonene i norsk rett er utenfor denne avhandlingens tema, men det er et spørsmål som vil ha betydning både for SP og EMK sin stilling i norsk rett.

Til tross for at staten kan bli erstatningsansvarlig etter strpl. § 444 (1) bokstav c, som henviser til både EMK art. 5 og SP art. 9, er SP art. 9 lite behandlet i rettspraksis og litteraturen. Om en større grad av detaljregulering etter SP art. 9 vil føre til en endring på dette feltet, gjenstår å se.

Den endringen i forslaget til ny generell kommentar som det er viktig å legge merke til er ordlyden ”promptly”. Norsk rett operer med et krav om innen tre dager, noe som kan være i strid med forslaget til 48 timer etter SP art. 9.

I praksis oppstilles et krav om at ”Any longer period of delay would require special justification to be compatible with article 9, paragraph 3, of the Covenant”.¹⁸⁹ Forslaget tyder på en enda strengere norm, hvor det foreslås at frihetsberøvelse utover 48 timer må ”remain absolutely exceptional and be justified under the circumstances”.¹⁹⁰

Etter EMK art. 5 nr. 3 skal den siktede også fremstilles ”promptly”. Det er ikke en fastlagt tidsramme, det må foretas en avveining mellom styrken av det samfunnsmessige behovet og tiden som går før fremstilling i den enkelte sak.

Dette tyder på at norsk rett kanskje ikke er i samsvar med HRC sitt forslag til ny generell kommentar til SP art. 9. Ved opphold i politiarrest ut over 48 timer er det viktig å sikre adekvat og god notoritet om begrunnelsen for oversittelsen, for å være i samsvar med menneskerettighetskonvensjonene.

¹⁸⁹ Pichugina v. Belarus 1592/2007.

¹⁹⁰ General comment no. 35 para. 33.

Litteraturliste

Lover

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999.

Konvensjoner

- FN-Pakten Charter of the United Nations, San Fransisco (USA) 26. juni 1945.
- ICJ Statute of the International Court of Justice, San Fransisco (USA) 26. juni 1945.
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma (Italia) 4. november 1950.
- SP Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, New York (USA) 16. desember 1966.
- SP TP1 Første tilleggsprotokoll til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York (USA) 16. desember 1966.
- Wien-konvensjonen Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien (Østerrike) 23. mai 1969.

Forarbeider

- Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
- Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Rettspraksis

- Rt-1993-1302.
- Rt-2006-582.
- Rt-2008-1764.

Komitéavgjørelser

A v. Australia 560/1993.

Arshidin Israil v. Kazakhstan 2024/2011.

Basso v. Uruguay 1887/2009.

Blanco v. Nicaragua 328/1988.

Borisenko v. Hungary 852/1999.

C v. Australia 900/1999.

Casareigo v. Uruguay 56/1979.

Celepli v. Sweden 456/1991.

Del Cid v. Panama 473/1991.

Domukovsky et al. v. Georgia 623, 624, 626, 627/1995.

F.K.A.G. et al. v. Australia 2094/2011.

Fillastre and Bizouarn v. Boliva 336/1988.

Floresmilo Bolaños v. Ecuador 238/1987.

Freemantle v. Jamaica 625/1995.

Gorji-Dinka v. Cameroon 1134/2002.

Gunaratna v. Sri Lanka 1432/2005.

Hill and Hill v. Spain 526/1993.

Ismailov v. Uzbekistan 1769/2008.

Jalloh v. Netherlands 794/1998.

Jaona v. Madagascar 132/1982.

Jessop v. New Zealand 1758/2008.

Judge v. Canada 829/1998.

Karker v. France 833/1998.

Koné v. Sengal 386/1989.

Kovalev v. Belarus 2120/2011.

Kovsh v. Belarus 1787/2008.

Kulomin v. Hungary 521/1992.

Kurbanov v. Tajikistan 1096/2002.

López Burgos v. Uruguay 52/1979.

M.M.M. et al. v. Australia 2136/2012.

McLawrence v. Jamaica 702/1996.

McTaggart v. Jamaica 749/1997.

Mukong v. Cameroon 458/1991.

Nazarov v. Uzbekistan 911/2000.

Pichugina v. Belarus 1592/2007.

Portorreal v. Dominican Republic 188/1984.

Portorreal v. Dominican Republic 188/1984.

Reece v. Jamaica 796/1998.

Sextus v. Trinidad and Tobago 818/1998.

Shafiq v. Australia 1324/2004.

Smantser v. Belarus 1178/2003.

Smart v. Trinidad and Tobago 672/1995.

Spakmo v. Norway 631/1995.

Tessdale v. Trinidad and Tobago 677/1996.

Thomas v. Jamaica 614/1995.

Van Alphen v. Netherlands 305/1988.

Van der Houwen v. The Netherlands 583/1994.

Vuolanne v. Finland 265/1987.

W.B.E v. The Netherlands 432/1990.

Wackenheim v. France 854/1999.

Weismann and Perdomo v. Uruguay 8/1977.

EMD

EMD Amuur v. France (19776/92) 25. juni 1996.

EMD Belusov v. Ukraine (4494/07) 07. november 2013.

EMD Brogan and others v. The United Kingdom (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85)
29. november 1988.

EMD Nasrullojev v. Russia (656/06) 11. oktober 2007.

EMD Schiesser v. Switzerland (7710/76) 4. desember 1979.

ICJ

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)
(30. november 2010).

Kommentarer/retningslinjer

General comments no. 8.

[http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9\(Vol.I\)_\(GC8\)_en.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9(Vol.I)_(GC8)_en.pdf)

General comments no. 35 (forslag 10. april 2014) (CCPR/C/GC/R.35/Rev.3).

<http://www.ccprcentre.org/iccpr-and-hr-committee/general-comments/draft-general-comment-on-article-9-iccpr-call-for-comments/>

WGAD - Report of the Working Group on Arbitrary Detention (A/HRC/22/44) 22. desember 2012.

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/CompilationWGADDeliberation.pdf>

Concluding observations

Concluding observations on El Salvador CCPR/C/SLC/6 (18.11.2010).

Concluding observations on Gabon CCPR/CO/70/GAB (10.11.2000).

Concluding observations on Kuwait CCPR/CO/69/KWT (27.07.2000).

Concluding observations on Trinidad and Tobago CCPR/CO/70/TTO (03.11.2000).

Litteratur

- Andenæs (2010) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer. 2. opplag. Oslo, 2010. (s. 276-295, 305-307).
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers. *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. Oslo, 2011. (s. 97-133).
- Bossuyt (1987) Bossuyt, Marc J. *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Dordrecht (Nederland), 1987. (s. 187-203, 207-212).
- Carlson (2003) Carlson, Scott N. and Gregory Gisvold. *Practical guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Ardsley (USA), 2003. (s. 81-85).
- Cornelisse (2010) Cornelisse, Galina. *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*. Leiden (Nederland), 2010. (s. 251-256).

- Eckhoff (2012) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen (6. opplag). Oslo, 2012.
- Hanski (2007) Hanski, Raija and Martin Scheinin. *Leading Cases of the Human Rights Committee*. Second, revised edition. Turku (Finland), 2007. (s. 122-177).
- Havre (2014) Havre, Merete. *Den store balansetesten – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell*. Universitetet i Oslo, 2014.
- Henkin (1981) Henkin, Louis. *The International Bill of Rights – The Covenant On Civil and Political Rights*. New York (USA), 1981. (s. 128-135, 138-143).
- Hov (2010) Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Oslo, 2010. (s. 462-475, 492-493).
- Hov (2010) Hov, Jo. *Rettergang II*. Oslo, 2010. (s. 726-743, s. 762-763).
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo, 2012. (s. 87-135, 167-180, 186-191, 366-374).
- Jebens (2004) Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004. (s. 85-242).
- Joseph (2013) Joseph, Sarah and Melissa Castan. *The International Convention on Civil and Political Rights, Cases, materials and commentary*. Third edition. Oxford (England), 2013. (s. 340-365, 368-374).
- Møse (2004) Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 3. opplag. Oslo, 2004. (s. 35-41, s. 55-59, s. 132-148, s. 238-297).
- Novak (2005) Novak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary*. 2nd revised edition. Kehl (Tyskland), 2005. (s. 210-228, 230-235).
- Ruud (2011) Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 4. utgave. Oslo, 2011. (s. 52-95, 103-104).

Aall (2013) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utgave. Bergen, 2013. (s. 312-340, 342-349).

Artikler

Elden, John Christian, Anders Brosveet og Håkon Bodahl-Johansen. *Straffeprosess – en veiledning*. 2012. <http://rettsdata.no/direkte?grlink=gSTRPRz2DARTIKLER> (Kapittel 6, 7 og 9). (Hentet fra rettsdata).

Masteroppgaver

Rekkedal (2012) Rekkedal, Fredrik. *Administrativ frihetsberøvelse av asylsøkere – en krenkelse av retten til personlig frihet?* Oslo, 2012. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/19863>

Begby (2010) Begby, Maria Elise. *Forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse, etter konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 9 paragraf 1 og 3 - særlig om gjennomføringen i Kambodsja*. Oslo, 2010. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/19127>

Lukowski (2004) Lukowski, Anne-Marie. *Dynamisk tolkning i EMK*. Oslo, 2004. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/20239>

Nettsider

Amnesty. <http://www.amnesty.org/en/who-we-are> (13. november 2014).

NGO. <https://snl.no/NGO> (13. november 2014).

Subversiv. <https://snl.no/subversiv> (siteret 13. november 2014).

Merknad. <http://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/1814-05-17/§94> (13. november 2014 Lovdata pro).

Komiteavgjørelser: <http://www.bayefsky.com>

Sivile og politiske rettigheter. <http://www.ccprcentre.org>