

Utvisning i sikkerhetsaker

*Utvalgte EØS-rettslige og menneskerettslige spørsmål
ved gjennomføringen av utlendingsloven kap. 13 og 14*

Kandidatnummer: 63

Antall ord: 14 744



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

27. mai 2016

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Problemstilling	4
1.2	Aktualitet	5
1.3	Avgrensning	7
1.4	Rettskilder og metode	8
1.5	Den videre fremstillingen	12
2	Rettsgrunnlag og prosedyre	13
2.1	Utlendingsloven 2008	13
2.2	Utlendingsloven kap. 13 og Unionsborgerdirektivet	14
2.3	Utlendingsloven kap. 14	16
2.4	Prosedyrer	17
3	De materielle vilkår for utvisning	19
3.1	Generelle regler	19
3.1.1	Menneskerettslige utgangspunkter	21
3.1.2	Hensyn til ”grunnleggende nasjonale interesser”	21
3.2	Særregler for utvisning av EØS-borgere	23
3.2.1	Sikkerhetsbegrepet	23
3.2.1.1	Hensyn til ”offentlig sikkerhet”	23
3.2.1.2	Forholdsmessighetskravet og utlendingsloven § 122	24
3.2.1.3	Forholdsmessighet i kunnskapsoverføringssaker	26
3.2.2	Sanksjonsbegrepet	29
3.2.2.1	EØS-rettslige utgangspunkter	29
3.2.2.2	Forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling	30
3.2.2.3	Sanksjonsbegrepet i utlendingsforskriften § 19-29	30
3.2.2.4	EFTA-domstolen i sak E-15/12, <i>Wahl</i>	32
3.2.2.5	Eksempler på grensedragningen	34
3.2.2.6	Klarhetskravet	35
3.2.2.7	Forskriftsendringens betydning for forskersaken	36
4	Rettergangen ved domstolsprøving av utvisningsvedtak	37
4.1	Reglene om særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II	37
4.2	Menneskerettslige regler om kontradiksjon	39
4.2.1	Oversikt over reglene	39
4.2.2	Grunnloven § 95	40
4.2.3	Nærmere om forholdet mellom EMK art. 6 og 13	42
4.3	Enveis kommunikasjon	43
4.3.1	Praksis fra EMD	43
4.3.2	Informasjonskravet	50
5	Rettspolitiske betraktninger	51

6	Konklusjon	55
	Litteraturliste	56
	Rettsavgjørelser	57
	Lover og forskrifter	59
	Endringslover, lovforarbeider og andre nasjonale kilder	60
	Internasjonale kilder	62

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er knyttet til de norske reglene om utvisning i utlendingssaker som berører grunnleggende nasjonale interesser (sikkerhetssaker). Lovreguleringen av utvisning i sikkerhetssaker finnes i utlendingsloven¹ kap. 14 om sikkerhetssaker generelt og utlendl. kap. 13 § 122 om utvisning av EØS-borgere i slike saker.

Gjennomføringen av de nevnte bestemmelsene skal være ”i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling”, jf. utlendl. § 3. Oppgaven skal behandle spørsmål med bakgrunn i to typer internasjonal rett, henholdsvis EØS-rett og menneskerettigheter. Oppgavens overordnede problemstilling er:

Hvilke føringer gir EØS-retten og menneskerettighetene for gjennomføringen av utlendingsloven kap. 13 og 14?

Tre spørsmål er utvalgt som underproblemstillinger, og spørsmålene er fordelt på to hoveddeler i oppgaven.

Den første hoveddelen gjelder de materielle vilkår for utvisning. Etter en gjennomgang av de felles utgangspunkter som følger av de generelle reglene på området, stilles fokus inn på særreglene for utvisning av EØS-borgere.

Først spørres det om utvisningsadgangen etter utlendl. § 122 er snevrere enn utvisningsadgangen etter utlendl. § 126 annet ledd.

Deretter undersøkes føringene som EØS-rettens forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling gir for utvisningsadgangen. Spørsmålet er hva slags adgang til

¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter utlendingsloven 2008, utlendingsloven eller utlendl.).

sanksjoner mot norske borgere for tilsvarende forhold som må foreligge for at utvisning skal kunne skje etter utlendl. § 122.

Oppgavens andre hoveddel gjelder rettergangen ved prøvingen av utvisningsvedtak. Spørsmålet her er om ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II i tilstrekkelig grad ivaretar utlendingens menneskerett til kontradiksjon etter Grunnloven § 95 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) art. 13.

1.2 Aktualitet

Oppgaven klarlegger forholdet mellom utlendingsloven og folkeretten på området utvisning i sikkerhetssaker. Utlendingslovens forhold til folkeretten er et meget aktuelt og debattert tema i 2016. Særlig fokus er det på asylrettens område. Essensen i denne oppgaven er folkerettens føringer for gjennomføringen av utlendingslovens bestemmelser. Denne leder oss inn på grunnleggende folkerettslige, og særlig menneskerettslige, verdier. Dette er verdier som har anvendelse enten man befinner seg på utlendings- eller asylrettens område.

Vi skal nå se at det er et vidt spenn av sakstyper innen utvisning i sikkerhetssaker. Bak mitt valg av fokus i fortsettelsen ligger en hensikt om å fremheve forholdet mellom de folkerettslige grunnverdiene og oppgavens spørsmål.

Det typiske anvendelsesområdet for reglene om utvisning i sikkerhetssaker er saker hvor det foreligger en stor samfunnstrussel i form av terrorhandlinger og terrorrelaterte handlinger. Reglene har dermed bakgrunn i svært alvorlige og tungtveiende sikkerhetshensyn.

Utvisning forekommer imidlertid også på grunnlag av trusselvurderinger knyttet til overføring av kunnskap. Sikkerhetshensyn kan i like stor grad komme inn i slike saker, men sakstypen er unik ved at virksomheten det reageres mot er *lovlig*.² På dette området skiller sakstypen seg markant fra saker som for eksempel gjelder terrorhandlinger, som er klart ulovlige og kan straffes med lovens strengeste straff, jf. straffeloven³ § 131.

² Såfremt den ikke strider mot eksportkontrollloven.

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.).

En dagsaktuell sikkerhetssak om kunnskapsoverføring er sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 fra Oslo tingrett. Saken gjaldt utvisningen av en forsker ved Universitetet i Agder i januar 2015. Utvisningen var begrunnet i PSTs mistanke om at forskeren var involvert i et forskningssamarbeid med militært formål til fordel for Kina.

Tingretten fant at et slikt samarbeid ikke var bevist, og at forskerens personlige atferd ikke innebar en reell eller virkelig risiko for fremtidig trussel mot ”offentlig sikkerhet” etter utlendl. § 122. Tingrettens dom kom 14. september 2015, og saken skal behandles i lagmannsretten 31. mai 2016.

Den videre fremstillingen vil vise at kunnskapsoverføringssakene er interessante i et folkerettslig perspektiv, særlig med tanke på forholdsmessighetskravet, jf. kapittel 3.

Videre vil det i saker om kunnskapsoverføring ofte være en sammenheng mellom grunnlaget for oppholdsrett i landet og virksomheten det reageres mot. Virksomheten som utvisningsvedtaket baseres på, vil som nevnt ovenfor i utgangspunktet være lovlig. I tillegg er den ofte selve grunnlaget for oppholdet.

Forskeren i saken som er nevnt ovenfor hadde for eksempel dobbelt statsborgerskap, iransk og tysk, og var som følge av det tyske EØS-borger. Han hadde derfor rett til opphold utover tre måneder idet han var ”arbeidstaker”, jf. utlendl. § 112 første ledd bokstav a, og hans arbeidssted var Universitetet i Agder. Forskningsvirksomheten som trusselvurderingene knyttet seg til, var dermed grunnlaget for at han hadde opphold i Norge. Virksomheten var altså i utgangspunktet ikke bare lovlig, men også et lovfestet grunnlag for arbeidsinnvandring innenfor EØS-området.

På denne bakgrunn synes kunnskapsoverføringssaker særlig egnet til å illustrere EØS-rettens og menneskerettighetenes føringer for gjennomføringen av utlendingsloven kap. 13 og 14. Oppgaven vil derfor fokusere på denne typen saker når de tre spørsmålene behandles.

1.3 Avgrensning

Oppgaven omhandler utvisning, en sanksjon som resulterer i at alle tillatelser til opphold ”opphører å gjelde” og er ”til hinder for senere innreise i riket”, jf. utlendl. § 71 og § 124 første ledd. I det følgende gis det en oversikt over andre utlendingsrettslige sanksjoner i sikkerhetssaker, og hvordan de plasserer seg i forhold til utvisning. Nødvendige avgrensninger vil bli gjort.

Sanksjonene som oppgis i utlendl. § 126 første ledd gjelder negativt vedtak eller beslutning om ”tillatelse eller rettighet som ellers kunne blitt innvilget etter loven eller forskriften”, eventuelt ”begrensninger eller vilkår” for slik tillatelse eller rettighet. Disse er ikke til hinder for nye søknader, og kommer inn på et tidspunkt hvor innrettelseshensyn ikke gjør seg gjeldende som ved utvisning. Som følge av forskjellen mellom sanksjonene som oppgis i utlendl. § 126 første ledd og utvisning, avgrenses oppgaven mot disse sanksjonene.

Bortvisning etter utlendl. § 17 eller § 121 ”innebærer at utlendingen nektes adgang til Norge eller pålegges å forlate riket”⁴. Landet må altså forlates dersom utlendingen har kommet inn i Norge, men det gis ingen forbud mot fremtidig innreise som ved utvisning. I tillegg skjer bortvisning kun i tilfeller hvor det ikke foreligger en oppholdstillatelse på forhånd, jf. utlendl. § 17 annet ledd annet punktum. For øvrig treffes de fleste bortvisningssaker i forbindelse med innreise.⁵ Det avgrenses derfor også mot bortvisning.

De nevnte bestemmelsene om bortvisning er ikke spesifikke for sikkerhetssaker. En spesifikk regulering av bortvisning i sikkerhetssaker er foreslått i Prop. 58 L (2015-2016), gjennom en tilføyelse i utlendl. § 126 første ledd annet punktum. Dette lovforslaget behandles kun der det har direkte betydning for oppgavens spørsmål.

En annen utlendingsrettslig sanksjon som innebærer at landet må forlates, men som ikke ilegger et formelt innreiseforbud, er ”tilbakekall av en innvilget tillatelse eller andre rettigheter”, jf. utlendl. § 126 annet ledd. Tilsvarende kan tilbakekall av EØS-borgeres oppholdsdokumenter skje etter utlendl. § 120 første ledd. Disse tilfellene ligner

⁴ Øyvind Dybvik Øyen, *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 401.

⁵ Øyvind Dybvik Øyen, *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 401.

utvisningstilfellene ved at det foreligger en oppholdstillatelse og sannsynlig innrettelse etter denne. I tillegg kan det være vanskelig å få adgang til fremtidig innreise dersom man ved en sikkerhetssak får tilbakekalt sin tillatelse, og de faktiske virkningene ligner derfor utvisning. I forarbeidene er det også lagt til grunn at tilbakekallsvedtak i sikkerhetssaker ”ofte [vil] være et like alvorlig inngrep som utvisning”.⁶

Det gjøres derfor ikke noen skarp avgrensning mot tilbakekallsaker, som for de øvrige utlendingsrettslige sanksjonene. Oppgaven beholder imidlertid sitt hovedfokus på utvisning.

1.4 Rettskilder og metode

Oppgavens skal klarlegge retten slik den er. Som følge av at utlendingslovens regler om utvisning i sikkerhetssaker er relativt nye, er det imidlertid begrenset med retningsgivende rettspraksis på området. Etter at rettstilstanden er klarlagt så langt det lar seg gjøre, vil det derfor bli gjort noen rettspolitiske vurderinger i kapittel 5. I det følgende avsnittet skal det gis en oversikt over rettskildene på området, og hvordan de skal brukes i oppgaven.

Sentralt i oppgavens første drøftelse står en sammenligning av den generelle bestemmelsen om utvisning i sikkerhetssaker utlendl. § 126 annet ledd og den EØS-spesifikke bestemmelsen om utvisning i sikkerhetssaker i utlendl. § 122. Bakgrunnen for utlendl. § 122 er EØS-retten, med viktige rettsakter og avgjørelser på området.

I oppgavens andre drøftelse skal tilleggsvilkåret om adgang til sanksjoner mot nasjonale borgere for tilsvarende forhold tolkes. Dette vilkåret har bakgrunn i EØS-rettens forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, og er utviklet gjennom praksis i EFTA-domstolen og EU-domstolen. Det er ment å komme til uttrykk i utlendingsforskriften⁷ § 19-29.

Under arbeidet med denne oppgaven, har ordlyden i utlendingsforskriften § 19-29 blitt endret. Tidligere krevde bestemmelsen ”adgang til sanksjoner for norske borgere for tilsvarende forhold”, mens nå lyder utlendingsforskriften § 19-29 første ledd:

⁶ Innst. 461 L (2012-2013) s. 6.

⁷ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter utlendingsforskriften).

”Bortvisning eller utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, jf. lovens § 121 og § 122 første ledd, kan bare være begrunnet i utlendingens personlige forhold og kan bare skje dersom det er adgang til sanksjoner *eller det foreligger andre effektive tiltak for å motvirke eller bekjempe tilsvarende adferd hos norske borgere*. Tidligere straffedommer kan ikke alene gi grunnlag for bortvisning eller utvisning (min uth).”

Endringen av utlendingsforskriften henger sammen med det nevnte lovforslaget om bortvisning⁸, og har blitt utypet av Justis- og beredskapsdepartementet i høringsnotat 3. juli 2015 om endring i reglene om bortvisning på grunn av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Endringen trådte i kraft 11. mars 2016.⁹ Begrunnelsen for endringen var som følger, jf. høringsnotatet s. 6:

”Det absolutte krav om ”sanksjoner” fremstår som et noe strengere vilkår enn det som kan utledes av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.”

Opgaven vil undersøke EØS-retten på området under kapittel 3.2.2 Sanksjonsbegrepet. Begrunnelsen for endringen av utlendingsforskriften vil her bli gjort rede for og drøftet.

De to første drøftelsene har til felles at de begge har som formål å klarlegge EØS-rettens betydning for utvisningsadgangen i sikkerhetssaker.

Det fremgår av EØS-loven¹⁰ at EØS-avtalens hoveddel er en del av norsk rett, jf. § 1. Videre er ”rettsaktene” som er omhandlet i vedleggende ”en integrerende del av avtalen”, jf. EØS-avtalen art. 119. Dette medfører at rettsakter fattet av EU som er inntatt i vedleggende til EØS-avtalen, er en del av EØS-avtalen. Sentralt i oppgaven blir også håndhevingsorganenes, henholdsvis EFTA-domstolen og EU-domstolen, tolkning av disse rettsaktene.

⁸ Prop. 58 L (2015-2016).

⁹ Rundskriv G-2016-3 om ikrafttredelse av endring i utlendingsforskriften § 19-29 om vilkår for bortvisning eller utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet.

¹⁰ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (heretter EØS-loven).

Norske bestemmelser som gjennomfører EØS-avtalen, skal ha forrang foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2. Bestemmelsen vil formelt være et lovfestet forsterket presumsjonsprinsipp, men er i praksis en forrangsbestemmelse.¹¹

Forrang kan også forankres i utlendl. § 3, såfremt de aktuelle reglene har ”til formål å styrke individets stilling”. Formålet bak EØS-reglene vil bli nærmere gjennomgått i oppgavens kapittel 2.2, i forbindelse med presentasjonen av direktiv 2004/38-EF om Unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes område (Unionsborgerdirektivet).

Opgavens andre del gjelder menneskerettigheten til rettferdig rettergang. Her skiller det ikke mellom EØS-borgere og utlendinger med lovlig opphold for øvrig. Spørsmålet er menneskerettslig, og dermed universelt av natur. Utlendingsloven kap. 13 har ikke prosessuelle regler. Det fremgår av forarbeidene til kap. 14 at ordningen med særskilt advokat etter § 133 også vil ”kunne benyttes ved utvisning av EØS-borgere etter lovens § 122”.¹²

Bestemmelsene om særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II skal sees opp mot skranker i de internasjonale menneskerettighetene slik de fremgår av EMK. I tillegg har Grunnloven en menneskerettighetskatalog som ble modernisert i 2014, og denne har i § 95 en bestemmelse om rettferdig rettergang. I et rettskildeperspektiv er grunnlovstolkning av en såpass ny bestemmelse, som er sterkt inspirert av EMK-retten¹³, interessant.

Det er klart at Grunnloven ikke kan gi dårligere beskyttelse enn EMK på området, jf. Grunnloven § 92 om statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene og menneskerettighetsloven¹⁴ § 3 om menneskerettighetens forrang. Bestemmelsene i EMK er videre typiske eksempler på bestemmelser som ”har til formål å styrke individets stilling”, jf. utlendl. § 3, og har dermed også forrang etter denne.

¹¹ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 268.

¹² Prop. 141 L (2012-2013) s. 32.

¹³ Jørgen Aall, ”Grunnloven og EMK”, *Lov og rett*, vol. 53, 9, 2014, s. 507-508 (s. 507).

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven).

Hvorvidt Grunnlovens menneskerettighetskatalog kan gi *bedre* beskyttelse enn EMK, synes besvart i Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen). Høyesterett kom i dommen inn på forholdet mellom EMK art. 8 og Grl. § 102 og uttalte i denne forbindelse det følgende:

”Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.”¹⁵

Grunnloven § 95 om rettferdig rettergang har ikke kommet på spissen i praksis etter at den har blitt vedtatt. Likevel er det interessant at det er mulig at Grunnloven vil gi bedre beskyttelse enn EMK. Den medfører at dersom det ved gjennomgangen av de menneskerettslige reglene om kontradiksjon avdekkes et behov for bedre beskyttelse på området, kan det argumenteres for at Grl. § 95 bør forstås i tråd med dette.

Høyesteretts ankeutvalg har henvist lagmannsrettens dom av 14. januar 2016 om utvisning i sikkerhetssak til behandling av Høyesterett. Det er i saksgangen blitt brukt særskilt advokat for å føre hemmeligholdte opplysninger, og det er nettopp spørsmålet om ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II tilfredsstillende til effektivt rettsmiddel i EMK art. 13 som skal vurderes av Høyesterett den 25. mai 2016.¹⁶

Opgavens to deler består begge overordnet sett av tolking av de folkerettslige bestemmelsene som regulerer gjennomføringen av utlendingslovens regler på området. Folkerettens primære rettsgrunnlag er traktattekstene, som skal tolkes i samsvar med tolkningsprinsippene som kommer til uttrykk i Wien-konvensjonen om traktatretten. Norge har ikke ratifisert denne konvensjonen, men prinsippene anses som uttrykk for folkerettslig sedvane og er derfor bindende for alle stater.

¹⁵ Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) avsnitt 57.

¹⁶ Sak nr. 2016/561. Jeg vil følge saken og fremstille prosedyrens hovedmomenter i oppgaven. Domsavsigelsen kommer imidlertid sannsynligvis etter denne oppgavens innleveringsfrist.

I art. 31 nr. 1 fastslår Wien-konvensjonen at traktater skal tolkes i god tro, i tråd med deres ordlyd, gjenstand og formål. Videre oppgis praksis som fastsetter hvordan traktaten var ment å forstås, som et viktig tolkningsmoment, jf. nr. 3 bokstav b. Der oppgavens spørsmål ikke finner klare svar i traktatene, vil analyser av formål og praksis fra håndhevingsorganene være viktige for tolkningen.

1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 gjennomgås historikken og formålene bak de sentrale rettsgrunnlagene om utvisning i sikkerhetssaker. Videre vil prosedyrene for forvaltningsvedtak om utvisning i sikkerhetssaker bli presentert.

Deretter behandles oppgavens tre spørsmål i den rekkefølgen de har relevans i praksis.

Kapittel 3 utgjør oppgavens ene hoveddel. Først oppstilles menneskerettighetenes grunnvilkår om lov, formål og forholdsmessighet. Deretter presenteres de materielle vilkårene for utvisning i lys av disse. Sikkerhetsbegrepet vil bli klarlagt, både generelt og i EØS-konteksten. Fremstillingen vil vise at forholdsmessighetskravet står sentralt i forhold til utlendl. § 122. Kunnskapsoverføringssakers særstilling med hensyn til forholdsmessighetskravet gjøres rede for i kapittel 3.2.1.3.

Det neste spørsmålet i kapittel 3 knytter seg til sanksjonsbegrepet. Det innledes med en redegjørelse for de EØS-rettslige utgangspunkt. Deretter skal sanksjonsbegrepets nærmere innhold klarlegges gjennom grundige drøftelser av EØS-retten og den norske bestemmelsen i utlendingsforskriften § 19-29.

Kapittel 4 utgjør den andre hoveddelen, og gjelder rettergangen ved domstolsprøving av utvisningsvedtak, altså stadiet der et forvaltningsvedtak er påklaget og brakt inn for en domstol. Spørsmålet som skal besvares i denne delen knytter seg til ordningen med særskilt advokat, og denne vil bli gjort grundig rede for i kapittel 4.1. Det gis en oversikt over de nasjonale og internasjonale reglene om kontradiksjon og en avklaring av forholdet mellom EMK art. 6 og 13. I lys av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD)

drøftes begrensningen til enveis kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig.

I kapittel 5 gjøres noen rettspolitiske betraktninger, før konklusjonen i kapittel 6. Som nevnt i kapittel 1.4 skal Høyesterett omtrent samtidig med at denne oppgaven leveres, ta stilling til om ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II tilfredsstillende kravet til effektivt rettsmiddel i EMK art. 13. Denne saken¹⁷ vil være svært interessant for oppgaven.

2. Rettsgrunnlag og prosedyre

2.1 Utlendingsloven 2008

Utlendingsloven 2008 ble vedtatt 15. mai 2008 og trådte i kraft 1. januar 2010. Den erstattet utlendingsloven fra 1988¹⁸. I forarbeidene til utlendingsloven 2008 ble det slått fast at hensynene bak utlendingsloven 1988 fortsatt hadde stor betydning, men at loven måtte ”moderniseres og tydeligere reflektere de utfordringene samfunnet i dag står overfor, bl.a. som følge av at en større andel av befolkningen har innvandrerbakgrunn.”¹⁹

Når formålsbestemmelsen i utlendingsloven 1988 § 2 sammenholdes med formålsbestemmelsen i utlendingsloven 2008 § 1, ser man at det kom to nye henvisninger til internasjonale forpliktelser ved den nye loven, jf. § 1 første og tredje ledd. Det er også tilføyet at loven skal ”legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene” i § 1 annet ledd. Denne tilføyelsen ”er ment å gjenspeile at utformingen av en ny utlendingslov skjer i et annet og mer globalisert samfunn enn da nåværende utlendingslov ble vedtatt i 1988”.²⁰

Internasjonaliseringen av retten og samfunnet er dermed sentrale elementer i rettsutviklingen fra utlendingsloven 1988 til utlendingsloven 2008.

¹⁷ Sak nr. 2016/561.

¹⁸ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter utlendingsloven 1988).

¹⁹ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov kapittel 1.

²⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

For å kunne ha en fungerende innvandringspolitikk er utvisningsinstituttet viktig. I forarbeidene pekes det på at ville ”kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og svekke folks tillit til utlendingspolitikken dersom det ikke var rom for å utvise utlendinger som begår kriminalitet eller som truer grunnleggende nasjonale interesser”.²¹

Videre kunne det blitt ”press mot et mer restriktivt regelverk for de ulike asyl- og innvandringsgrunnlag” dersom utvisningsadgangen var manglende eller svært begrenset.²² Utvisningsadgangen kan også ha en allmennpreventiv effekt, idet trusselen om utvisning i seg selv kan forebygge uorden og kriminalitet.

I sikkerhetssaker er det hensynet til grunnleggende nasjonale interesser som kommer på spissen. Basert på den svært alvorlige karakteren av trusler mot grunnleggende nasjonale interesser, er det klart at det foreligger et stort behov for en fungerende utvisningsadgang i slike saker.

De sentrale rettsgrunnlagene for utvisning i sikkerhetssaker finnes i kapittel 13 og 14. Kapitlene ble vedtatt i henholdsvis 2009 og 2013.²³

2.2 Utlendingsloven kap. 13 og Unionsborgerdirektivet

Utlendingsloven kap. 13 inneholder særlige regler om utlendinger som omfattes av EØS-avtalen. Både EØS-borgere og EFTA-borgere omfattes av EØS-avtalen, og i kapittelet brukes EØS-borgere også om EFTA-borgere, jf. utlendingsforskriften § 19-1. Kapittel 13 gjennomfører rådskonklusjonen 2004/38-EF om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium (Unionsborgerdirektivet).

Unionsborgerdirektivet har bakgrunn i grunntanken om fri bevegelse for personer innen EU og EØS. Grunntanken går ut på at fire friheter; fritt varebytte og fri bevegelse for

²¹ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 288.

²² Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 288.

²³ Ved lov 9. januar 2009 nr.1 om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.) kom kap.13, og ved lov 21. juni 2013 nr. 92 om endringer i utlendingsloven mv. (behandling i sikkerhetssaker) kom kap. 14.

personer, tjenester og kapital, sammen med konkurranseregler, skal skape ”et stort og enhetlig marked uten grenser”.²⁴ Sentralt bak denne grunntanken er hensynet til en sterk samfunnsøkonomi.

Den frie bevegelighet for personer bygger imidlertid også på individuelle hensyn, for eksempel hensynet til trygderettslig vern ved arbeidsinnvandring. Reglene er de eneste av markedsreglene som ”innebærer avveininger i forhold til statenes utlendings-, arbeidsmarkeds- og trygdepolitikk”.²⁵ Det er altså en klar sosial side ved reglene, og med dette har reglene ”til formål å styrke individets stilling” i utlendl. § 3.

Utvvisning er et unntak fra den frie bevegelighet for personer. Det fremgår av Unionsborgerdirektivet art. 27 nr. 1 at utvisning kun kan skje av hensyn til ”den offentlige orden, sikkerhet og helse”. Dette er gjennomført ved bestemmelsene § 122, utvisning av hensyn til offentlig orden og sikkerhet, og § 123, utvisning av hensyn til folkehelsen, i utlendingsloven kap. 13.

Tiltak av hensyn til offentlig orden og sikkerhet skal videre ”være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet”, jf. art. 27 nr. 2. Vurderinger som skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen er oppgitt i art. 28 nr. 1. Utlendingsloven § 122 fjerde ledd gjennomfører dette forholdsmessighetskravet med hensyn til sikkerhetssaker.

Det tillates kun utvisning begrunnet i ”vedkommende enkeltpersons personlige handlinger”, og ”tidligere straffedommer alene skal ikke gi grunnlag for anvendelse av slike tiltak”, jf. art. 27 nr. 2. De personlige forhold må videre ”utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse”, jf. nr. 2 annet ledd. Et tilsvarende krav er inntatt i utlendl. § 122 første ledd annet punktum. Oppgavens kapittel 3 vil klarlegge det nærmere innholdet i disse formuleringene.

Artikkel 28 nr. 2 og 3 oppstiller grunner som skal føre til beskyttelse mot utvisning. Disse er inntatt i § 122 annet ledd.

²⁴ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 60.

²⁵ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 349.

Det fremgår av forarbeidene til kap. 13 at utvisningsreglene i art. 27 og 28 skal tolkes snevert, da terskelen for å begrense bevegelsesfriheten for personer skal være høy.²⁶

2.3 Utlendingsloven kap. 14

Kapittel 14 i utlendingsloven gir en samlet regulering av sikkerhetssaker. Første del gjelder materielle regler og saksbehandlingen i forvaltningen, og andre del gjelder saksbehandlingen i domstolen.

I sikkerhetssaker står to tungtveiende hovedhensyn mot hverandre. På den ene siden står hensynet til samfunnsikkerheten, som et klart grunnlag for utvisningsadgangen. På den andre siden står rettssikkerhetshensyn, som har forankring i både den norske utlendingslovgivningen, i internasjonal rett og i Grunnloven.

Rettssikkerhetshensyn omfatter både hensyn til forutberegnelighet, forholdsmessighet og rettferdig rettergang. Vi skal i fortsettelsen se at forutberegnelighets- og forholdsmessighetshensyn kommer inn på vedtaksstadiet i utvisningssaker, og dermed står sentralt for oppgavens to første spørsmål.

Under rettferdig rettergang er særlig kontradiksjonsprinsippet interessant med hensyn til gjennomføringen av de prosessuelle reglene i utlendingsloven kap. 14.

Kontradiksjonsprinsippet er kjernen i oppgavens tredje spørsmål, jf. oppgavens kapittel 4.

Ordningen med særskilt advokat var sentral da kap. 14 ble vedtatt i 2013, og det fremgår av forarbeidene at formålet var ”å etablere regler som gir muligheter for kontradiksjon i saker der opplysninger som er gradert etter sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen må hemmeligholdes, og samtidig legge til rette for en effektiv saksbehandling, tilpasset sakenes særegne karakter og viktighet”.²⁷

²⁶ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) kapittel 6.7 og Innst. O. nr. 33 (2008-2009) kapittel 2.1.12.

²⁷ Innst. 461 L (2012-2013) s. 1.

Det er et spenningsforhold mellom bestemmelsen i tvisteloven²⁸ § 22-1 om at det er forbudt å føre bevis ”om noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat”, og menneskerettighetenes krav om rettferdig rettergang og rett til effektiv prøving av inngrep i rettigheter.²⁹

Kommunal- og forvaltningskomiteen kom til at dette spenningsforholdet ble løst tilfredsstillende ved vedtakelsen av kap. 14, da de la til grunn at forslagene ”vil innebære en forenkling av dagens regler for saksbehandling, bidra til styrket rettssikkerhet for den enkelte og redusere mulighetene for at utvisningsvedtak i sikkerhetssaker enten ikke kan fattes eller kan bli satt til side av domstolene som følge av at behovet for konfidensialitet i slike saker hindrer reell prøving av vedtaket”.³⁰

Det nevnte spenningsforholdet er sentralt bak ordningen om særskilt advokat, som er tema i oppgavens kapittel 4.

Behandlingen av sikkerhetssaker starter i forvaltningen. I neste avsnitt vil det bli gitt en oversikt over hvilke prosedyrer som gjelder ved vedtak om utvisning i sikkerhetssaker.

2.4 Prosedyrer

De særlige saksbehandlingsregler for forvaltningsvedtak i sikkerhetssaker fremgår av bestemmelsene §§ 127-130 i utlendingsloven kap. 14.

I utgangspunktet har Utlendingsdirektoratet (UDI) vedtakskompetanse i slike saker, jf. utlendl. § 127. Unntak skjer imidlertid der ”departementet beslutter at saken skal avgjøres av departementet” eller ”annet følger av paragrafen her”, jf. bestemmelsens første ledd. Med departementet menes her Justis- og beredskapsdepartementet.

²⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (heretter tvisteloven).

²⁹ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342A.

³⁰ Innst. 461 L (2012-2013) s. 15.

Det følger av paragrafens fjerde ledd at Justis- og beredskapsdepartementet har vedtaksmyndighet i saker ”etter § 126 om å utvise en utlending som har oppholdstillatelse i Norge”. Departementet har også vedtakskompetanse ”i tilsvarende saker som gjelder utlending med oppholdsrett etter lovens kapittel 13”, jf. § 127 fjerde ledd annet punktum. Alle som omfattes av det saklige virkeområdet for kap. 13 har en oppholdsrett etter kapitlet. Formuleringen forstås som at i utvisningssakene som gjelder ”offentlig sikkerhet” etter utlendl. § 122, treffes vedtaket av departementet. Ellers har UDI vedtakskompetanse i EØS-sakene, jf. utlendl. § 124 tredje ledd.

Av § 127 annet ledd fremgår det at dersom UDI mottar vurdering fra Politiets sikkerhetstjeneste (PST) om grunnleggende nasjonale interesser, og vurdering fra Utenriksdepartementet om utenrikspolitiske hensyn, ”skal den mottatte vurderingen som hovedregel legges til grunn”. Siden utvisning etter § 126 kun kan skje på bakgrunn av grunnleggende nasjonale interesser, er det vurderinger fra PST som er aktuelle for den typen vedtak som oppgaven omhandler.

Justis- og beredskapsdepartementet har instruksjonsmyndighet i sikkerhetssaker, jf. utlendl. § 128. Det kan imidlertid ”ikke instruere om bruk av tvangsmidler”, jf. bestemmelsens første ledd annet punktum.

I utlendl. § 128a fastsettes det at ”Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om utveksling av opplysninger mellom offentlige organer i saker som kan berøre grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.” Dette er ”ment å styrke PST sin tilgang til utlendingsforvaltningens opplysninger”.³¹

Klageinstans i sikkerhetssaker er i utgangspunktet Justis- og beredskapsdepartementet, jf. utlendl. § 129. Forutsetningen for at departementet skal være klageinstans er at departementet ikke har avgjort saken selv i førsteinstans, og at ”grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn helt eller delvis har vært avgjørende for utfallet av saken”, jf. bestemmelsens første ledd.

³¹ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342L.

Som vi så ovenfor, har departementet selv vedtakskompetanse i sikkerhetssaker om utvisning av utlending med oppholdstillatelse, og departementet kan også beslutte at det skal ha vedtakskompetansen i andre tilfeller når departementet finner at det er nødvendig. Der departementet har truffet vedtak i førsteinstans, ”kan vedtaket ikke påklages, men hvis det reises søksmål mot departementets vedtak, bærer staten alle kostnader med saken”, jf. utlendl. § 129 annet ledd.

Manglende klagemulighet i forvaltningen dekkes altså i disse tilfellene opp av prøvingsrett for domstolen, hvor saksomkostningene dekkes av staten. Den nevnte sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 om forskeren ved Universitetet i Agder er et eksempel på en sikkerhetssak som bygget på PSTs vurderinger, ble behandlet av departementet i første instans, og som nå blir behandlet i domstolsapparatet.

Domstolene har full overprøvingskompetanse i forhold til forvaltningens utvisningsvedtak.³²

3. De materielle vilkår for utvisning

3.1 Generelle regler

3.1.1 Menneskerettslige utgangspunkter

To EMK-bestemmelser er særlig aktuelle som føringer for utvisningsadgangen: Artikkel 3 dersom utvisning vil medføre reell risiko for umenneskelig behandling, og art. 8 der utvisning vil hindre privat- eller familielivet.³³ I dette kapitlet tas utgangspunkt i den sistnevnte.

Der utvisning griper inn i retten til ”privatliv” eller ”familieliv”, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8, oppstiller EMK art. 8 nr. 2 opp krav for inngrepet. Det er i Høyesterett fastslått at det stilles samme forutsetninger for inngrep i retten etter Grl. § 102 som etter EMK art. 8.³⁴

EMK art. 8 nr. 2 lyder som følger:

³² Øyvind Dybvik Øyen, *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 358.

³³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015 s. 207.

³⁴ Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) avsnitt 60.

”Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Inngrep må altså være i samsvar med lov, ivareta legitime formål og nødvendig i et demokratisk samfunn.³⁵ Det er ikke tvil om at utvisning i sikkerhetssaker ivaretar ”hensyn til den nasjonale sikkerhet”. Formålet reglene i utlendingsloven kap. 13 og 14 ivaretar er dermed innenfor EMKs krav. Vurderingstemaene er om det enkelte utvisningsvedtak er ”i samsvar med loven” og ”nødvendig i et demokratisk samfunn” av hensyn til formålet.

Vilkåret ”i samsvar med loven” peker på at det må være hjemmel for inngrepet. Skillet mellom formell lov og uskreven rett har av EMD har ikke blitt avgjørende betydning, og fokuset har i stedet vært på krav til forutberegnelighet.³⁶ Etter norsk rett oppstilles et strengere krav om hjemmel i formell lov for inngrep fra borgernes side, jf. legalitetsprinsippet slik det kommer til uttrykk i Grl. § 113. For det norske legalitetsprinsippet står dermed hensynet til maktfordeling og demokrati, sentralt ved siden av forutberegnelighetshensynet.

Krav til hjemmelsgrunnlagets klarhet i EØS-retten, vil bli nærmere gjort rede for under 3.2.2.1.

Vilkåret ”nødvendig i et demokratisk samfunn” peker på at inngrepets styrke skal stå i forhold til dets egnethet til å ivareta formålet. Inngrepet kan ikke være unødvendig, ved for eksempel å ha en for svak forbindelse mellom den utviste person og trusselen man søker å avverge.

Vilkåret er dermed et uttrykk for forholdsmessighetskravet. Henvisninger til forholdsmessighetskravet finnes igjen flere steder i utlendingslovens regler om utvisning i sikkerhetssaker. Jeg vil nå gi en oversikt over disse.

³⁵ Erik Møse, Jørgen Aall, Ragnar Nordeide, Lovkommentar til menneskerettsloven, *Norsk lovkommentar*, 2. juli 2010 note 73.

³⁶ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015 s. 136.

Utlendingsloven § 70 første ledd inneholder den generelle regel om forholdsmessighet i utvisningssaker:

”En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”

Bestemmelsen i utlendl. § 126 har en tilsvarende henvisning til ”forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket”, og ”barnets beste” der barn er berørt. Formuleringene gjelder både for utvisning og for tilbakekall.

Utlendingsloven § 122 har etter sin ordlyd mer detaljerte uttrykk for forholdsmessighetskravet. Disse presenteres under 3.2.1.2 Forholdsmessighetskravet og utlendl. § 122.

Forholdsmessighetskravet står altså sentralt i fortsettelsen, særlig når utvisningsadgangen begrunnet i henholdsvis utlendl. § 126 og utlendl. § 122 skal sammenlignes.

3.1.2 Hensyn til ”grunnleggende nasjonale interesser”

Utlendingsloven § 126 annet ledd har følgende ordlyd:

”Av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser kan det treffes vedtak om utvisning eller om tilbakekall av en innvilget tillatelse eller andre rettigheter.”

Ordlyden av ”grunnleggende nasjonale interesser” peker på de viktigste interessene i samfunnet, og da særlig hensyn til samfunnssikkerhet.

Formuleringen kom med utlendingsloven 2008. Utlendingsloven 1988 hadde i stedet brukt begrepene ”rikets sikkerhet” og ”tvingende samfunnsmessige hensyn”. Begrepet ”rikets

sikkerhet” hadde en snevrere rekkevidde i strafferettslig sammenheng enn etter utlendingsloven.³⁷ Det ble fastslått i Høyesterett at begrepet skulle forstås dynamisk.³⁸

Formålet bak endringen fra ”rikets sikkerhet” til ”grunnleggende nasjonale interesser” var å få ”et mer dekkende begrep som klarere reflekterer hvilke interesser man ønsker å beskytte”.³⁹ Begrepet ”må tolkes i lys av den generelle samfunnsutviklingen og endringer i det internasjonale trusselbildet, og har en dynamisk karakter”.⁴⁰ Begrepet ”grunnleggende nasjonale interesser” er noe videre enn ”rikets sikkerhet” idet trusler mot ”private interesser eller personer”, omfattes ”i noe større omfang”.⁴¹

De utlendingsrettslige sanksjoner som er hjemlet i utlendl. § 126 første ledd, kan skje på bakgrunn av ”grunnleggende nasjonale interesser” eller ”utenrikspolitiske hensyn”. Utvisning etter utlendl. § 126 annet ledd kan imidlertid kun skje av hensyn til ”grunnleggende nasjonale interesser”. Selv om de to begrepene er vide og dynamiske på en måte som fører til at de til en viss grad kan gli over i hverandre, innebærer konkretiseringen til ”grunnleggende nasjonale interesser” at det kreves et klart grunnlag i denne typen interesser for utvisning i sikkerhetssaker.

Sikkerhetsbegrepet i utlendl. § 126 peker i utgangspunktet på hensyn til det norske samfunns sikkerhet, men også andre stater sikkerhet kan ha betydning. I forarbeidene er det lagt til grunn at også ”hensynet til Norges alliansepartnere” er omfattet av vilkåret ”grunnleggende nasjonale interesser”.⁴²

I Rt. 2007 s. 1573 (Krekar-saken) ble det pekt på at sikkerhetsbegrepet, da ”rikets sikkerhet”, kun omfattet trusler mot Norges alliansepartnere der slike trusler hadde en direkte eller indirekte virkning for norske sikkerhetsinteresser, jf. avsnitt 55. Det er ikke grunn til å forstå ”grunnleggende nasjonale interesser” videre på dette punktet.

³⁷ Ot.prp. nr. 17 (1998-1999) s. 16-19.

³⁸ Rt. 2007 s. 1573 (Krekar-saken).

³⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kapittel 18.4.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kapittel 18.4.

⁴¹ Prop. 141 L (2012-2013) s. 9.

⁴² Prop. 141 L (2012-2013) s. 9.

3.2 Særregler for utvisning av EØS-borgere

3.2.1 Sikkerhetsbegrepet

3.2.1.1 Hensyn til ”offentlig sikkerhet”

Utlendingsloven § 122 første ledd lyder som følger:

”EØS-borgere og deres familiemedlemmer, og utlendinger som nevnt i lovens § 110 fjerde ledd med oppholdsrett etter § 111 annet ledd eller § 114 annet ledd, kan utvises når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår for utvisning at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn. Kongen kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om hva som er omfattet av offentlig orden og sikkerhet.”

Hensyn til ”offentlig orden” peker på mer alvorlige forstyrrelser av samfunnsordenen og kriminelle handlinger,⁴³ mens ”offentlig sikkerhet” synes å peke på den samme typen samfunnssikkerhetshensyn som ”grunnleggende nasjonale interesser”.

Det er i forarbeidene til kapittel 13 lagt til grunn at ”offentlig sikkerhet” langt på vei samsvarer med begrepet ”rikets sikkerhet”.⁴⁴ I lys av at de samme forarbeider har som helt grunnleggende forutsetning at kap. 13 må følge EØS-retten og dennes utvikling, kan henvisninger til begreper brukt om den generelle utvisningsadgangen være problematiske.

Uttalelsen om at begrepene langt på vei samsvarer tolkes imidlertid som et uttrykk kun for at de samme samfunnssikkerhetshensyn langt på vei gjør seg gjeldende for de to typene begreper, tilsvarende som jeg forutsatte i ordlydstolkningen over. Det er dermed en moderat uttalelse om hvilken kategori handlinger som helt overordnet sett kan tenkes å falle innunder begrepet, og ikke en fast henvisning til at utlendl. § 122 skal anvendes på tilsvarende måte som den generelle utlendl. § 126.

En langt mer problematisk uttalelse i så måte gis i forarbeidene til utlendl. kap. 14:

⁴³ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 68.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 68.

Begrepet "offentlig sikkerhet" vil omfatte alle saker som gjelder utvisning av hensyn til "grunnleggende nasjonale interesser" (min uth).⁴⁵

En forutsetning om at utvisningsadgangen etter utlendl. § 122 har en bestemt og statisk likhet med utvisningsadgangen etter § 126, vil representere en klar kollisjon med den grunnleggende forutsetningen om at kap. 13 gir selvstendige regler som gjennomfører EØS-rettens regler og utvikling.

Det eksplisitte vilkåret om at det for utvisning "må antas å foreligge personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn", innebærer nettopp en forskjell mellom utlendl. § 122 og utlendl. § 126. Dette vilkåret skal nå undersøkes nærmere.

3.2.1.2 Forholdsmessighetskravet og utlendingsloven § 122

Vilkåret om det må antas å foreligge "personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn", peker på at trusselen man søker å avverge ved utvisningen, må være et nærliggende resultat av utlendingens egen atferd.

I NOU 2004:20 kapittel 12.3.1.3 om situasjoner med skjerpet krav til utvisningsgrunnlaget, er vilkåret grundig kommentert. Kommentarene knytter seg til bestemmelsene om utvisning av EØS-borgere som gjaldt før utlendingsloven kap. 13 ble vedtatt, men de gjelder langt på vei også for formuleringene i dagens lov.

Først vises det til at "personlige forhold" betyr at "det ikke kan tas allmennpreventive hensyn ved utvisningen".⁴⁶

I den forbindelse er det også interessant at "tidligere begåtte kriminelle handlinger eller forstyrrelse av offentlig orden bare kan tillegges vekt ved vurderingen dersom de

⁴⁵ Prop. 141 L (2012-2013) s. 9.

⁴⁶ NOU 2004:20 kapittel 12.3.1.3.

omstendigheter som lå til grunn for at forbrytelsen eller ordensforstyrrelsen ble begått, gir god grunn til å anta at utlendingens personlige forhold er slik at de representerer en trussel mot offentlig orden eller sikkerhet”.⁴⁷

Videre klarlegges vilkåret om ”en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel”, som tidligere var formulert som et vilkår om ”en aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel”:

”Formuleringen er hentet fra EF-domstolens rettspraksis om utvisning av andre medlemslands borgere. Den kan sies å angi terskelen for den proporsjonalitetsvurdering – forholdsmessighetsvurdering – som EF- og EØS-retten krever ved vedtak rettet mot borgere av andre medlemsland. Det er vanskelig å si generelt hvor grensen går, og det vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.”⁴⁸

Henvisningen til ”en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel” er dermed en EØS-rettslig norm, som uttrykker forholdsmessighetskravet, nærmere bestemt en terskel for dette. Spørsmålet er om dette innebærer at utvisningsadgangen etter utlendl. § 122 er snevrere enn utvisningsadgangen etter utlendl. § 126 annet ledd.

Forarbeidene til utlendl. § 126 viser til at bestemmelsens forholdsmessighetsvilkår ”er samme regel som i utvisningssaker ellers, jf. § 70”.⁴⁹ Dette tyder på at forholdsmessighetskravet i utlendl. § 126 skal forstås som et generelt forholdsmessighetskrav.

Bestemmelsen ble også vedtatt etter utlendl. § 122, og lovgiveren har derfor valgt å ikke eksplisitt fastlegge terskelen for forholdsmessighetsvurderingen på samme måte i den nyere utlendl. § 126. Dette trekker sterkt i retning av at vilkåret ”offentlig sikkerhet” i utlendl. § 122 er snevrere enn vilkåret ”grunnleggende nasjonale interesser” i utlendl. § 126.

Videre har utlendl. § 122 følgende ikke-uttømmende liste med vurderingsmomenter til forholdsmessighetsvurderingen i fjerde ledd annet punktum:

⁴⁷ NOU 2004:20 kapittel 12.3.1.3.

⁴⁸ NOU 2004:20 kapittel 12.3.1.3.

⁴⁹ Prop. 141 L (2012-2013) s. 50.

”Ved vurderingen av om utvisning utgjør et uforholdsmessig tiltak, skal det blant annet legges vekt på varigheten av vedkommendes opphold i riket, alder, helsetilstand, familiesituasjon, økonomisk situasjon, sosial og kulturell integrering i riket og tilknytning til hjemlandet.”

Selv om dette er momenter som vil være sentrale også i en generell forholdsmessighetsvurdering, er det av betydning at utlendl. § 122 har denne uttrykkelige regelen om å vektlegge disse og lignende momenter. Igjen trekker bestemmelsenes ordlyd i seg selv i retning av at ”offentlig sikkerhet”, på bakgrunn av sitt forholdsmessighetskrav, er snevrere enn ”grunnleggende nasjonale interesser”.

På denne bakgrunn synes utvisningsadgangen etter utlendl. § 122 å være noe snevrere enn utvisningsadgangen etter utlendl. § 126.

Det må imidlertid presiseres at utlendl. § 126 også krever en svært alvorlig trussel mot de viktigste interessene i samfunnet, med nær tilknytning til personen som utvises. I praksis vil bestemmelsene derfor ha ganske likt nedslagsfelt.

3.2.1.3 Forholdsmessighet i kunnskapsoverføringssaker

En forholdsmessighetsvurdering ved utvisning i sikkerhetssaker vil innebære en balansering av individhensyn og samfunnssikkerhetshensyn. Det følgende er lagt til grunn i forarbeidene til utlendl. § 126:

”Siden det skal foretas en avveining mot grunnleggende nasjonale interesser, skal det imidlertid svært mye til for at det vil fremstå som uforholdsmessig å fatte et vedtak om utvisning”.⁵⁰

Som følge av de svært viktige hensyn som ligger bak utvisning i sikkerhetssaker, er terskelen for å finne utvisning i en sikkerhetssak uforholdsmessig dermed meget høy. Dette gjelder også for utlendl. § 122. Et strengere forholdsmessighetskrav kan ha betydning i tvilstilfellene,

⁵⁰ Prop. 141 L (2012-2013) s. 50-51.

men der det foreligger en klar trussel mot samfunnssikkerheten vil sikkerhetshensyn klart veie tyngre enn individhensyn.

Kunnskapsoverføringssaker står imidlertid i en spesiell stilling sammenlignet med sikkerhetssaker for øvrig, og er derfor eksempler på slike tvilstilfeller der et snevrere forholdsmessighetskrav kan spille inn.

Som nevnt ovenfor i 1.2, er kjerneområdet til bestemmelsene om utvisning i sikkerhetssaker tilfeller hvor det foreligger fare for svært alvorlige kriminelle handlinger fra utlendingene det reageres mot. Terror og terrorrelaterte handlinger er et typisk eksempel. I forhold til slike handlinger skal det svært lite til for å finne en utvisning forholdsmessig.

Forskersaken⁵¹ er imidlertid et eksempel på en sak som dreier seg om forskning og publisering av forskningsartikler. Trusselen i denne saken bestod i at kunnskapen som ble formidlet gjennom forskningsaktiviteten, kunne bidra til kinesisk utvikling av langtrekkende kryssermissiler for militære formål. Det ble fra PSTs side lagt til grunn at forskeren var involvert i et forskningssamarbeid med tanke på utvikling av slike farkoster, og dermed selv bevisst hadde gått inn for å bidra til kinesiske militære formål.

Situasjonsbildet som PST la til grunn for utvisningen, har helt klart en høy alvorlighetsgrad. Det å finne grunnlag for et forskningssamarbeid med slikt formål, er imidlertid problematisk der all forskningen var allment tilgjengelig, slik den var i saken. Handlingene i seg selv skiller seg dermed markant fra de handlinger det mer typisk reageres mot i sikkerhetssaker.

I en forholdsmessighetsvurdering må inngrepets styrke holdes opp mot dets egnethet til å ivareta formålet. Formålet bak utvisningsvedtaket i forskersaken var å avverge en potensiell trussel, først og fremst mot Norges alliansepartner USA. Den type farkoster som forskningen var mistenkt å kunne resultere i, hadde nemlig ikke rekkevidde til å nå fra Kina til Norge.

I tingrettsdommen⁵² ble utlendl. § 122 forstått som like vidtrekkende som utlendl. § 126 når det kom til hensyn til alliansepartneres sikkerhet. Det ble lagt til grunn at begrepet ”offentlig sikkerhet” omfatter de samme truslene mot offentlige interesser som begrepet ”grunnleggende

⁵¹ Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04.

⁵² Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04.

nasjonale interesser”, men ikke private interesser og personer.⁵³ Det at trusselen var mot en alliansepartner synes for øvrig ikke å ha hatt særlig betydning for resultatet.

I stedet var det en manglende oppfyllelse av bevisstemaet som medførte at utvisningsvedtaket ble kjent ugyldig. Beviskravet i saken var skjerpet på bakgrunn av at man fra en fagkyndig fikk klarlagt at den typen forskning som forskeren hadde bedrevet kunne ha andre bruksområder enn til utvikling av missiler. Retten fant derfor at det ikke kunne legges til grunn at all overføring av kunnskap om overlydsfarkoster til kinesiske forskere, ville innebære en virkelig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.⁵⁴

Det krevdes derfor klare bevis for at forskeren samarbeidet med kinesiske forskere på en måte som gav utslag i ”personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn”.

Da forbindelsen mellom kinesiske forskningsmiljøer og forskeren ved UiA ikke ble funnet sterk nok til å skille seg ut som mistenkelig, var beviskravet ikke oppfylt. Det var dermed en for svak forbindelse mellom forskeren og den trusselen man søkte å avverge.

Dommen ble avsagt på bakgrunn av utlendl. § 122, men det noe strengere forholdsmessighetskravet etter denne bestemmelsen kom ikke særlig på spissen. Dersom det hadde vært mer uklart om det faktisk forelå en trussel, er det ikke utelukket at det forhold at trusselen rettet seg mot en annen stat kunne fått betydning. Hvorvidt adgangen til å vektlegge hensynet til alliansepartnere er noe snevrere etter utlendl. § 122 enn etter utlendl. § 126, synes derfor ikke helt avklart med dommen.

Utlendingsrettslige sanksjoner på bakgrunn av kunnskapsoverføring har forekommet flere ganger, også uten etterfølgende domstolsbehandling. Blant annet har en rekke iranske forskere fått avslag på oppholdstillatelse for forskning på NTNU, og dermed blitt nektet ”en tillatelse eller rettighet som ellers kunne blitt innvilget”, jf. utlendl. § 126 første ledd. Særlig tredjelandsborgere som kommer til Norge som forskere har dermed en noe usikker rettsstilling på grunn av forvaltningens praksis i kunnskapsoverføringsaker. Det er derfor grunn til å se nærmere på rettsgrunnlaget for inngrepene.

⁵³ Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 s. 12.

⁵⁴ sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 s. 14.

3.2.2 Sanksjonsbegrepet

3.2.2.1 EØS-rettslige utgangspunkter

For kartleggingen av det EØS-rettslige sanksjonsbegrepet, er det nyttig med enkelte presiseringer vedrørende gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett.

Utgangspunktet er den generelle forpliktelsen til å gjennomføre EØS-retten i nasjonal rett på en korrekt måte, som er nedfelt i EØS-avtalen art. 3.⁵⁵

Det fremgår av EØS-avtalen art. 3 at medlemsstatene ”skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale”, jf. første ledd. Videre skal de ”avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare”, jf. annet ledd. I tredje ledd er det videre inntatt en plikt til å ”lette samarbeidet” innen EØS-avtalen. Det foreligger dermed ”et skjerpet gjennomføringskrav i forhold til alminnelig folkerett”.⁵⁶

Det skjerpede gjennomføringskravet forutsetter at de EØS-rettslige forpliktelsene gjennomføres på en tilstrekkelig klar måte.

I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Wahl* fra 2012, ble det understreket at et slikt klarhetskrav var viktig av forutberegnelighetshensyn:

”It is essential that the legal situation resulting from national implementing measures be sufficiently precise and clear and that individuals be made fully aware of their rights so that, where appropriate, they may rely on them before the national courts. The latter condition is of particular importance where the directive in question is intended to confer rights on national of other EEA states, as is the case here, as those nationals may not be aware of provisions and principles of national law”⁵⁷

⁵⁵ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 195.

⁵⁶ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, Oslo 2011 s. 196.

⁵⁷ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 52.

Det kreves altså klarhet og presisjon, slik at individer kan forutse sin rettsstilling. Videre tilsier det at utvisningsreglene faktisk hjemler restriksjoner mot borgere fra andre EØS-stater, at kravet til klart hjemmelsgrunnlag er ekstra viktig.

3.2.2.2 Forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling

Det er et grunnleggende prinsipp i EU-/EØS-retten at unionsborgere ikke skal behandles annerledes enn nasjonale borgere på bakgrunn av at de har en annen nasjonalitet. Prinsippet kommer til uttrykk i Unionsborgerdirektivet art. 27 nr. 1, hvorav det fremgår at reglene om begrensninger i retten til innreise og opphold gjelder ”uavhengig av statsborgerskap”.

Det er på bakgrunn av forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, at EU- og EFTA-domstolen har utviklet vilkåret om at det må være adgang til sanksjoner mot nasjonale borgere for tilsvarende forhold, for at EU-/EØS-borgere skal kunne utvises i sikkerhetssaker. Se sitatene fra sakene 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* og sak C-268/99 *Jany m.fl.* nedenfor i 3.2.2.3 for det nærmere innholdet av vilkåret.

I norsk rett er det utlendingsforskriften § 19-29 som er ment å gjennomføre vilkåret om sanksjon for nasjonale borgere for tilsvarende forhold. Denne bestemmelsen skal nå presenteres.

Spørsmålene i fortsettelsen er hva slags adgang til sanksjoner mot norske borgere for tilsvarende forhold som må foreligge for at utvisning skal kunne skje etter utlendl. § 122, og om sanksjonsvilkåret slik det fremgår av utlendingsforskriften i § 19-29 er i samsvar med EØS-retten.

3.2.2.3 Sanksjonsbegrepet i utlendingsforskriften § 19-29

Som nevnt i kapittel 1.4 har utlendingsforskriften § 19-29 blitt endret i år. Før kunne bortvisning eller utvisning i sikkerhetssaker bare skje dersom det var ”adgang til sanksjoner mot norske borgere for tilsvarende forhold”.

Nå er det dersom det er ”adgang til sanksjoner” eller det foreligger ”andre effektive tiltak for å motvirke eller bekjempe tilsvarende atferd hos norske borgere”, at bortvisning eller utvisning kan skje, jf. utlendingsforskriften § 19-29 første punktum. Det er klart at dette er en langt videre ordlyd, som dermed innebærer en utvidelse av bortvisnings- og utvisningsadgangen.

Mens ”adgang til sanksjoner” peker på en mulighet for forvaltningen til å gi en reaksjon for forholdet, er ordlyden av ”andre effektive tiltak for å motvirke eller bekjempe tilsvarende atferd hos norske borgere” mer uklar. Den kan se ut til å peke på tilfellene der det er fastsatt at forvaltningen skal gjøre en konkret innsats for å generelt forebygge enkelte forhold. Med ”effektiv” kan den se ut til å oppstille en viss terskel, men hva som nærmere ligger i denne kan ikke sies å være klart.

Begrunnelsen for endringen fremgår av høringsnotat 3. juli 2015 om endring i reglene om bortvisning på grunn av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Den viser til avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.

Først viser den til de forente EU-sakene 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille*. I disse ble det fastslått at en atferd ikke var alvorlig nok til å begrunne utvisning ”where the former Member State does not adopt, with respect to the same conduct on the part of its own nationals repressive measures or other genuine and effective measures intended to combat such conduct” (avsnitt 8). Det krevdes altså at myndighetene for sine nasjonale borgere hadde sanksjoner mot atferden, eller hadde iverksatt tiltak som reelt og effektivt bekjempet atferden.

Videre vises det til EU-sak C-268/99 *Jany m.fl.* hvor det i avsnitt 61 uttales at ”conduct which a Member State accepts on the part of its own nationals cannot be regarded as constituting a genuine threat to public order”. Det at trusselen ikke kan anses tilstrekkelig der medlemsstatene aksepterer egne borgeres tilsvarende atferd, viser hvordan forholdsmessighetsprinsippet ligger bak sanksjonsvilkåret.

Justis- og beredskapsdepartementet viser avslutningsvis til *Wahl*⁵⁸ for å begrunne forskriftsendringen. I en sak om lignende forhold⁵⁹, viser også Sivilombudsmannen til *Wahl*. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Wahl* skal nå analyseres.

For å klarlegge hva slags adgang til sanksjoner eller tiltak mot norske borgere som kreves for at utvisning skal kunne skje etter utlendl. § 122, vil jeg i 3.2.2.5 se nærmere på hvordan nedslagsfeltet til bestemmelsen har blitt endret ved forskriftsendringen.

I kapittel 3.2.2.6 skal jeg så drøfte om sanksjonsvilkåret slik det nå fremgår av utlendingsforskriften § 19-29 gjennomfører EØS-retten på området på en klar måte.

Det vil til sist bli gjort noen betraktninger om hvilken betydning endringen av utlendingsforskriften § 19-29 vil kunne få ved domstolsbehandlingen av utvisningsvedtak truffet før endringen.

3.2.2.4 EFTA-domstolen i sak E-15/12, Wahl

Sak E-15/12, *Wahl* gjaldt bortvisning i forbindelse med innreise til Island på bakgrunn av offentlig orden og sikkerhet. Norske Wahl var medlem av organisasjonen Hells Angels, og oppgav ved ankomst på flyplassen på Island at hans formål med besøket var å gå på sightseeing og å ha sosial kontakt med en islandsk motorsykelklubb, da kalt Fáfírnir, senere endret til MC Island.

Islandske sikkerhetsmyndigheter anså det imidlertid som høyst sannsynlig at han besøkte Island som et avsluttende ledd i en prosess mot å innlemme den islandske motorsykelklubben i Hells Angels, som en selvstendig fløy av organisasjonen. Dette ble ansett som en sikkerhetstrussel fordi det alle steder slike selvstendige fløyer av Hells Angels var blitt opprettet tidligere, hadde skjedd en økning i organisert kriminalitet.

Wahl påklaget avgjørelsen, og saken gikk til islandsk høyesterett. Derfra ble det sendt en anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i saken.

⁵⁸ Sak E-15/12, *Wahl*.

⁵⁹ Sak 2012 1045 om bortvisning av utenlandske borgere tilknyttet Hells Angels.

Domstolen behandlet tre spørsmål. Det første gjaldt gjennomføringen av Unionsborgerdirektivet, og det som i den forbindelse ble sagt om klarhetskravet er gjengitt ovenfor i 3.2.2.1.

Det neste spørsmålet var om trusselvurderingen kunne basere seg på Wahls medlemskap og rolle i Hells Angels.

Vurderingen tok utgangspunkt i at bortvisning og utvisning kun kan skje på bakgrunn av ”vedkommende enkeltpersons personlige handlinger”, jf. Unionsborgerdirektivet art. 27 nr. 2, og følgende presisering ble gjort:

”Justifications that are isolated from the particulars of the case in question or that rely on considerations of general prevention cannot be accepted.”⁶⁰

Domstolen kom til at frivillig medlemskap er et personlig forhold i bestemmelsens forstand, men understreket at ”present association with an organisation associated with organised crime can only be taken into account in so far as the circumstances of the membership are evidence of personal conduct constituting a genuine, present and sufficiently serious threat to one of the fundamental interests of society”.⁶¹

Saken var spesiell ved at den aktuelle personens reise ble sett på som et viktig ledd i innlemmelsen av en lokal motorsykelklubb i en internasjonal motorsykelklubb forbundet med organisert kriminalitet. Wahls personlige forhold var altså ikke begrenset til medlemskap i organisasjonen, og hans besøk ble ansett som ”linked to the said process which would subsequently ferment the spread of organised crime in Iceland”.⁶² Dermed var hans atferd en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.⁶³

⁶⁰ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 84.

⁶¹ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 88 og 89.

⁶² Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 90.

⁶³ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 91.

I Sivilombudsmannens sak 2012 1045 ble resultatet motsetningsvis at trusselvurderingene ikke var tilstrekkelig konkrete og individuelle. Sentralt var at bortvisning skjedde gruppevis, uten at individualisering fremgikk av politiets vurdering.

Det tredje spørsmålet i *Wahl* var om om staten måtte ha forbudt organisasjonen eller forbudt å være medlem av organisasjonen, for at trusselvurderingen skulle kunne basere seg på dette medlemskapet.

Svaret til EFTA-domstolen var at forbud mot organisasjonen ikke kunne kreves. Det måtte imidlertid kreves at den *aktiviteten* som organisasjonen bedrev, var klart tatt stilling til fra myndighetenes hold, og at det var gjort ”administrative measures” for å motarbeide denne aktiviteten.⁶⁴

Det ble også vist til den nevnte formuleringen i *Adoui og Cornuaille* fra 1981, om at det kreves at tilsvarende atferd hos nasjonale borgere ”gives rise to repressive or other genuine and effective measures”.⁶⁵ Siden det var lagt til grunn at innlemmelsen av den islandske motorsykkelen i Hells Angels kun ville skje ved utenlandsk innflytelse, var det vanskelig i saken å se for seg tilsvarende atferd fra nasjonale borgere. Det avgjørende var likevel at nasjonale myndigheter hadde iverksatt tiltak som reelt og effektivt bekjempet atferden.

Tiltakene som ble godkjent var å være del i en fellesnordisk målsetning om å bekjempe aktiviteten til organisasjoner som Hells Angels, i tillegg til å i ti år ha hatt en politiinstruks om å gjennomføre denne målsetningen. Nektelse av innreise på bakgrunn av Hells Angels-medlemskap hadde derfor skjedd ved flere tidligere anledninger.

3.2.2.5 Eksempler på grensedragningen

Nedslagsfeltet for bestemmelsen har forandret seg ved endringen til en videre ordlyd.

⁶⁴ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 101.

⁶⁵ Sak E-15/12, *Wahl* avsnitt 105.

I høringsnotatet på s. 6 gir departementet anvisning på et tilfelle som klarere faller innunder formuleringen i utlendingsforskriften § 19-29, etter at ordlyden ble endret. Forholdet som nevnes er det å bevisst motivere til radikaliserings og voldelig ekstremisme.

Det vises på samme side til at myndighetene i en egen handlingsplan har iverksatt ”en rekke tiltak” for å motvirke radikaliserings og voldelig ekstremisme, og at det gjennom disse ”legges ... stor innsats fra myndighetenes side i å forebygge [forholdet]”. Konkrete eksempler på tiltakene gis ikke.

Det er likevel ikke tvil om at begrunnelsen til Justis- og beredskapsdepartementet angående handlingsplanen for motvirkning av radikaliserings og voldelig ekstremisme, likner EFTA-domstolens standpunkt i vedrørende målsetningen og politiinstruksen i *Wahl*. Det vil derfor trolig også etter EØS-retten være riktig å anse de norske tiltakene mot radikaliserings og voldelig ekstremisme som tilstrekkelige til at slike forhold kan begrunne norske myndigheters bortvisning eller utvisning i sikkerhetssaker.

3.2.2.6 Klarhetskravet

Spørsmålet er om det er samsvar mellom EØS-rettens vilkår om sanksjoner for nasjonale borgere for tilsvarende forhold og ordlyden av utlendingsforskriften § 19-29, herunder om utlendingsforskriften § 19-29 gjennomfører EØS-vilkåret på en tilstrekkelig klar måte.

Bestemmelsen i utlendingsforskriften § 19-29 er det eneste grunnlaget hvor forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling fremgår med hensyn til begrensninger i den frie bevegelse. Funksjonen til bestemmelsen må altså være å inkorporere dette prinsippet, og å unngå en uthuling av dets innhold.

Som nevnt tolker jeg EØS-rettens vilkår som at myndighetene for sine nasjonale borgere enten må ha sanksjoner mot atferden, eller tiltak som reelt og effektivt bekjemper atferden.

Ordlyden av ”andre effektive tiltak for å motvirke eller bekjempe tilsvarende atferd hos norske borgere” i bestemmelsen i utlendingsforskriften § 19-29 dekker alternativet om tiltak som reelt og effektivt bekjemper atferden. Samsvar synes dermed å foreligge.

Både for EØS-rettens og bestemmelsens vilkår, er det imidlertid vanskelig å fastsette en helt klar nedre grense for hva slags tiltak som omfattes.

3.2.2.7 Forskriftsendringens betydning for forskersaken

I forskersaken⁶⁶ hadde partene ulike tilnæringer til spørsmålet om forskjellen på materielle sanksjoner og sanksjoner som hadde karakter av etterforskningskritt.

Staten mente at det at forskeren ble utvist, ikke kunne innebære en nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling så lenge PST hadde adgang til å bruke tvangsmiddel som forebyggende tiltak for tilsvarende forhold som i saken. Motsetningsvis kunne et krav om en materiell sanksjon medført at det måtte være adgang til utvisning fra universitetet som forskningen ble gjort fra for at sanksjonsvilkåret skulle vært oppfylt.

Utvisningsvedtaket truffet og tingrettsdommen avsagt før endringen av utlendingsforskriften § 19-29. De motstridende tilnærmingene viser at rettstilstanden var uklar.

Ved å endre og utvide ordlyden i forskriften, har Justis- og beredsskapsdepartementet innrømmet denne uklarheten. Når utvisningsvedtak som er truffet før forskriftsendringen skal behandles i domstolene, kan dermed det at rettstilstanden var uklar gå i utlendingens favør.

⁶⁶ Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04.

4 Rettergangen ved domstolsprøving av utvisningsvedtak

4.1 Reglene om særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II

Reglene om særskilt advokat utgjør den sentrale delen av utlendingsloven kap. 14 del II om saksbehandlingen i domstolen. Oppnevning av særskilt advokat ”kan” gjøres som en forutsetning for bevisførsel om ”forhold som ellers kan holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat, jf. tvisteloven § 22-1 første og annet ledd”, jf. utlendl. § 133 første punktum.

Oppnevningen innebærer at de hemmelige forhold skal gjøres kjent for den særskilte advokat, og ingen andre. Oppnevningen skjer ”så snart som mulig” etter at det er besluttet, og den særskilte advokaten ”skal ha godtgjørelse av staten etter reglene i lov om fri rettshjelp”, jf. utlendl. § 133 annet ledd første punktum. Utlendingen skal dermed ikke få høyere saksomkostninger som følge av at bevisførsel om hemmelige forhold gjennomføres ved bruk av særskilt advokat.

Videre fremgår det av utlendl. § 133 tredje ledd at den samme særskilte advokaten skal oppnevnes på alle trinn av saken, ”med mindre særlige grunner tilsier noe annet”. Dette for å sikre ”at færrest mulig personer får innsyn i det graderte materialet”.⁶⁷ Det gir også en kontinuitet i håndteringen av de hemmelige forhold.

Den særskilte advokaten skal ”gjøres kjent med de opplysninger og bevis som føres etter samtykke i henhold til tvisteloven § 22-1 annet ledd, jf. § 133 første ledd, og ivareta utlendingens interesser i forbindelse med rettens behandling av disse”, jf. utlendl. § 134 første punktum. Videre har den særskilte advokaten taushetsplikt, jf. utlendl. § 134 tredje ledd:

⁶⁷ Prop. 141 L (2012-2013) s. 54.

”Den særskilte advokaten skal bevare taushet om innholdet i opplysninger som nevnt i første ledd, om det som kommer frem under behandlingen av opplysningene, og om den delen av rettens dom hvor opplysningene refereres. Taushetsplikten gjelder også etter at vedkommende har avsluttet oppdraget.”

Den delen av saken hvor de hemmelige opplysningene behandlet, er lukket for utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig. Det er kun ”retten og den særskilte advokaten” som skal gjøres kjent med disse opplysningen, jf. utlendl. § 135 annet ledd. Det er heller ikke tillatt med toveis kommunikasjon mellom den særskilte advokaten på den ene siden, og utlendingens og dennes ordinære prosessfullmektig på den andre siden.

Utlendingsloven § 136 om kommunikasjon mellom den særskilte advokaten, utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig har følgende ordlyd:

”Etter at den særskilte advokaten har fått innsyn i opplysninger som nevnt i § 133 første ledd, kan vedkommende ikke drøfte saken muntlig eller skriftlig med utlendingen eller dennes prosessfullmektig, eller uttale seg i rettsmøter hvor utlendingen eller dennes prosessfullmektig er til stede. Den særskilte advokaten kan likevel motta skriftlige henvendelser.

Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om kommunikasjonen mellom den særskilte advokaten og utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig. Kongen kan også gi regler i forskrift om den særskilte advokatens adgang til å ha befatning med den aktuelle saken på et senere tidspunkt.”

Den særskilte advokaten kan dermed ikke gi utlendingen eller dennes prosessfullmektig noen form for opplysninger. Med det at hun eller han likevel kan motta skriftlige henvendelser menes at utlendingen og dennes prosessfullmektig kan henvende seg skriftlig til den særskilte advokaten, men altså uten å få svar. Kommunikasjonen er dermed enveis.

Reglene er tar sikte på å balansere hensynet til en effektiv saksgang hvor hemmelige opplysninger kan føres på en trygg måte, og hensynet til utlendingens rettssikkerhet i form av kontradiksjon.

4.2 Menneskerettslige regler om kontradiksjon

4.2.1 Oversikt over reglene

Kontradiksjon foreligger når en part har en reell mulighet til å imøtegå de påstander som han eller hun blir møtt med. Dette vil føre til en mest mulig opplyst sak, og dermed en rettferdig rettergang. Det finnes regler om kontradiksjon i både Grunnloven og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.

For Grunnloven er prinsippet inntatt i Grl. § 95 om rettferdig rettergang. Bestemmelsen var et ledd i en modernisering av Grunnlovens menneskerettighetskatalog i 2014, og kom inn i et nytt kapittel E om menneskerettigheter. Som vi skal se nedenfor, har den en ganske generell formulering.

Med hensyn til de internasjonale kildene, fremgår det av menneskerettsloven § 2 at EMK og FNs menneskerettighetskonvensjoner skal ”gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge”. Videre skal de ”ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”, jf. menneskerettsloven § 3. Det fremgår også av Grl. § 92 at ”menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter” skal ”respekt[er] og sikr[e]”.

I både EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP), skilles det mellom effektiv prøvingsrett og retten til rettferdig rettergang. I EUs charter om grunnleggende rettigheter er rettighetene til effektiv prøvingsrett og rettferdig rettergang regulert under ett, jf. art. 47. I fortsettelsen er fokus på EMK.

Effektiv prøvingsrett reguleres i EMK art. 13, og retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6. Rettferdig rettergang gjelder etter EMK art. 6 der en ”straffesiktelse” eller et spørsmål om ”borgerlige rettigheter eller plikter” skal avgjøres, og omfatter i følge EMD-praksis ikke utvisning.⁶⁸

⁶⁸ EMDs dom 5. oktober 2000 *Maaouia* avsnitt 37-39.

Kontradiksjonsprinsippet har betydning både etter EMK art. 6 og art. 13. Som vi skal se nedenfor i 4.2.3, har imidlertid hovedkrenkelsens karakter avgjørende betydning for hvor strenge krav som stilles til prøvingsmiddelet eller rettergangen.

4.2.2 Grunnloven § 95

Grunnloven § 95 har ikke en begrensning til borgerlige rettigheter og plikter eller straffesiktelse, selv om den ellers er sterkt inspirert av EMK. I stedet har den følgende generelle ordlyd:

”Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.

Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.”

Bestemmelsen oppstiller et minstekrav til rettergangen ved norske domstoler, og gjelder etter sin ordlyd alle som har en ”sak”. Domstolen skal være ”uavhengig”, ”upartisk” gi dom ”innen rimelig tid”. Rettergangen skal videre være ”rettferdig og offentlig”, og i ”rettferdig” innfortolkes et krav om kontradiksjon.

Idet utvisningssaker i utgangspunktet reguleres av EMK art. 13, vil det etter EMK i slike saker kun kreves ”effektiv prøvingsrett”, og ikke nødvendigvis ”rettferdig rettergang”. Spørsmålet er om Grl. § 95 med formuleringen ”sak” går lengre enn EMK, og dermed gir like sterke rettssikkerhetsgarantier som EMK art. 6.

I *Rettsstat og menneskerettigheter* synes det forutsatt at dette er tilfellet. Der oppstilles det følgende utgangspunktet: ”Når uttrykket ”sin sak” brukes, er det klart at både straffesaker og sivile saker omfattes.”⁶⁹

⁶⁹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015 s. 410.

Videre legges det til grunn at Grl. § 95 ikke oppstiller noen begrensning når det gjelder sakstype, og at den derfor har et ”videre anvendelsesområde enn EMK art. 6”.⁷⁰

Standpunktet i boken beror på ordlydstolkning, og etter min mening samsvarer den med en naturlig språklig forståelse av ordlyden i Grl. § 95.

Det er heller ikke utelukket at bestemmelsen kan ha et annet innhold enn EMK art. 6. Som det fremgår av Maria-dommen er det *Høyesterett*, og ikke for eksempel EMD, ”som har ansvar for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser”.⁷¹

Det fremgår også av forarbeidene til Grunnloven kap. E at der bestemmelsene sammenholdt med EMK medfører en dobbeltregulering, vil ”den rettigheten som gir det beste vernet for den enkelte, ... måtte legges til grunn”.⁷²

I forarbeidene er det imidlertid ikke sagt noe om at Grl. § 95 er ment å gå lengre enn EMKs regulering gjennom art. 6 og 13, eller om hvordan utvisning i sikkerhetssaker stiller seg i forhold til rettferdig rettergang-standard i Grl. § 95.⁷³

Med henvisning til EMK art. 6 er det i forarbeidene understreket at spørsmålet for utvalget var ”om prinsippet om retten til rettferdig rettergang bør grunnlovsfestes, og om enkelte elementer ved rettergangen i så fall bør fremheves særskilt”.⁷⁴ Det fremstår derfor som om lovgivermeningen bak Grl. § 95 hovedsakelig var å kodifisere EMKs bestemmelser.

Det er på dette grunnlag tvilsomt om det er grunnlag for å legge til grunn at Grl. § 95 med formuleringen ”sak” går lengre enn EMK.

⁷⁰ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015 s. 410.

⁷¹ Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) avsnitt 57.

⁷² Dokument 16 (2011-2012) s. 69.

⁷³ Dette verken i Dokument 16 (2011-2012) Innst. 169 S (2012-2013).

⁷⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 118.

4.2.3 Nærmere om forholdet mellom EMK art. 6 og 13

Det har i EMD vært en generell utvikling mot å inkludere alvorlige forvaltningssaker under art. 6 og rettfærdig rettergang-standard. Det at det er adgang til etterfølgende domstolsbehandling foreligger i norske sikkerhetssaker, synes å være i tråd med denne utviklingen.

Som nevnt har imidlertid EMD uttrykkelig lagt til grunn at utvisningssaker ikke omfattes av EMK art. 6, men av EMK art. 13.

Ordlyden i EMK art. 13 lyder som følger:

”Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.”

I lovkommentaren til artikkelen er det presisert at bestemmelsen gir ”en rett til et prøvingsmiddel”, og at ”det er tale om en rett som er definert i konvensjonen og som ikke nødvendigvis er et etablert rettsinstitutt i nasjonal rett”. Ordet prøvingsmiddel brukes i fremstillingen som ”et samlebegrep for en nasjonal prøvingsprosess som kan variere i kvalitet og intensitet, blant annet beroende på hovedkrenkelsens art og innhold”.⁷⁵

Hva slags hovedkrenkelse som kan tenkes å foreligge, er derfor avgjørende for hvilken kvalitet og intensiteten prøvingen får, og herunder for hvor langt kontradiksjonsprinsippet rekker. Hovedkrenkelsen i relasjon til utvisning i sikkerhetssaker kan være både EMK art. 3 og EMK art. 8. Det er dermed tale om bestemmelser av svært ulik karakter. Betydningen av dette klarlegges ved gjennomgangen av EMD-praksis nedenfor i 4.3.1.

I EMKs tilleggsprotokoll 7 art. 1 har en egen bestemmelse om utvisning. Herav fremgår blant annet at en utlending med lovlig opphold som blir utvist skal ha ”adgang til å fremlegge

⁷⁵ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK - Kommentarer til bestemmelsene om individers rettigheter og friheter*, Bergen 2011 s. 341.

grunner som taler mot utvisning”, jf. nr. 1 bokstav a. Der det foreligger hensyn til ”nasjonal sikkerhet”, kan imidlertid utvisning skje før denne rettigheten har blitt oppfylt, jf. nr. 2.

Regelen viser den store betydningen kontradiksjon i utgangspunktet har ved utvisning, men etterlater en viss usikkerhet med hensyn til sikkerhetssaker. Avklaringer ved hjelp av praksis fra EMD er dermed nødvendige.

Underproblemstillingen som skal besvares i det følgende er:

Ivaretar ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II i tilstrekkelig grad utlendingens menneskerett til kontradiksjon etter EMK art. 13?

Herunder må særlig begrensningen til enveis kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen og dennes prosessfullmektig evalueres i lys av EMD-praksis.

4.3 Enveis kommunikasjon

4.3.1 Praksis fra EMD

Som nevnt ovenfor har hovedkrenkelsens karakter avgjørende betydning for hvilken kvalitet og intensiteten prøvingen får, og herunder for hvor langt kontradiksjonsprinsippet etter EMK art. 13 rekker.

Ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 gjelder utvisning i sikkerhetssaker. Gjennomgående vil en reaksjon som utvisning føre til at retten til privat- og familieliv etter EMK art. 8 kommer på spissen, idet utvisningen innebærer at utlendingen må forlate landet og hjemmet sitt.

Der utvisningen fører til risiko for mishandling eller annen inhuman behandling i ankomstlandet, kommer imidlertid også den ukrenkelige retten til frihet fra tortur og umenneskelig behandling etter EMK art. 3 på spissen.

Når EMK art. 13 skal anvendes i sikkerhetssaker, kan altså både EMK art. 8 og EMK art. 3 komme til anvendelse.

Mens det som nevnt i oppgavens kap. 3.1.1 kan gjøres inngrep i EMK art. 8 av visse nærmere bestemte hensyn, herunder av ”hensyn til den nasjonale sikkerhet”, er EMK art. 3 ukrenkelig i den forstand at ingen inngrep er menneskerettslig forsvarlige.

Det at både art. 8 og EMK art. 3 kan komme på spissen sammen med EMK art. 13, er derfor sentralt for vurderingen av den generelle ordningen med særskilt advokat.

I fortsettelsen analyseres to EMD-dommer som er sentrale ved diskusjon av kontradiksjonsprinsippet i sikkerhetssaker. Den første, storkammersaken *A. m.fl. mot Storbritannia* (dom av 19. februar 2009), gjelder frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Den andre, *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), gjelder utvisning og EMK art. 8, jf. EMK art. 13.

Dommen i *A. m.fl. mot Storbritannia* dreide seg om langvarige frihetsberøvelser i kjølvannet av terroraksjonene mot USA 11. september 2001 av personer mistenkt for tilknytning til internasjonal terrorisme.⁷⁶ Det var elleve klagere i saken, og to av dem var kun frihetsberøvet for en kortere periode. For de andre klagerne ”pekte Domstolen på at det i løpet av den tiden som de var frihetsberøvet, ikke forelå noen realistisk forventning om at de kunne utsendes uten å risikere mishandling i hjemlandet”.⁷⁷ Det forelå derfor en krenkelse av art. 5 nr. 1.

I dommen ble art. 5 nr. 4 så vurdert. Denne har følgende ordlyd:

”Enhver som er pågrep et eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.”

⁷⁶ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015 s. 398.

⁷⁷ Case of A. and OTHERS v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag), utskrift fra Lovdata (19.04.16), s. 5.

Bestemmelsen oppstiller altså egne krav til rettergangen. Spørsmålet var om det at den nasjonale kommisjonens saksbehandling ikke hadde gjort bevismaterialet i sin helhet tilgjengelig for klagerne, var i strid med art. 5 nr. 4.

Herunder var det følgende lagt til grunn om ordningen med særskilt advokat:

”The Court further considers that the special advocate could perform an important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings. However, the special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with *sufficient information* about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate (min uth).”⁷⁸

For to av klagerne var avgjørende bevis ikke tilgjengeliggjort, og det forelå en krenkelse av art. 5 nr. 4. Anklagene mot syv av klagerne var derimot tilstrekkelig detaljerte til at de kunne imøtegå dem på en effektiv måte. Domstolen avviste anførsler om en alternativ vurdering etter EMK art. 13.

Forutsetningen i *A. m.fl. mot Storbritannia* om ”tilstrekkelig informasjon”, er ”isolert sett er i strid med reglene i §§ 133-136, som bygger på et absolutt kommunikasjonsforbud med mindre departementet samtykker til kommunikasjon om innholdet i saken, jf. utf. § 19A-11 tredje ledd”.⁷⁹

I forarbeidene til kap. 14 er det imidlertid lagt til grunn at forutsetningen om ”tilstrekkelig informasjon” ikke gjelder tilsvarende i utvisningssaker, da ”det ikke kan gjelde samme strenge krav til prøvingen etter EMK artikkel 13 i for eksempel utvisningssaker, som i fengslingssaker etter EMK artikkel 5 nr. 4”.⁸⁰

⁷⁸ Case of A. and OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, avsnitt 220.

⁷⁹ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342T.

⁸⁰ Innst. 461 L (2012-2013) s. 12.

Poenget synes her å være at frihetsberøvelse har en alvorlighetsgrad som skjerper kravene til prøvingens intensitet og kvalitet, og at et tilsvarende skjerpet krav ikke kan tenkes for utvisningssakene.

Et slikt resonnement synes å forutsette at frihetsberøvelsessakene generelt vil ha en langt mer alvorlig karakter enn utvisningssakene, noe som igjen reiser tvil om hvorvidt departementet har sett hen til at EMK art. 3 ofte kommer på spissen i utvisningssaker.

Det er også i litteraturen lagt til grunn at departementet her har ”basert seg på en fortolkning av dommens rekkevidde, som ikke nødvendigvis behøver å være korrekt”.⁸¹

Videre synes EU-domstolen med storkammerdommen *ZZ mot Storbritannia* (dom av 4. juni 2013)⁸² ”å ha lagt seg mye på samme linje *mer generelt i utvisningssaker* som EMD i nevnte *A. m.fl. mot Storbritannia* (min uth)”.⁸³

”In particular, the person concerned must be informed, in any event, of *the essence of the grounds* on which a decision refusing entry taken under Article 27 of Directive 2004/38 is based, as the necessary protection of State security cannot have the effect of denying the person concerned his right to be heard and, therefore, of rendering his right of redress as provided for in Article 31 of that directive ineffective (min uth).”

Det å motta informasjon om essensen i utvisningsgrunnene vil samsvare med forutsetningen om tilstrekkelig informasjon. Standpunktet til EU-domstolen kan være et argument for at EMD bør anvende det samme kontradiksjonskravet som etter EMK art. 5 nr. 4 også ved prøving av utvisning etter EMK art. 3 eller EMK art. 8, jf. EMK art. 13.⁸⁴

Departementets standpunkt om at det ikke kan gjelde samme strenge krav til prøvingen etter EMK art. 13 i utvisningssakene, synes på denne bakgrunn ikke tilstrekkelig begrunnet.

⁸¹ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342T.

⁸² Sak C-300/11.

⁸³ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342T.

⁸⁴ Terje Einarsen, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar*, 13. august 2015 note 342T.

I forskersaken ble EMD-dommen i *I.R. og G.T. mot Storbritannia* fremlagt av departementet som uttrykk for at ”dersom ordninga fungerer etter intensjonen, er den i samsvar med EMK”.⁸⁵ Denne dommen fra 28. januar 2014 skal derfor analyseres i det følgende.

Det ble i dommen foretatt en samlet behandling av to tilfeller av utvisning i sikkerhetssaker. I begge tilfellene var EMK art. 8 anført som rettslig grunnlag, både selvstendig, og som hovedkrenkelse sammenholdt med EMK art. 13. Etter å ha vært gjennom det britiske domstolsystemet, med en liknende bruk av særskilt advokat som i tilsvarende saker for norske domstoler, mente de to personene at deres rett til kontradiksjon var krenket.

Informasjonen klagerne hadde mottatt om påstandene som lå til grunn for utvisningen, var etter deres mening ikke tilstrekkelig til å gi dem et grunnlag for å forstå og svare på påstandene.

Det ble derfor i EMD gjort en vurdering av hva som ved utvisning i sikkerhetssaker var regelen etter henholdsvis EMK art. 8 og EMK art. 8 sammenholdt med EMK art. 13.

Med henvisninger til de tidligere dommene *Chahal mot Storbritannia* (1996) og *Raza mot Bulgaria* (2010), viste dommen innledningsvis til at hemmelighold av opplysninger kan være uunngåelig der nasjonal sikkerhet står på spill. Likevel ble det understreket at ”the complete concealment from the public of the entirety of a judicial decision in such proceedings cannot be regarded as warranted”⁸⁶

Videre ble det med henvisning til *A. m.fl. mot Storbritannia* pekt på at det finnes eksempler på at i selv svært alvorlige sikkerhetssaker, har hemmeligholdet *kun* omfattet de deler av saken som ville sette nasjonal sikkerhet i fare. Dermed understreket retten at ”there are techniques which can accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice”.⁸⁷

⁸⁵ Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 s. 11.

⁸⁶ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 58.

⁸⁷ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 58.

Domstolen gikk så inn på spørsmålet om hvor klar informasjon som må gis for at kontradiksjonen skal være ivaretatt.

Med hensyn til *A. m.fl. mot Storbritannia*, vedkjente domstolen at det i denne ble krevd mer enn kun generell informasjon, og at en sak basert utelukkende eller nesten utelukkende på hemmeligholdte bevis var uakseptabel i lys av art. 5.

Det ble imidlertid lagt til grunn at art. 5 og 6 har særlig strenge regler, som gjenspeiler at de gjelder tilfeller hvor en persons frihet står på spill. Videre ble det følgende uttalt:

”By contrast, Article 8 does not guarantee aliens the freedom to enter or reside in the country of their choice ... and their right to respect for private and family life is qualified by Article 8 § 2, which specifically envisages exceptions for reasons of national security. It follows that the procedural guarantees inherent in Article 8 of the Convention will vary depending on the context of the case in question and in some circumstances may not be as demanding as those which apply under Articles 5 and 6.”
88

Uttalelsen viser at det i tillegg til hovedkrenkelsens *karakter*, må sees hen til *forholdene i den konkrete saken* som vurderes.

For øvrig er det interessant at det finnes ”procedural guarantees inherent in Article 8”. Dette samsvarer med at det i lovkommentaren til artikkel 13, om forholdet mellom artikkel 13 og andre artikler, er lagt til grunn det følgende:

”Saksbehandlingskravene i artikkel 8 vil også kunne inneholde generelle garantier som i visse situasjoner innebærer at det blir overflødig å vurdere om en situasjon utløser en rett til et prøvingsmiddel.”⁸⁹

I dommen gikk EMD videre til å vise til at ”given the overlap between the procedural safeguards under Article 8 and the right to an effective remedy under Article 13, the former

⁸⁸ *IR og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 61.

⁸⁹ Tor Ehlers Bertelsen, *EMK - Kommentarer til bestemmelsene om individers rettigheter og friheter*, Bergen 2011 s. 352.

should be interpreted in a manner consistent with the latter”.⁹⁰ Det at EMK art. 8 skal tolkes i samsvar med art. 13, synes å fjerne noe av dens selvstendige betydning. I fortsettelsen av dommen ble bestemmelsene sammenholdt.

Det ble pekt på at EMD i tidligere saker har akseptert at det i noen sammenhenger vil være uunngåelige begrensninger på rettergangen, og at ”the requirement in Article 13 of an “effective remedy” is to be read as meaning “a remedy that is as effective as can be having regard to the restricted scope for recourse inherent in the particular context” i slike tilfeller.⁹¹

Det ble så vist til *Al-Nashif mot Bulgaria* (2002), hvor det med hensyn til utvisning i sikkerhetssaker ble lagt til grunn at ”the guarantee of an effective remedy contained in Article 13 required as a minimum that the competent independent appeals authority be informed of the reasons grounding the deportation decision”, og at en rett for den utviste personen til å selv få slik informasjon ikke var blitt etablert.⁹²

Krav til kompetansen i prøvingsorganet ble oppstilt, ”there had to be some form of adversarial proceedings”, om nødvendig ved en særskilt advokat, og spørsmålet om utvisningen innebar et uforholdsmessig inngrep i retten til privat- og familieliv etter EMK art. 8 måtte undersøkes.⁹³

Dommen *I.R og G.T. mot Storbritannia* ble avsagt i Storbritannias favør. Med hensyn til de konkrete grunner i saken ble det pekt på kvaliteten av det nasjonale klageorganet og bruken av særskilt advokat.

I forhold til den særskilte advokaten var det et poeng at selv om det i utgangspunktet gjaldt en regel om enveis kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen og dennes prosessfullmektig, var det adgang for den særskilte advokaten til å be klageorganet om tillatelse til å svare utlendingen og dennes prosessfullmektig dersom den særskilte advokaten ”deems it necessary”.⁹⁴

⁹⁰ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 62.

⁹¹ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 62.

⁹² *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 62.

⁹³ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 63.

⁹⁴ *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), avsnitt 63.

Norsk rett synes å oppstille en lignende adgang til unntak i utlendingsforskriften § 19A-11.

4.3.2 Informasjonskravet

Både EMDs *A.m.fl. mot Storbritannia* (dom av 19. februar 2009), og EUs *Z.Z mot Storbritannia* (dom av 4. juni 2013) legger til grunn at ordningen med særskilt advokat kun kan være forsvarlig der det likevel gis tilstrekkelig informasjon til utlendingen. Det er interessant at begge disse avgjørelsene er truffet i storkammer, i henholdsvis EMD og EU-domstolen.

I *I.R og G.T. mot Storbritannia* (dom av 28. januar 2014), trekker imidlertid mer i retning av at kontradiksjonen må ivaretas så effektivt som mulig. Den viser videre at lite informasjon i utvisningssaker som berører EMK art. 8 kan godtas der det er gitt bistand av særskilt advokat.

Det må imidlertid understrekes at dommen viser at det å fastsette kravet til informasjon i den enkelte sak er en kompleks prosess, og at det også er variasjoner innenfor de ulike typene av hovedkrenkelser.

I tillegg er det et poeng at også EMK art. 3 kan komme på spissen ved utvisning i sikkerhetssaker. De tilfellene som berører den dypt alvorlige hovedkrenkelsen EMK art. 3, kan med grunnlag i prinsippene fra *A.m.fl. mot Storbritannia*, klart tenkes å være underlagt et strengere informasjonskrav enn det som ble lagt til grunn i *I.R. og G.T. mot Storbritannia*.

Det er dermed noe uklart om ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II i tilstrekkelig grad ivaretar utlendingens menneskerett til kontradiksjon etter EMK art. 13.

5 Rettspolitiske betraktninger

En alternativ måte å gjennomføre bevisførsel av hemmelige bevis med bruk av særskilt advokat, er å gi denne en mer aktiv rolle under saken. Som høringsinstans før vedtakelsen av utlendl. kap. 14 uttalte Advokatforeningen og NOAS at dette ville være en bedre løsning.

Det ble vist til at ”en begrensning som kan ha reell betydning for kontradiksjonsmulighetene i slike saker må ... begrunnes med særskilt viktige hensyn for at den skal være akseptabel”, og at ”hensynene for en slik begrensning i dette tilfellet [ikke] oppveier de kontradiksjonsmessige betenkelighetene”.⁹⁵ Med begrensning siktes det her til kommunikasjonsforbudet, det vil si ordningen med enveis kommunikasjon.

Advokatforeningen pekte på at ved klausulerte dokumenter i straffesaker, har advokaten taushetsplikt overfor egen klient. Tilsvarende kunne man i sikkerhetssaker hatt tillit til at den sikkerhetsklarerte advokaten overholder sin taushetsplikt, og latt det være en toveis kommunikasjon mellom den særskilte advokaten, utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig.⁹⁶

Departementet tilbakeviste disse forslagene med henvisning til at ”det er helt nødvendig å begrense adgangen til kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen etter at den særskilte advokaten har fått innsyn i de graderte opplysningene”.⁹⁷

Høyesteretts sak nr. 2016/561 ble avholdt den 25. mai 2016. Spørsmålet var om ordningen med særskilt advokat i utlendingsloven kap. 14 del II tilfredsstillt kravet til effektivt rettsmiddel i EMK art. 13.

Saken stod mellom Abdul Rauf Mohammad (heretter Rauf), representert ved advokat Brynjar Meling, mot staten ved Justis- og beredskapsdepartementet, representert ved advokat Christian Reusch fra Regjeringsadvokaten. I tingretten og lagmannsretten hadde særskilt advokat vært brukt, og det var advokat Harald Stabell som hadde hatt denne rollen.

⁹⁵ Prop. 141 L (2012-2013) s. 30-31.

⁹⁶ Prop. 141 L (2012-2013) s. 30 og Innst. 461 L (2012-2013) s. 13.

⁹⁷ Innst. 461 L (2012-2013) s. 13.

Justis- og beredskapsdepartementet hadde både i tingretten og lagmannsretten fått medhold i at utvisningen av Rauf av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser var gyldig.

Utvisningsvedtaket var begrunnet med ”han har radikaliserert personer i Norge og vært mentor for flere av de mest radikale ekstremister, og at disse igjen skal utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser”.⁹⁸ Han var blitt utvist til Afghanistan.

Partene i saken for Høyesterett var uenige om hvorvidt det var EMK art. 3 eller EMK art. 8 som var hovedkrenkelsen i saken.

Dermed anførte partene ulike EMD-dommer i sin prosedyre: Den ankende part anførte *Chahal mot Storbritannia* (1996) med henvisning til EMK art. 3 sammenholdt med EMK art. 13, og Regjeringsadvokaten anførte *Al-Nashif mot Bulgaria* (2002), *I.R. og G.T. mot Storbritannia* (2014) og *Saaed mot Danmark* (2014) med henvisning til EMK art. 8 sammenholdt med EMK art. 13.

Uenigheten mellom partene knyttet seg ikke til hvordan dommene skulle tolkes, men til hvilke av dommene det var riktig å anvende i saken. Regjeringsadvokatens begrunnelse for å anvende dommene som knyttet seg til EMK art. 8 som hovedkrenkelse, var at Rauf ikke hadde et beskyttelsesbehov etter EMK art. 3. Den ankende part var uenig i dette, og mente derfor det måtte stilles skjerpede krav til effektivt rettsmiddel etter EMK art. 13.

Den ankende part viste også til enkelte komparative betraktninger som etter hans mening talte mot anvendeligheten av *I.R. og G.T. mot Storbritannia* og *Saaed mot Danmark*.

Det ble vist til at begrensningen til enveis kommunikasjon som fremgår av utlendl. § 136 og utlendingsforskriften § 19A-11, trer i kraft idet advokaten får innsyn i de hemmelige bevis. Dette ble sammenholdt med at det av utlendingsforskriften § 19A-9 fremgår at slik innsyn skal gis ”straks oppnevning har funnet sted”. Det legges dermed ikke opp til noen kommunikasjon mellom den særskilte advokat og utlendingen og dennes prosessfullmektig før den særskilte advokats taushetsplikt trer i kraft.

⁹⁸ LB-2015-86502 s. 7.

Motsetningsvis har man i Storbritannia og Danmark i følge den ankende part en reell adgang til toveis kommunikasjon før innsyn i de hemmelige bevis gis til den særskilte advokaten.

Det ble vist til det norske departementets gjennomgang av de respektive landenes rett i forarbeidene, hvorav det fremgår at en drøftelse av sakens detaljer mellom den særskilte advokat og utlendingen og dennes ordinære prosessfullmektig før det lukkede materialet presenteres for den særskilte advokaten, er forutsatt i begge systemene.⁹⁹

I relasjon til dette diskuterte partene det at det i norsk praksis er forskjell på både hvordan særskilte advokater forholder seg til toveis kommunikasjon før innsyn i de graderte opplysninger, og på om de velger å også følge den åpne delen av saken. Mens Regjeringsadvokaten viste til advokatetiske regler og mente det var en selvforklarende oppgave for den særskilte advokaten å innhente nok kunnskap til å være best mulig rustet til å kunne imøtegå de graderte opplysningene der det er mulig, etterlyste den ankende part klarere regler vedrørende dette.

I tillegg anførte den ankende part at det var tvilsomt om det at utlendingen ikke har noen mulighet til å påvirke valget av særskilt advokat, var forsvarlig av hensyn til kontradiksjon. Det ble herunder understreket at det etter den danske ordningen er adgang til å endre fra den av retten fastsatte særskilte advokat til en annen, der utlendingen ”har begrundede innsigelser mod den pågældende”.¹⁰⁰

Regjeringsadvokaten understreket at det heller ikke etter dansk rett var adgang til fritt advokatvalg, og la til grunn at der formålet med reglene om oppnevning av særskilt advokat var å sikre en forsvarlig behandling av de graderte opplysningene, kunne ikke fritt advokatvalg være aktuelt.

Prosedyren avdekket dermed noen uklarheter vedrørende ordningen med særskilte advokat.

⁹⁹ For britisk rett ble det vist til det som i Prop. 141 L (2012-2013) på s. 21 fremgår om den britiske ordningen, for dansk rett ble det henvist til sitat fra de danske forarbeide inntatt på s. 44 i Prop. 141 L (2012-2013).

¹⁰⁰ Sitat fra de danske forarbeidene i den danske høyesterettsdommen U.2010.2910H.

Selv om det i prosedyren var mye fokus på den begrensede kommunikasjonsmulighet og fravær av påvirkningsmulighet for utlendingen i forhold til valg av særskilt advokat, er det også interessant å fremheve at det som nevnt forelå en grunnleggende uenighet knyttet til om hovedkrenkelsen var EMK art. 3 eller EMK art. 8.

Begge partene syntes å forutsette at hovedkrenkelsen hadde den sentrale – eller avgjørende – betydning for hvorvidt ordningen med særskilt advokat tilfredsstilte kravet til effektivt rettsmiddel i EMK art. 13 i den konkrete saken.

Ordningen med særskilt advokat er ment å gi en generell løsning på den viktige utfordringen det er å balansere hensynet til at forvaltningsvedtaket må overprøves fullt ut på den ene siden, og behovet for hemmelighold på den andre.

Dersom den rettssikkerhetsmessige holdbarheten av ordningen med særskilt advokat er avhengig av at en hovedkrenkelse i form av risiko for tortur eller umenneskelig behandling etter EMK art. 3 ikke kan anføres i den konkrete sak, kan det oppstå en svært uheldig usikkerhet knyttet til ordningens rekkevidde i fremtiden.

6 Konklusjon

Vi har sett at EØS-retten og menneskerettighetene gir en rekke føringer for gjennomføringen av utlendingsloven kap. 13 og 14.

Oppgavens første spørsmål viste at EØS-retten gir føringer for hvor sterkt forholdsmessighet skal stå ved vurderingen av om de materielle vilkår for utvisning av en EØS-borger er oppfylt. Forholdsmessighetsaspektet ved kunnskapsoverføringsaker ble også fastlagt, og dette understreker den prinsipielle betydningen av forskersaken, som skal behandles i lagmannsretten 31. mai 2016.¹⁰¹

I oppgavens andre drøftelse drøftet vi EØS-rettens forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling og dets betydning for utvisningsadgangen. Ved forskriftsendringen som fant sted underveis i arbeidet med oppgaven, ble spørsmålets aktualitet tydelig, og betydningen av klar gjennomføring av EØS-retten kom på spissen.

Oppgavens tredje spørsmål er prinsipielt, komplekst og i kjernen av de avveininger mellom rettssikkerhet og samfunnssikkerhet som gjør seg gjeldende ved utvisning i sikkerhetssaker. Det at Høyesteretts i sak nr. 2016/561 skal avgjøre spørsmålet, representerer en viktig avklaring vedrørende forholdet mellom de norske reglene om utvisning i sikkerhetssaker og menneskerettighetene.

¹⁰¹ Lagmannsretten skal behandle sak 15-025190 TVI-OTIR/04 den 31. mai 2016. Det kan i den forbindelse nevnes at i følge Regjeringsadvokatens innlegg i sak nr. 2016/561, hadde det per 25. mai 2016 kun forekommet seks dommer vedrørende utvisning i sikkerhetssaker hvor særskilt advokat var brukt. Staten har vunnet fire av disse fullt ut. Forskersaken i sak 15-025190 TVI-OTIR/04 representerer dermed en av de to sakene hvor staten ikke har vunnet i første instans. Forskersaken blir den nest første ankesaken av denne sakstypen, etter sak nr. 2016/561 (som altså er den aller første saken av denne sakstypen som har gått videre gjennom alle instansene).

Litteraturliste

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

Aall, Jørgen, ”Grunnloven og EMK”, *Lov og rett*, vol. 53, 9, 2014, s. 507-508

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK - Kommentarer til bestemmelsene om individers rettigheter og friheter*, 1. utgave (Bergen 2011)

Einarsen, Terje, Lovkommentar til utlendingsloven, *Norsk Lovkommentar* (13. august 2015)

Møse, Erik, Jørgen Aall, Ragnar Nordeide, Lovkommentar til menneskerettsloven, *Norsk lovkommentar* (2. juli 2010)

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)

Øyen, Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013)

Rettsavgjørelser

Norske avgjørelser

Høyesterett:

Rt. 2007 s. 1573 (Krekar-saken)

Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

Sak nr. 2016/561. Ikke avgjort per 27. mai 2016.

Lagmannsretten:

LB-2015-86502

Tingretten:

Sak nr. 15-025190 TVI-OTIR/04 (forskersaken)

Sivilombudsmannen:

Sak 2012 1045 om bortvisning av utenlandske borgere tilknyttet Hells Angels

Danske rettsavgjørelser

Sak U.2010.2910H fra dansk høyesterett

EU-domstolen

Sak 115 og 116/81 *Adoui og Cornuaille mot Belgia*

Sak C-268/99 *Jany m.fl. mot Staatssecretaris van Justitie*

Sak C-300-11 *Zz mot Storbritannia*

EFTA-domstolen

Sak E-15/12 *Wahl mot Island*

EMD

Dom 15. november 1996 i sak *Chahal mot Storbritannia*

Dom 5. oktober 2000 i sak *Maaouia mot Frankrike*

Dom 20. juni 2002 i sak *Al-Nashif mot Bulgaria*

Dom 19. februar 2009 i sak *A. m.fl. mot Storbritannia*

Dom 11. februar 2010 i sak *Raza mot Bulgaria*

Avvisningskjennelse 28. januar 2014 i sak *I.R. og G.T. mot Storbritannia*

Avvisningskjennelse 24. juni 2014 i sak *Saeed mot Danmark*

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(utlendingsloven 1988)

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)

Lov 20 mai. 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(utlendingsforskriften)

Endringslover, lovforarbeider og andre nasjonale kilder

Ot.prp. nr. 17 (1998-1999) om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.)

NOU 2004:20 om ny utlendingslov

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om utlendingsloven

Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)

Innst. O nr. 33 (2008-2009) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)

Endringslov 9. januar 2009 nr. 1 om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen

Prop. 141 L (2012-2013) om endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker)

Innst. 461 L (2012-2013) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker)

Endringslov 21. juni 2013 nr. 92 om endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker)

Høringsnotat 3. juli 2015 om endring i reglene om bortvisning på grunn av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn

Prop. 58 L (2015-2016) om endringer i utlendingsloven (bortvisning av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn m.m.)

Rundskriv G-2016-3 om ikrafttredelse av endring i utlendingsforskriften § 19-29 om vilkår for bortvisning eller utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Wien-konvensjonen om traktatretten

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

EUs Charter om grunnleggende rettigheter

Direktiver

Direktiv 2004/38-EF om Unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes område (Unionsborgerdirektivet)